

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXXV, FASCÍCULO I

Enero-marzo, 2022



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,
RELACIONES CON LAS CORTES
Y MEMORIA DEMOCRÁTICA

BOE BOLETIN
OFICIAL DEL
ESTADO

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Fundador

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)
Catedrático de Derecho civil

Dirección

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO
Catedrático de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid

Secretaría

NIEVES FENOY PICÓN
Catedrática de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

Consejo de Redacción

Coordinador

MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS
Catedrática de Derecho civil.
Universidad de Barcelona
M.^a PAZ GARCÍA RUBIO
Catedrática de Derecho civil.
Universidad Santiago de Compostela

BEATRIZ GREGORACI FERNÁNDEZ
Profesora Titular de Derecho civil.
Universidad Autónoma de Madrid

FRANCISCO OLIVA BLÁZQUEZ
Catedrático de Derecho civil.
Universidad Pablo Olavide

PEDRO DEL OLMO GARCÍA
Profesor Titular de Derecho civil.
Universidad Carlos III de Madrid
BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO
Catedrático de Derecho civil.
Universidad de Málaga

LIS PAULA SAN MIGUEL PRADERA
Profesora Titular de Derecho civil.
Universidad Autónoma de Madrid

ANTONI VAQUER ALOY
Catedrático de Derecho civil.
Universidad de Lleida

Consejo Asesor

XABIER BASOZABAL ARRUE
Profesor Titular de Derecho civil.
Universidad de Navarra

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho civil.
Universidad Carlos III de Madrid

ANA CAÑIZARES LASO
Catedrática de Derecho civil.
Universidad de Málaga

ESTHER GÓMEZ CALLE
Catedrática de Derecho civil.
Universidad Autónoma de Madrid

FERNANDO GÓMEZ POMAR
Catedrático de Derecho civil.
Universidad Pompeu Fabra

ISABEL GONZÁLEZ PACANOWSKA
Catedrática de Derecho civil.
Universidad de Murcia

JOSÉ M.^a MIQUEL GONZÁLEZ
Catedrático de Derecho civil.
Universidad Autónoma de Madrid

FERNANDO PANTALEÓN PRIETO
Catedrático de Derecho civil.
Universidad Autónoma de Madrid

M.^a ÁNGELES PARRA LUCÁN
Magistrada del Tribunal Supremo

ANTONIO PAU PEDRÓN
Registrador de la Propiedad

M.^a JOSÉ SANTOS MORÓN
Catedrática de Derecho civil.
Universidad Carlos III de Madrid

IGNACIO SOLÍS VILLA
Notario

TEODORA F. TORRES GARCÍA
Catedrática de Derecho civil.
Universidad de Valladolid

Colaboradores honorarios: Jorge Caffarena Laporta (†), Gabriel García Cantero, Antonio Gordillo Cañas, Antonio Gullón Ballesteros, José Ángel Martínez Sanchiz, José Poveda Díaz.

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

**EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas
por los autores de los originales publicados**

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Editado por: Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones)
y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Periodicidad: Trimestral

Precio de suscripción: 85,00 € (más gastos de envío).

Precio del fascículo suelto: 25,00 € (más gastos de envío).

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia

(Centro de Publicaciones)

C/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

Tels.: 91 390 20 91 / 21 49

VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

Librería del Boletín Oficial del Estado

C/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

tienda@boe.es

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXXV, FASCÍCULO I
Enero-marzo, 2022

MINISTERIO
DE JUSTICIA

Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,
RELACIONES CON LAS CORTES
Y MEMORIA DEMOCRÁTICA

Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2022

<https://cpage.mpr.gob.es>

Es propiedad. Queda hecho el depósito y
la suscripción en el registro que marca la Ley.
Reservados todos los derechos.

NIPO (AEBOE): 090-20-072-9 (edición en papel)
090-20-071-3 (edición en línea, pdf)
NIPO (M. de Justicia): 051-15-002-0 (edición en papel)
051-15-003-6 (edición en línea, pdf)
ISSN: 0210-301X (edición en papel)
2659-8965 (edición en línea, pdf)
Depósito Legal: M-125-1958

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avda. de Manoteras, 54. 28050 Madrid.

ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
In memoriam	
Jorge CAFFARENA LAPORTA, por Antonio-Manuel Morales Moreno ...	7
Estudios monográficos	
Miguel GIMENO RIBES: «Uso y desuso de las sociedades de personas» ...	11
Davinia CADENAS OSUNA: «La determinación de la segunda maternidad por naturaleza en el artículo 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida: requisitos para la aplicación del precepto y problemática que plantea»	69
Javier MARTÍNEZ CALVO: «Discapacidad intelectual y redes sociales: el difícil equilibrio entre accesibilidad y protección».....	115
Bibliografía	
LIBROS	
A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO	
GORDILLO CAÑAS, Antonio: «El registro de la propiedad: principios y sistema», por Luis Javier Arrieta Sevilla	161
MARÍN VELARDE, Asunción/CABEZUELO ARENAS, Ana Laura/MORENO MOZO, Fernando (Dir.): «Familia y Derecho en la España del Siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Luis Humberto Clavería Gosálbez», por Carlos Vattier Fuenzalida.....	168
REVISTAS ESPAÑOLAS	
Por Francisco OLIVA BLÁZQUEZ, Juan Pablo PÉREZ VELÁZQUEZ y Davinia CADENAS OSUNA	173
Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	
SENTENCIA COMENTADA	
Emilio V. BLANCO MARTÍNEZ: «Actualización del Derecho civil navarro y constitución (Sentencia del Tribunal Constitucional 157/2021, de 16 de septiembre)»	217
Jurisprudencia del Tribunal Supremo	
SENTENCIA COMENTADA	
M. ^a Paz GARCÍA RUBIO/M. ^a Eugenia TORRES COSTAS: «Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación 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»	279

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Cristina ARGELICH COMELLES, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Jose María MARTÍN FABA, Carlos ORTEGA MELIÁN, Ricardo PAZOS CASTRO, Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN, Antonio Ismael RUIZ ARRANZ, Francisco SANTANA NAVARRO.....

IN MEMORIAM

Jorge Caffarena Laporta

ANTONIO-MANUEL MORALES MORENO

Catedrático emérito de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

El pasado 13 de noviembre fallecía en Madrid Jorge Caffarena Laporta. Al comunicarnos la triste noticia, Emilio Blanco, coordinador del seminario de Derecho civil Federico de Castro, hacía de él esta certera semblanza, que suscribo: «profesor siempre respetado, muy querido y mejor valorado por todos sus alumnos»; «civilista que siempre logró poner su riguroso sello personal en todos los trabajos que acometió (obligaciones solidarias, genéricas, fundaciones, etc.)»; «que inmediatamente se ganaba el aprecio y afecto de todos cuantos le conocimos». En Jorge Caffarena se combinaban las cualidades intelectuales y las humanas en un equilibrio no siempre presente en las personas de su profesión.

Nacido en Málaga el 22 de junio de 1954, cursó la licenciatura en Derecho en la Universidad de Sevilla, concluyendo en junio de 1976. Inmediatamente se incorporó a la Universidad Autónoma de Madrid, para continuar su formación académica bajo la dirección de Luis Díez-Picazo, quien fue su maestro. Traía una carta de recomendación de Juan Jordano Barea, que avalaba sus méritos. En la Universidad Autónoma, obtuvo el grado de Licenciado en Derecho, con una tesina que mereció la calificación de sobresaliente y premio extraordinario. Y, en 1979, el grado de Doctor en Derecho con la tesis titulada «Las excepciones oponibles por el deudor solidario y los modos de extinción de la obligación en la solidaridad pasiva». Mereció la calificación de sobresaliente *cum laude* y premio extraordinario de doctorado.

En esta etapa inicial compartíamos despacho en la Universidad Autónoma. Yo llegaba por la tarde, tras completar mi jornada como investigador del CSIC. El encuentro con él me era muy grato. Me comentaba las cuestiones que le habían surgido en su investigación, que en ese momento era sobre la solidaridad. Me proponía

casos para centrar nuestra reflexión. Y, si quedaba alguna duda, siempre era posible hablar de ella con Luis Díez-Picazo, presente todas las mañanas en la universidad. El momento propicio era la pausa del café matinal. Comentábamos también los temas y cuestiones surgidas en los últimos seminarios semanales a los que ambos solíamos asistir: el de los miércoles de Federico de Castro, abierto a profesores universitarios y a cualificados profesionales, en el Instituto de Estudios Jurídicos, más tarde de Ciencias Jurídicas, y el de Luis Díez-Picazo, que tenía lugar los martes, en la universidad, formado por los profesores de Derecho civil. Las horas compartidas con Jorge en nuestro despacho de la Universidad Autónoma de Madrid me hacían vivir el Derecho con la ilusión y pureza de un joven que creía en él.

Tras obtener el grado de doctor, Jorge Caffarena tuvo una estancia de investigación en Alemania, durante los años 1980 y 1981. Fue en la Universidad de Frankfurt an Main. Lo recibió el Prof. Weyers, discípulo de Josef Esser y continuador de su tratado, también recientemente fallecido, en el verano de 2021. Esta estancia le ofreció la oportunidad de trabajar en el Max Planck Institut de Frankfurt, dedicado a la Historia del Derecho. Allí, cultivando una metodología seguida por su maestro Díez-Picazo, heredada por este de Federico De Castro, profundizó en la historia de las obligaciones genéricas y la función de la regla *genus nunquam perit*. Sin duda, este es un punto crucial en la construcción del derecho de obligaciones, que ha marcado una importante diferencia en el tratamiento del riesgo entre la obligación específica y la genérica.

A su regreso de Alemania, Jorge Caffarena ocupa una plaza de adjunto contratado en la Universidad Autónoma de Madrid y, durante el curso 1982-1983, obtuvo por oposición, con el número uno, una plaza de adjunto numerario, que desempeñó en la Universidad de Alcalá de Henares. El curso siguiente ocupó una plaza de catedrático contratado en la Universidad de Málaga. Y, en 1986, obtuvo por concurso la plaza de catedrático numerario de esa universidad. La desempeñó hasta que, en el año 1990, obtuvo por concurso la plaza de catedrático numerario en la Universidad Carlos III de Madrid, en la que ha permanecido hasta el momento de su prematura jubilación, por enfermedad.

Jorge Caffarena perteneció a ese plantel de jóvenes profesores, formados en la Universidad Autónoma de Madrid, que en los primeros años del último cuarto del siglo pasado, momento de expansión de la universidad española, ocuparon plazas de catedrático en universidades recién creadas, contribuyendo decisivamente a dar a estas un alto nivel académico y científico. En la Universidad de

Málaga, en la que ejerció como catedrático, Caffarena dejó huella. Allí comenzó a formar su propia escuela. De esa etapa proviene su discípula, María José Santos Morón, hoy catedrática de Derecho Civil en la Universidad Carlos III de Madrid.

Si la etapa de Jorge Caffarena en Málaga fue fecunda no fue menor la posterior, en la Universidad Carlos III. Aquí, en plena madurez, pero aún joven, participó en esa delicada tarea de poner en marcha una universidad recién fundada. Su esfuerzo, como el de otros profesores venidos a ella en los primeros momentos, han dado fruto. Hoy, la Universidad Carlos III de Madrid ocupa un puesto importante en el *ranking* de las universidades españolas. Jorge aplicó sus mejores dotes, tanto en el desarrollo de la docencia como en el de la investigación, así como en otros cometidos que le fueron requeridos. Ejerció la labor de maestro en un ambiente propicio. Consolidó su escuela. Dirigió un buen número de tesis doctorales y tesinas. Y participó en numerosos proyectos de investigación. Permaneció activo mientras la salud se lo permitió. No hace mucho, ha sido reconocida su labor. La Universidad Carlos III le ha dedicado un aula.

Aunque la obra científica de Caffarena abarca todo el Derecho civil, es perceptible en ella su especialización en algunos temas. Ya me he referido a la solidaridad y a las diferencias entre la obligación específica y la genérica. A estas líneas de investigación debo añadir otra que atrajo su atención: las fundaciones. Jorge Caffarena fue un gran experto en esta materia, llamado en reiteradas ocasiones a colaborar en proyectos legislativos. Tampoco puede olvidarse, en esta breve semblanza necrológica, su valiosísima labor, como vocal permanente de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación, en la elaboración de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos. Fue ponente en numerosas ocasiones y sometió a discusión propuestas de reforma muy sólidas. Si se repasan las actas de las sesiones se comprueba la influencia de Caffarena en la Propuesta de Modernización.

En el año 2016, al cumplirse tres décadas de la obtención de la cátedra de Derecho Civil en la Universidad de Málaga, le fue rendido un homenaje, en la sede de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Durante dicho homenaje tuvo lugar la presentación del libro «Estudios Jurídicos: *Liber Amicorum* en honor a Jorge Caffarena». El ofrecimiento que figura al principio del libro destaca los altos valores de Jorge Caffarena. Primero, su estricta condición de universitario y su atención preferente a los requerimientos y necesidades del *alma mater*, a la que siempre ha

servido con dedicación y rigor. Igualmente, su total entrega a la docencia, en todos los niveles de la enseñanza y en todas las materias propias del Derecho civil. Por fin, su generosidad intelectual y su labor como maestro, que le llevó a compartir sus conocimientos con quienes se aproximaban a él para conseguir la mejor orientación en su propósito de seguir la carrera académica.

Jorge Caffarena estaba dotado de una exquisita sensibilidad en sus relaciones con los demás. Fuera quien fuera su interlocutor siempre percibía lo que le podía agradar. En sus relaciones con estudiantes, colegas y cualquier persona siempre se mostró afable. Escuchaba. Y con su amable sonrisa y gesto abría las puertas de la proximidad. Pero todo esto no empañaba su reciedumbre; sentido del deber y un alto grado de honestidad en toda su trayectoria personal y profesional. Por encima de todo era un hombre de una gran integridad.

Jorge Caffarena ha muerto de una cruel enfermedad que, poco a poco, fue disminuyendo su facultad de poder expresar a los demás lo que quería comunicar. Es cierto que cuando no hay nada que decir mejor es callar. Pero ese no era su caso. Él tenía mucho que decir y, con plena consciencia, se veía obligado a callar. Pero sus silencios también eran expresivos. El lenguaje va más allá de las palabras. Además, ¡con qué dignidad recibió la noticia de su dolencia! Y ¡con qué sentido de responsabilidad la ocultó a sus hijas! Solo la conoció su mujer, Cochechi. Y la guardó a solas con él.

Esta nota necrológica *in memoriam* de Jorge Caffarena quiere recordar también la labor desarrollada por él en este Anuario. Primero, en la redacción de las secciones fijas, especialmente en la de jurisprudencia. Después, publicando sus trabajos. Más recientemente, participando en tareas de asesoramiento. El *Anuario de Derecho Civil* agradece haber podido contar con él y traslada a su viuda, a sus hijas y a toda su familia el dolor por su muerte.

Uso y desuso de las sociedades de personas¹

MIGUEL GIMENO RIBES

Profesor contratado doctor de Derecho mercantil (Acreditado a profesor titular)
Universidad de Valencia

RESUMEN

Los datos relativos a la creación empresarial muestran la irrelevancia de las sociedades de personas en España. Esto contrasta con una mayor utilización de estos tipos sociales en otras economías. Sin embargo, las diferencias actuales en materia societaria y tributaria entre algunos de estos sistemas jurídicos no son tan importantes a efectos prácticos. A la luz de estas circunstancias, puede justificarse la divergencia por cierta inercia observable en ordenamientos extranjeros que han mantenido la utilización de estos tipos sociales. Con todo, en los datos registrales no constan las sociedades no inscritas ni las internas. Estas sí que se encuentran extendidas como fórmulas de organización de una actividad o como forma de vehicular la financiación. A estos efectos, poseen especial relevancia la sociedad civil y las cuentas en participación.

PALABRAS CLAVE

Sociedades personalistas. Personalidad jurídica. Transparencia fiscal. Autoorganicismo. Responsabilidad ilimitada. Sociedad colectiva. Sociedad comanditaria. Sociedad civil. Sociedad irregular. Constructos híbridos. Cuentas en participación. Subparticipación.

¹ El presente trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación [GV/2018/124] «Transparencia y derechos de los accionistas en el mercado interior», financiado por la Generalitat Valenciana y del que es investigador principal el autor.

Use and disuse of partnerships

ABSTRACT

The data on business formation shows partnerships are not relevant in Spain. This compares with a greater use of these forms in other countries. However, nowadays the differences between legal systems both organizational and tax-related are not that important in terms of their practical effects. A certain inertia is a possible explanation to the continuing use of partnerships in other jurisdictions. However, commercial register statistics do not take into account non-registered firms and internal partnerships. These are used both as an organizational tool and as a financing vehicle. Both civil and sleeping partnerships are especially important in that regard.

KEYWORDS

Partnerships. Legal personality. Tax transparency. Self-management. Unlimited liability. Commercial partnership. Limited partnership. Civil partnership. Non-registered company. Hybrid forms. Sleeping partnership. Sub-participation.

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Reducida utilización de las sociedades de personas.* 1. Personalidad jurídica y Derecho tributario. 1.1. Personalidad y capacidad jurídica. 1.2. Transparencia fiscal. 2. *¿One-size-fits-all en la forma de vehicular la actividad empresarial?* 2.1. Inducción a través de la legislación en perspectiva histórica. 2.2. Inducción por medio de la práctica jurídica. 3. Autoorganicismo, responsabilidad ilimitada e iliquidez de la posición del socio. 3.1. Gestión profesionalizada y diversificación de inversiones. 3.2. Responsabilidad ilimitada e iliquidez de la posición del socio. 3.3. La particularidad de las sociedades profesionales. 4. Conclusión intermedia.—III. *Relevancia de las sociedades de personas.* 1. Las sociedades irregulares. 1.1. Celeridad constitutiva. 1.2. Fórmulas simplificadas. 2. *Excurso: Estertores de los constructos híbridos.* 2.1. Orígenes, exotismo y relevancia en España. 2.2. Posibilidades. 2.3. Notas de su régimen jurídico. 3. Perenne actualidad de la sociedad civil. 3.1. Constatación judicial. 3.2. Realidad de la práctica. 4. Importancia de las cuentas en participación. 4.1. Financiación a través de *crowdfunding*. 4.2. La perspectiva del capital-riesgo. 4.3. Usos adicionales. 5. Las uniones temporales de empresas. 6. La especialidad de las agrupaciones de interés económico.—IV. *Conclusiones.— Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

La presencia de las sociedades de personas en la economía española tiene carácter residual. Esta apreciación constituye un lugar común reforzado progresivamente en las últimas décadas.² Prueba de ello son los datos relativos a la existencia³ y creación⁴ de compañías de estas características a nivel doméstico. La realidad en el panorama comparado no es muy distinta. El continuo descenso en la relevancia práctica de estas fórmulas asociativas también se constata.⁵ Con todo, su importancia en términos absolutos y relativos es muy superior en muchos ordenamientos foráneos.⁶ Su aparente irrelevancia en España plantea interrogantes. No puede ignorarse que, de entre ellas, la sociedad colectiva es considerada como la mercantil por antonomasia.⁷

Entre las causas que explican el fenómeno indicado hay algunas sobradamente conocidas y otras no tan evidentes. Unas se derivan del régimen legislado y hunden sus raíces en la evolución histórica hasta su formulación decimonónica. Otras, por el contrario, surgen del contexto legislado en el que se encuentra la panoplia de vehículos societarios mediante los que canalizar la actividad económica. Aquí entran en juego las propias normas aplicables a las compañías, pero también las de otras ramas del ordenamiento, en especial, las de naturaleza tributaria.⁸ Es interesante advertir a este respecto cómo la diversidad tipológica no impide la concentración en torno a una única forma social.⁹ Finalmente, el clima empresarial y las necesidades del tráfico también contribuyen a explicar el panorama descrito.

Pese a todo, la premisa enunciada al inicio del estudio es incompleta y debe ser matizada. Y es que algunas manifestaciones del tráfico revelan una elevada utilización de algunas compañías personalistas.¹⁰ En primer lugar, las configuraciones con efectos meramente internos (sociedades civiles internas y cuentas en participación) son habituales, aunque la ausencia de inscripción regis-

² GIRÓN TENA, 1976, pp. 394-395; PAZ-ARES, 2006, p. 614. Véase para períodos anteriores GUINNANE/MARTÍNEZ-RODRÍGUEZ, *JLEO*, 2018, pp. 7-10.

³ <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=6293&L=0>

⁴ <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=13913>

⁵ Véanse, por ejemplo, los datos aportados por FLEISCHER/COOLS, *ZGR*, 2019, p. 465.

⁶ FLEISCHER/COOLS, *ZGR*, 2019, p. 465.

⁷ Sobre la sociedad colectiva como sociedad general del tráfico, GIRÓN TENA, 1976, pp. 56-57.

⁸ Véase KNOBBE-KEUK, 1986.

⁹ La sociedad de responsabilidad limitada representa el 90% de las compañías inscritas (<https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=6293&L=0>).

¹⁰ En el pasado, respecto de otras realidades, se aludió a una suerte de resurgir de las sociedades de personas, EIZAGUIRRE BERMEJO, 2001, p. 159.

tral impide su directa constatación. Sin embargo, las resoluciones judiciales recaídas con cierta asiduidad¹¹ constituyen evidencia anecdótica. Algo similar puede decirse de las sociedades civiles externas,¹² que mantienen su relevancia en concretos sectores.¹³ En segundo lugar, fundamentalmente en el pasado, un buen número de sociedades comanditarias se configuraron como constructos híbridos a imagen y semejanza de su equivalente alemán (GmbH & co. KG).¹⁴ Con todo, esta experiencia se circunscribe a un momento temporal concreto y prácticamente no continúa en la actualidad.¹⁵ Finalmente, en tercer lugar, las sociedades de personas constituyen el fenómeno asociativo en su versión primitiva y, en consecuencia, actúan como cierre del sistema. En este sentido, como es sabido, el de las sociedades colectiva y civil es el régimen supletorio aplicable a las compañías capitalistas que no han alcanzado el máximo grado de personificación.¹⁶ De igual modo resultan relevantes las colectivas irregulares en tanto fórmulas simplificadas de dar cauce a iniciativas empresariales. Por oposición a las anteriores, la única sociedad de personas externa y regular con notable presencia registral es la agrupación de interés económico.

De las constataciones anteriores, se observan dos tendencias. Por un lado, más allá de las circunstancias de la sociedad irregular (arts. 39-40 LSC), las manifestaciones de sociedades de personas más habituales son las que no requieren de inscripción. En especial, se trata de las que despliegan efectos meramente internos (arts. 1669, 1696 CC; arts. 239-243 CCom). Por otro lado, algunas de las formas sociales implicadas presentan rasgos de atipicidad,¹⁷ ya que incorporan elementos capitalistas que difuminan su origen. Esta circunstancia resulta *a priori* contraintuitiva. A fin de cuentas, al contrario que en otros ordenamientos de nuestro entorno,¹⁸ el régimen español de las sociedades de personas no ha sufrido modificaciones comparables. No obstante, a este respecto debe distinguirse entre los elementos que se incorporan por efecto de cambios legislativos de otros que devienen práctica consolidada por los operadores. En relación con este último extremo, se ha mencionado ya la tendencia, coyuntural, a incorporar una sociedad capitalista

¹¹ Véase *infra* en este mismo apartado.

¹² Sobre las cuestiones de inscripción de las sociedades civiles, GARCÍA VILLAVEDRÉ, *RdS*, 2000, pp. 47-84; FERNÁNDEZ, 2002, pp. 149-157.

¹³ Fundamentalmente, administración de fincas, sociedades inmobiliarias.

¹⁴ Véase ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *RDM*, 1980, pp. 245-254; GIMENO RIBES, 2017, pp. 338-339.

¹⁵ FLEISCHER/WANSLEBEN, *GmbHR*, 2017, p. 637.

¹⁶ Véase *infra* III.1.

¹⁷ Cabe traer a colación el relevante trabajo de FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1977.

¹⁸ FLEISCHER/COOLS, *ZGR*, 2019, pp. 481-496.

como socio colectivo de una comanditaria. A ello se añade la utilización de las cuentas en participación para actividades parabanca-rias (*crowdfunding*).¹⁹ Las exiguas referencias positivas de la figura y su intrínseca flexibilidad incrementan las posibilidades de modulación derivadas de la autonomía de la voluntad.²⁰

Más interesantes, por lo demás, son las referencias legislativas de atipicidad. Cabe aludir aquí al fondo de capital-riesgo (art. 30.1 LCR²¹). Se trata de una figura asociativa sin personalidad jurídica, pero con rasgos capitalistas.²² En particular, se establece la necesidad de que las participaciones sean valores negociables (art. 31.4 LCR), dada la dispersión de los inversores. En España, esta tendencia tiene que ver con aspectos puntuales. En otros ordenamientos, por el contrario, las interrelaciones personalista-capitalista han sido mayores. De manera paradigmática, en Alemania está prevista la comanditaria simple como sociedad de inversión (*Investmentkommanditgesellschaft*) en los §§ 124 y 149 KAGB.²³ Más allá de las especiales circunstancias del capital-riesgo, las mutaciones del carácter personalista también son observables en otras sedes. La reforma del régimen jurídico de las sociedades personalistas (*Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts*, MoPeG²⁴) que entrará en vigor en 2024, contiene alguna.²⁵ Un ejemplo es la incorporación de reglas sobre adopción (nuevo § 109 HGB) e impugnación de acuerdos (nuevos §§ 110-115 HGB).²⁶ Por lo demás, el abandono de la idea de la comunidad de mano común (*Gesamthand*) (nuevo § 713 BGB)²⁷ supone una reconfiguración de la esencia de estos tipos sociales. La sociedad como

¹⁹ Véase *infra* III.4.1.

²⁰ Véase, por muchos, MARTÍNEZ BALMASEDA, *RdS*, 2015, pp. 268-276.

²¹ Ley 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, y por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (BOE núm. 275, de 13 de noviembre de 2014, pp. 93215-93320).

²² Véase *infra* III.4.2.

²³ Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2011/61/EU über die Verwalter alternativer Investmentfonds (AIFM-Umsetzungsgesetz – AIFM-UmsG) v. 4.7.2013 (BGBl. I, pp. 1981-2164).

²⁴ Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz - MoPeG) v. 10.8.2021 (BGBl. I, pp. 17.8.2021).

²⁵ Una exposición del proyecto de reforma puede verse en NOACK, *NZG*, 2020, pp. 581-586. Para la versión final puede verse SCHMIDT, *ZHR*, 2021, pp. 16-51; NOACK, *BB*, 2021, pp. 643-648.

²⁶ Sobre los problemas que puede presentar, todavía en el proyecto de reforma, donde el régimen jurídico de la impugnación de acuerdos se encontraba recogido en los §§ 714a-714e BGB, BACHMANN, *NZG*, 2020, p. 613. Críticamente, HABERSACK, *ZGR*, 2020, pp. 560-561.

²⁷ Valorada positivamente por BACHMANN, *NZG*, 2020, pp. 615-616. Véase también FLEISCHER, *NZG*, 2020, p. 602.

centro de imputación constituye una opción que, sin llegar a serlo, se encuentra más próxima a la personalidad jurídica que en el régimen vigente.

Las circunstancias expuestas al inicio han contribuido a un progresivo desinterés doctrinal.²⁸ Ni siquiera la incorporación de la agrupación de interés económico, sociedad colectiva especial, al ordenamiento patrio a principios de la década de 1990²⁹ contribuyó a revitalizar el análisis más allá del primer momento.³⁰ Tan solo la sociedad civil³¹ y las cuentas en participación³² han merecido una atención continuada. Esto no debe sorprender y coincide con su relevancia jurisprudencial,³³ que puede ser utilizada como elemento aproximativo de la realidad de la práctica. El presente estudio analiza en una primera parte los diferentes aspectos enunciados que contribuyen a explicar la reducida utilización de este

²⁸ Véanse los trabajos ya clásicos de GIRÓN TENA (GIRÓN TENA, *RDM*, 1947, pp. 7-70; GIRÓN TENA, 1971, pp. 139-166; GIRÓN TENA, 1976, *passim*; GIRÓN TENA, 1978, pp. 183-208) y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1977). El profuso estudio de PAZ-ARES, 2006, pp. 469-804 constituye una de las últimas contribuciones relativas a las sociedades personalistas con personalidad jurídica (antes ya PAZ-ARES, 1991, pp. 1299-1523; PAZ-ARES, 1993). Por lo demás, en las décadas de 1990 y principios de 2000, cabe destacar PANTALEÓN PRIETO, *ADC*, 1993, pp. 5-56; PARRAS MARTÍN, 1995, pp. 2809-2842; FONT RIBAS, 1998, pp. 315-364; EIZAGUIRRE BERMEJO, *RdS*, 2000, pp. 85-108; EIZAGUIRRE BERMEJO, 2001.

²⁹ Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico (BOE núm. 103, de 30 de abril de 1991, pp. 13638-13641).

³⁰ Véase MASSAGUER FUENTES, *RGD*, 1991, pp. 7641-7669; De CARLOS BERTRÁN, *RDM*, 1991, pp. 489-504; PAZ-ARES, 1991, pp. 731-756. Con anterioridad, sobre el tipo social supranacional, PAU PEDRÓN, *RCDI*, 1988, pp. 1181-1246.

³¹ Sobre su personalidad jurídica, BONARDELL LENZANO/CABANAS TREJO, *RdS*, 1997, pp. 357-389; PANTALEÓN PRIETO, *AAMN*, 1999, pp. 9-46; ARIAS VARONA, *CDC*, 2001, pp. 329-368; De TORRES PEREA, 2003. En relación con la inscripción registral, GARCÍA VILLAVARDE, *RdS*, 2000. Sobre las sociedades civiles con objeto mercantil, GANDÍA PÉREZ, *RDM*, 2015, pp. 265-288. Sobre las sociedades civiles internas, QUESADA SÁNCHEZ, 2007; MARTÍNEZ BALMASEDA, *RdS*, 2011, pp. 75-86. En materia de disolución y liquidación, QUESADA GONZÁLEZ, 1991; APARICIO CARRILLO, 2003. Sobre las sociedades irregulares, TENA PIAZUELO, *ADC*, 1999, pp. 1435-1490.

³² Son especialmente relevantes las aportaciones de MARTÍNEZ BALMASEDA (MARTÍNEZ BALMASEDA, *RDM*, 2010, pp. 231-248; MARTÍNEZ BALMASEDA, 2011; MARTÍNEZ BALMASEDA, *CDC*, 2012, pp. 249-270; MARTÍNEZ BALMASEDA, *RdS*, 2015; MARTÍNEZ BALMASEDA, *RDM*, 2018, pp. 285-304). Véase también PIÑOL AGUADÉ, *RGD*, 1990, pp. 1081-1101; SERRA MALLOL, 1991; GUAL DALMAU, 1993; COLINO MEDIAVILLA, *RdS*, 1996, pp. 293-315; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1998, pp. 259-314; TENA PIAZUELO, *RGD*, 1998, pp. 10663-10690; RODRÍGUEZ DÍAZ, *RDP*, 1999, pp. 419-427; FERRÉ MOLTÓ/LEÓN SANZ, *ADCo*, 2008, pp. 33-68; SÁNCHEZ PACHÓN, *CCJC*, 2009, pp. 549-570; GALACHO ABOLAFIO, *CCJC*, 2015, pp. 257-275; VICENT CHULIÁ, *La notaría*, 2016, pp. 48-72; BERROCAL LANZAROT, *CDC*, 2017, pp. 53-188.

³³ Véanse sobre la sociedad civil, las Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1994 (núm. 539) [sociedad civil interna]; de 24 de diciembre de 1997 (núm. 1166) [revocación del administrador por justa causa]; de 18 de octubre de 2010 (núm. 639) [disolución por justo motivo]; 19 de febrero de 2016 (núm. 93) [sociedad interna]. Sobre las cuentas en participación, véanse las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1995 (núm. 971) [extinción de las cuentas en participación]; de 30 de mayo de 2008 (núm. 464) [extinción y liquidación]; de 30 de septiembre de 2009 (núm. 592) [gestión del partícipe]; de 29 de mayo de 2014 (núm. 253) [extinción].

tipo de compañías (II.). En una segunda parte da cuenta de sus manifestaciones actuales, resuelve problemas interpretativos y explora sus posibilidades aplicativas (III.).

II. REDUCIDA UTILIZACIÓN DE LAS SOCIEDADES DE PERSONAS

La reducida utilización de las sociedades de personas se presenta como consecuencia de ciertas tendencias legislativas y de la práctica letrada. Por un lado, tiene relevancia a este respecto la personalidad jurídica, que solo algunos ordenamientos confieren a estas compañías (1.1.), y su vinculación con el régimen fiscal (1.2.). En tal sentido, presenta particularidades su tratamiento en sede de Impuesto sobre Sociedades. Por otro lado, la evolución del Derecho de sociedades ha estado caracterizada por una progresiva homogeneidad en la forma de vehicular la actividad empresarial. A tal efecto, se analizan los efectos inductivos de las normas sobre los diferentes tipos sociales (2.1.) y la actividad desarrollada por los operadores jurídicos (2.2.). Además, se explora la posible relevancia de las reglas sobre autoorganicismo, prohibición de competencia (3.1.), transmisión de la cuota y responsabilidad ilimitada (3.2.), con particular atención, en relación con las últimas, a la especialidad de las sociedades profesionales (3.3.). Finalmente, se retoman todos los argumentos expuestos y se indaga sobre la posible existencia de una dependencia del camino (4.).

1. PERSONALIDAD JURÍDICA Y DERECHO TRIBUTARIO

1.1. Personalidad y capacidad jurídica

Una de las grandes divergencias entre ordenamientos en los tipos sociales analizados es la existencia de personalidad jurídica. Los de alineación francesa cuentan con este expediente.³⁴ Por el contrario, los que siguen el planteamiento germánico, no lo incorporan.³⁵ Esta disparidad puede tener razones históricas. Como es sabido, el antecedente de la sociedad civil en Derecho romano es la

³⁴ Véase FLECKNER, 2010, pp. 364-367. Entre nosotros, PANTALEÓN PRIETO, *ADC*, 1993, p. 8.

³⁵ Véase el análisis comparado de WINDBICHLER, *ZGR*, 2014, pp. 121-125. Entre nosotros, últimamente, ALFARO ÁGUILA-REAL, *InDret*, 2016, pp. 38-49.

societas.³⁶ La figura tenía una configuración negocial³⁷ y meros efectos internos.³⁸ Por lo demás, tenía una estructura relativamente inestable derivada de la amplitud de las causas de disolución, entre las que se encontraba la separación de un socio.³⁹ Esta institución sufrió mutaciones progresivas hasta su recepción en la ola codificadora decimonónica.⁴⁰

En Alemania, en una primera versión del proyectado BGB de hace más de un siglo estaba previsto el referido contrato con estas características, esto es, como sociedad interna.⁴¹ Sin embargo, un importante sector doctrinal de la época manifestó su parecer contrario al planteamiento.⁴² La línea de pensamiento se dirigía fundamentalmente a la perspectiva de la disposición patrimonial. En tal sentido, lo que el análisis crítico propiciaba era la garantía del cumplimiento del fin común mediante la utilización de los bienes con tal propósito.⁴³ El planteamiento original no imposibilitaba desde un punto de vista jurídico-real el uso por parte de los socios de los bienes aportados. El punto de vista finalmente adoptado fue el de una comunidad germánica con cuotas ideales. Los aportantes se asociaban y eran los propietarios del patrimonio en su integridad, no de sus partes, formando así la comunidad de mano común (*Gesamthand*).⁴⁴

El instituto se ha mantenido hasta la actualidad a través de una serie de reglas. Entre ellas se encuentran las del patrimonio común (§ 718 BGB), la imposibilidad de disposición y la proscripción de la *actio communi dividundo* (§ 719 BGB) y el acrecimiento en la cuota de los consocios en caso de separación de uno de ellos (§ 738 BGB).⁴⁵ La actuación *ad extra* de la sociedad no estaba prevista en el cuerpo legal, lo que ha exigido la oportuna construcción doctrinal a lo largo del siglo XX.⁴⁶ Razones sistemáticas exigían este entendimiento. El Derecho alemán se estructura a partir de la remisión del régimen de las sociedades personalistas mercantiles a la

³⁶ Ampliamente, FLECKNER, 2010, pp. 119-144.

³⁷ GIRÓN TENA, 1976, p. 147. Últimamente, sobre el derecho del contrato de sociedad en las Instituciones de Gayo, FLECKNER, 2021, pp. 603-622 (en prensa).

³⁸ GIRÓN TENA, 1976, pp. 147-148, 168; FLEISCHER/COOLS, ZGR, 2019, pp. 467-468.

³⁹ FLECKNER, 2020, pp. 244-252.

⁴⁰ Una síntesis panorámica de la época codificadora puede verse en GIRÓN TENA, 1976, pp. 155-159.

⁴¹ Véase una exposición de los hechos en FLEISCHER, NZG, 2020, p. 602.

⁴² GIERKE, 1889, pp. 252-255.

⁴³ GIERKE, 1889, pp. 252-255.

⁴⁴ Sobre ello, notablemente, FLUME, ZHR, 1972, pp. 177-207, especialmente, en relación con la idea del grupo de socios, p. 189. Véase también ULMER, AcP, 1998, pp. 113-151, con la evolución posterior del planteamiento a partir de la p. 119; SCHMIDT, AcP, 2009, pp. 181-204.

⁴⁵ FLEISCHER, NZG, 2020, p. 602.

⁴⁶ Véase SCHMIDT, AcP, 2009, pp. 186-190.

sociedad civil (*Schachtelprinzip*).⁴⁷ Esta última constituye la regla general respecto de la que se establecen especialidades (§ 105.3 HGB). Habría resultado contradictorio no permitir la actuación de la sociedad civil en el tráfico cuando las mercantiles lo venían haciendo históricamente.⁴⁸ Con todo, este extremo no fue reconocido en la jurisprudencia hasta el año 2001 en el caso *ARGE Weißes Roß*.⁴⁹ Sin embargo, no se les reconoció personalidad jurídica, que se reserva para las sociedades capitalistas.

En el ordenamiento francés no se codifica el expediente de la personalidad jurídica,⁵⁰ pero se reconoce jurisprudencialmente ya en el s. XIX.⁵¹ Solo así se permite su actuación. Lo mismo ocurre en otros ordenamientos que siguen este planteamiento, como es el español. En este, son tan solo las sociedades internas, que no actúan en el tráfico, las que carecen de personalidad jurídica (art. 1669 CC). La aportación de un sector doctrinal contribuyó a la mejor comprensión de la fisonomía de las sociedades de personas.⁵² Desde un punto de vista metodológico, se pretendió reinterpretar determinados extremos prototípicos de un ordenamiento de alineación francesa desde la óptica del Derecho alemán.⁵³ Algunos de ellos, como la amplitud del concepto de sociedad, no plantean dificultades a la luz de una interpretación en perspectiva histórica (art. 3.1 CC),⁵⁴ más tarde reforzada mediante el anclaje constitucional.⁵⁵ Otros, por el contrario, como la utilización de categorías foráneas para determinar las fórmulas de actuación de estas compañías en el mercado, no resultan posibles. La existencia de la comunidad por cuotas de participación en el Derecho español (arts. 399 y 400 CC) lo impide.⁵⁶ Por tanto, la sociedad externa requiere del expediente de la personalidad jurídica para que le sea garantizada la capacidad. Desde un punto de vista económico, lo contrario incrementaría notablemente los costes de diversa índole.⁵⁷

⁴⁷ En comparación con el Derecho español, GIMENO RIBES/LIEFKE, 2019, Mg. 34.

⁴⁸ Con todo, en la doctrina de principio de siglo, algún autor sostuvo que las sociedades mercantiles de personas en Alemania sí que contaban con personalidad jurídica, KOHLER, *ZHR*, 1913, pp. 456-461.

⁴⁹ BGH, Urt. v. 29.1.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341. Véase por lo demás el comentario de WEDEMANN, 2018, pp. 491-503.

⁵⁰ Sobre ello, GIRÓN TENA, 1976, p. 156.

⁵¹ Cour de Cassation, 23.2.1891.

⁵² GIRÓN TENA, 1976, pp. 168-177.

⁵³ Véase el análisis de ALFARO ÁGUILA-REAL, *InDret*, 2016, pp. 38-49.

⁵⁴ GIRÓN TENA, 1976, pp. 32-47; PAZ-ARES, 2006, p. 472.

⁵⁵ Trae a colación el argumento del derecho a la libertad de asociación, PAZ-ARES, 2006, p. 472. A ello se añade la perspectiva del art. 2 LSC (con carácter previo, también, PAZ-ARES, 1991, pp. 734-743).

⁵⁶ ALFARO ÁGUILA-REAL, *InDret*, 2016, pp. 36-38.

⁵⁷ HANSMANN/KRAAKMAN /SQUIRE, *Harv. L. Rev.*, 2006, pp. 1343-1350.

La dualidad entre sistemas en los que la capacidad jurídica se deriva de la comunidad de mano común y aquellos otros en los que es consecuencia de la personalidad de la sociedad no puede ignorarse, pero el resultado es equivalente.⁵⁸ En tal sentido, el legislador de la Unión Europea, como en otros aspectos societarios en los que concurren diferentes tradiciones,⁵⁹ fue consciente de ello. Así, el régimen de la agrupación europea de interés económico previó esta doble vía. Los Estados miembros podían conferir personalidad a este tipo social supranacional u optar por no hacerlo (art. 1.3 RAEIE⁶⁰). En igual sentido, el Derecho originario no hace distinciones, sino que se refiere a las sociedades en términos generales como titulares de la libertad de establecimiento (art. 54.2 TFUE).

Pese a todo, esta indiferencia en los efectos prácticos de ambos expedientes, unido a la complejidad conceptual de la fórmula germánica,⁶¹ han abocado a cierta convergencia. Un ejemplo especialmente evidente de esta transición se encuentra extramuros de la Unión Europea. En el Derecho estadounidense, el régimen jurídico de las sociedades personalistas ha venido determinado por leyes modelo. En la *Uniform Partnership Act* de 1914 se concibe la *partnership* como una *association of co-owners* (§ 6 UPA 1914). Por el contrario, en la *Revised Uniform Partnership Act* de 1997 se la considera una *entity* (§ 201 RUPA 1997). Las categorías anglosajonas no son estrictamente coincidentes con las continentales, pero responden igualmente a un cambio de tendencia.⁶²

En todo caso, resulta más relevante el cambio de paradigma en el ordenamiento en el que surge la comunidad de mano común. Algún sector de la doctrina alemana ha venido defendiendo su eliminación con carácter reciente.⁶³ A nivel legislativo, la reforma del régimen de las sociedades de personas (MoPeG)⁶⁴ ha caminado en esta dirección (nueva versión del § 713 BGB). La pregunta que surge de inmediato es la relativa al tratamiento que deba darse a

⁵⁸ FLEISCHER/COOLS, *ZGR*, 2019, pp. 499-500.

⁵⁹ Es notable la disparidad entre el sistema monista y el dual en la *Societas Europaea*.

⁶⁰ Reglamento (CEE) 2137/85 del Consejo de 25 de julio de 1985 relativo a la constitución de una agrupación europea de interés económico (AEIE) (DOCE L 199, de 31 de julio de 1985, pp. 3-11).

⁶¹ BACHMANN, *NZG*, 2020, p. 615: «Zwar mag man sich die Gesellschaft theoretisch als die in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit am Rechtsverkehr teilnehmenden Gesellschafter denken, um so die Kluft zwischen individueller Vermögenszuweisung und Rechtsfähigkeit des Kollektivs zu überbrücken. Im jüngeren Schrifttum wird diese Vorstellung aber zunehmend als widersprüchlich empfunden, und auch im Hörsaal war und ist sie stets schwer zu vermitteln gewesen».

⁶² Las diferentes versiones de la norma son elaboradas por la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*.

⁶³ RÖDER, *AcP*, 2015, pp. 490-491.

⁶⁴ Véase *supra* I.

estos tipos sociales a la luz del panorama comparado.⁶⁵ El legislador alemán no pretende conferirles personalidad jurídica. Ahora bien, resulta difícil no caer en el planteamiento, ya advertido en la doctrina española⁶⁶ y alemana,⁶⁷ según el cual capacidad y personalidad jurídica serían conceptos equivalentes. No parece que esto deba ser entendido en términos estrictos, pero sí como consecuencia. Es pacífico que el grado de personificación de las sociedades capitalistas es el mismo en los diferentes ordenamientos del continente. También es indubitado que es superior al de las personalistas externas.⁶⁸ El interrogante tiene que ver con el carácter de estas últimas sociedades en los diferentes ordenamientos como sujetos. Parece que se trata meramente del uso de una terminología distinta para la misma condición. Tanto es así que algún autor ha planteado, con voluntad sistematizadora, la incorporación en el BGB de las sociedades de personas dentro de la enumeración de sujetos con capacidad jurídica.⁶⁹ De esta manera, junto a las personas físicas y las jurídicas, en el listado se encontrarían las sociedades personalistas como *tertium genus*. De hecho, en algunos aspectos concretos de la organización, como es la impugnación de acuerdos (nueva versión de los §§ 110-115 HGB), el nuevo régimen alemán se aproxima más a las sociedades capitalistas.⁷⁰

1.2. Transparencia fiscal

Un segundo aspecto relacionado con lo recién expuesto en el que se observan diferencias históricas entre ordenamientos es el tratamiento tributario de las sociedades de personas. En muchos sistemas jurídicos, estas sociedades son consideradas fiscalmente transparentes. En ellos es habitual que la forma de gravar la riqueza generada tenga lugar por medio del impuesto sobre la renta.⁷¹ El impuesto sobre sociedades queda reservado a las capitalistas, con personalidad jurídica perfecta. Generalmente, la dualidad entre responsabilidad ilimitada y transparencia fiscal genera un verdadero *trade-off* entre las sociedades de capitales y las de personas.⁷² En este sentido, las primeras resultan atractivas como forma de

⁶⁵ Véase *supra* en este mismo apartado.

⁶⁶ ALFARO ÁGUILA-REAL, *Indret*, 2016, p. 43.

⁶⁷ FLEISCHER/COOLS, *ZGR*, 2019, p. 500.

⁶⁸ Véase EMBID IRUJO, 1995, pp. 1023-1046.

⁶⁹ BACHMANN, *NZG*, 2020, p. 612.

⁷⁰ Véase en relación con el proyecto, Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, 2020, pp. 8-9, 90-99.

⁷¹ Véase el análisis comparado de SCHÖN, 2011, pp. 139-164.

⁷² Véase en cierto sentido KNOBBE-KEUK, 1986, pp. 1-3.

limitar el riesgo de la inversión.⁷³ Frente a ello, las segundas permiten el disfrute de ventajas en el ámbito tributario. En esencia, la transparencia fiscal evita la doble imposición de las ganancias derivada del tributo a abonar por la compañía (en España, arts. 29-30 LIS⁷⁴) y la incorporación de los dividendos a la base imponible del ahorro del socio (en el ordenamiento patrio, art. 25.1.a) LIRPF⁷⁵).

El régimen de transparencia fiscal no es necesariamente más beneficioso. Por un lado, dependerá de la relación entre tipos de ambos impuestos involucrados.⁷⁶ Si el gravamen de la base liquidable del ahorro (art. 66 LIRPF) es inferior al del impuesto sobre sociedades (art. 29 LIS), será ventajoso, no ocurriendo lo mismo en caso contrario. Por otro lado, depende de las posibilidades de compensación de ganancias y pérdidas.⁷⁷ En términos generales, a nivel del impuesto sobre sociedades, esto puede tener lugar entre las que se generan en la sociedad (art. 10.3 LIS; art. 35.2 CCom). Sin embargo, a nivel del de la renta de los socios, las compensaciones pueden tener lugar también entre los diferentes componentes de la base del ahorro (art. 15.2 LIRPF).⁷⁸ Esto último tiene dos implicaciones en ausencia de transparencia fiscal. Primero, si la sociedad tiene pérdidas y no distribuye dividendos, aquellas no reducen la base liquidable del ahorro.⁷⁹ En las sociedades de capital, esto viene aliviado ligeramente por los instrumentos existentes frente al excesivo atesoramiento (arts. 204.1.II y 348bis LSC).⁸⁰ En las sociedades personalistas no se cuenta con estos mecanismos, ya que la exigencia de unanimidad en las decisiones elimina en principio el riesgo de abuso de la mayoría.⁸¹ Segundo, si, por el contrario, tiene beneficios, las pérdidas derivadas de otras inversiones del socio solo pueden reducir los dividendos efectivamente percibidos e integrados en la base del ahorro.⁸²

⁷³ También la posición del comanditario. Véase KEUK, *ZHR*, 1973, pp. 417-418.

⁷⁴ Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE núm. 288, de 28 de noviembre de 2014, pp. 96939-97097).

⁷⁵ Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (BOE núm. 285, de 29 de noviembre de 2006, pp. 41734-41810).

⁷⁶ RÖDER, *Fla. Tax Rev.*, 2018, pp. 776-777.

⁷⁷ RÖDER, *Fla. Tax Rev.*, 2018, pp. 777-778.

⁷⁸ Véase entre nosotros GARCÍA-ARANDA SOTO/BANACLOCHE PALAO, 2019, apartados IV.2.2.A y IV.2.2.B (de la versión electrónica).

⁷⁹ RÖDER, *Fla. Tax Rev.*, 2018, pp. 777-778.

⁸⁰ No obstante, no puede ignorarse el carácter dispositivo del art. 348bis LSC. Sobre la cuestión, últimamente, CURTO POLO, 2019, pp. 276-279; HERNANDO CEBRIÁ, 2019, pp. 405-406; EMPARANZA SOBEJANO, *RDM*, 2020 (versión electrónica), *passim*. Sobre la impugnación de acuerdos abusivos (art. 204.1.II LSC), GALLEGO CÓRCOLES, *RDM*, 2018 (versión electrónica), *passim*.

⁸¹ Sin perjuicio de la posibilidad de modulación, GIRÓN TENA, 1976, p. 444; PAZ-ARES, 2006, p. 640.

⁸² RÖDER, *Fla. Tax Rev.*, 2018, pp. 777-778.

Es cierto que lo contrario la incrementaría. Sin embargo, el coste fiscal se eleva si las pérdidas derivadas de otras fuentes son abultadas. En tal caso, dado el horizonte temporal máximo (en España, de cuatro años, art. 50.3 LIRPF), las pérdidas no podrían ser compensadas en su integridad.⁸³

En la actualidad, el sistema fiscal se encuentra suficientemente desarrollado como para evitar elevadas diferencias entre fórmulas de tributación.⁸⁴ Sin embargo, la existencia de regímenes con transparencia fiscal en el pasado incrementó el uso de las sociedades de personas.⁸⁵ Este no ha sido el caso español, donde todas las externas se encuentran sometidas al impuesto sobre sociedades. La única excepción la constituye la sociedad civil que no cuente con objeto mercantil (art. 7.1.a) LIS), a la que se aplica el régimen de atribución de rentas (arts. 8.3 y 86-90 LIRPF). El antiguo sistema de transparencia fiscal interna no constituía una verdadera diferencia a los efectos expositivos si se atiende a su ámbito de aplicación (originariamente, art. 19 LIS 1978⁸⁶ y art. 12.2 LIRPF 1978⁸⁷), cuya configuración atendía a la actividad de la compañía, inmobiliaria o profesional. La referida circunstancia, por lo demás, propició el surgimiento de constructos societarios híbridos, fundamentalmente, en Alemania (GmbH & co. KG). Estas figuras eliminaban el *trade-off* indicado, permitiendo compatibilizar la transparencia con la responsabilidad limitada. En ellas, una sociedad capitalista ocupaba la posición de socio colectivo (*Komplementär*) de una sociedad comanditaria simple.⁸⁸ Generalmente, el capital social de la compañía con responsabilidad limitada era el mínimo indispensable y se distribuía en la misma proporción que el ostentado por los comanditarios. De esta manera, no se producían asimetrías en el poder de influencia de los inversores en las decisiones del constructo.⁸⁹

En un momento temporal concreto se deseó fomentar la responsabilidad ilimitada de los socios para introducir un elemento de confianza. En Alemania, se estableció una diferencia notable en términos de carga fiscal entre el tratamiento de las sociedades capitalistas, sometidas al impuesto sobre sociedades (*Körperschaftsteuer*), y las

⁸³ BANACLOCHE PALAO, 2019, apartado II.1 (de la versión electrónica).

⁸⁴ Véase paradigmáticamente en Alemania, en la actualidad, el régimen fiscal del constructo híbrido que incorpora una sociedad comanditaria, DÜLL/MAI, 2015, pp. 65-200.

⁸⁵ KNOBBE-KEUK, 1986, pp. 6-7; FLEISCHER, NZG, 2020, p. 606.

⁸⁶ Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1978, pp. 29429-29437).

⁸⁷ Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (BOE núm. 217, de 11 de septiembre de 1978, pp. 21191-21199).

⁸⁸ Véase *infra* III.2.1. y III.2.2.

⁸⁹ Véase *infra* III.2.1. y III.2.2. y III.2.3.

personalistas, fiscalmente transparentes.⁹⁰ Con posterioridad, esta disparidad se redujo progresivamente. Sin embargo, la utilización de constructos societarios híbridos se ha mantenido como fórmula característica.⁹¹

Con todo, la dualidad entre el sometimiento al impuesto sobre sociedades y la transparencia fiscal no se encuentra necesariamente vinculada a aspectos societarios.⁹² No hay una coincidencia con la naturaleza, personalista o capitalista, de la compañía. Lo mismo puede decirse, de otro modo, en relación con el grado de personificación. Como se ha visto, en España la práctica integridad de los tipos sociales se somete al referido tributo.

2. ¿ONE-SIZE-FITS-ALL EN LA FORMA DE VEHICULAR LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL?

2.1. Inducción a través de la legislación en perspectiva histórica

Además de las circunstancias recién evidenciadas (grado de subjetivación y tratamiento fiscal), en la elección de un tipo social frente a otro entran en juego otras consideraciones. Especial relevancia tienen a este respecto las posibles barreras de entrada y la flexibilidad contractual y organizativa. Para el análisis de la influencia de la legislación en las pautas de actuación de los operadores jurídicos, debe tenerse en cuenta el acervo tipológico del ordenamiento en su integridad.

En este sentido, la razón de ser del reducido uso de las sociedades de personas puede buscarse también en el régimen de las capitalistas.⁹³ Así, es sabido que tradicionalmente había habido una clara divergencia entre las primeras y la sociedad anónima. Aquellas estaban destinadas a pequeños negocios familiares,⁹⁴ mientras que esta servía para actividades empresariales especialmente intensivas en capital.⁹⁵ Las importantes necesidades de fondos propios para su funcionamiento justificaban el privilegio de la responsabi-

⁹⁰ RÖDER, *Fla. Tax Rev.*, 2018, p. 781 da cuenta de la intervención legislativa en la década de 1930.

⁹¹ FLEISCHER/WANSLEBEN, 2018, pp. 41-44.

⁹² Véase sobre las relaciones entre el Derecho mercantil y las normas fiscales, URÍA GONZÁLEZ, *AAMN*, 1944, pp. 269-291; VICENT CHULIÀ, *HPE*, 1985, pp. 79-110.

⁹³ Véase EMBID IRUJO, *CDC*, 2013, pp. 46-47, quien trae a colación la idea del grado de *personalización* de los diferentes tipos sociales capitalistas.

⁹⁴ MARTÍNEZ GIJÓN, 1979, pp. 22-24; OLIVENCIA RUIZ, *RDM*, 1981, p. 317.

⁹⁵ Véase AMEND-TRAUT, 2013, pp. 65-66. Entre nosotros, GARRIGUES, 1998, pp. 11-12; HIERRO ANIBARRO, 1998, pp. 35-40. En general, sobre el surgimiento de la sociedad anónima en perspectiva histórica, DARI-MATTIACCI *et al.*, *JLEO*, 2017, pp. 193-236.

lidad limitada.⁹⁶ Se trataba, con todo, de una suerte de fórmula de excepción.⁹⁷ Vista en perspectiva histórica, son conocidas sus importantes barreras de entrada, no solo relacionadas con los recursos necesarios para el desarrollo de su objeto, sino vinculadas a las autorizaciones requeridas.⁹⁸

La progresiva desaparición de los prejuicios respecto de la responsabilidad limitada de los socios⁹⁹ generalizó el uso de las sociedades capitalistas. En el contexto de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951¹⁰⁰ resultaba especialmente atractivo el uso del tipo social regulado en la norma. Diferentes razones lo explican. En primer lugar, las barreras de entrada en sede de sociedades anónimas eran reducidas. No estaba previsto un capital social mínimo,¹⁰¹ que no sería introducido hasta la entrada de España en la UE y la transposición de la Segunda Directiva.¹⁰² En segundo lugar, su régimen jurídico no era excesivamente imperativo,¹⁰³ como en otros ordenamientos del continente. Es conocida en este sentido la reducida autonomía estatutaria en este tipo social, por ejemplo, en Alemania, donde la regla es la imperatividad salvo donde la ley explícitamente lo contemple (§ 23.5 AktG).¹⁰⁴ Este planteamiento no se encontraba en el § 16 *Aktiengesetz* de 1937,¹⁰⁵ pero era pacífica su constatación en la doctrina.¹⁰⁶ Explícitamente se encuentra en la norma de 1965 (*Satzungstreng*).¹⁰⁷ Desde el punto de vista del interés en la limitación de la responsabilidad de los socios, esto

⁹⁶ LEÓN SANZ, 1998, p. 28.

⁹⁷ Sobre esta idea, notablemente, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *RDM*, 1988, p. 9.

⁹⁸ Véase MARTÍNEZ-RODRÍGUEZ, 2018, pp. 318-319. Ya en el derecho no privilegiado ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *RDM*, 1988, pp. 20-21. Sobre la sociedad anónima en España en el s. XIX, FREY, 1999; ANSÓN PEIRONCELY, 2016.

⁹⁹ Véase DE CASTRO Y BRAVO, *ADC*, 1949, pp. 1407-1409.

¹⁰⁰ Ley de 17 de julio de 1951 sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas (BOE núm. 199, de 18 de julio de 1951, pp. 3355-3374).

¹⁰¹ Véase GARCÍA MANDALÓNIZ, 2010, pp. 277-279. Sobre la función que debería tener el capital social en la sociedad anónima de limitar su utilización, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO/BELTRÁN SÁNCHEZ, *RDM*, 1988, pp. 152-153. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que en el Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas (GARRIGUES *et al.*, 1947) estaba previsto un capital mínimo nada desdeñable de 5.000.000 de pesetas que sería eliminado. Véase por lo demás la crítica a la incorporación de un capital social mínimo de DE CASTRO Y BRAVO, *REP*, 1950, pp. 101-102.

¹⁰² Segunda Directiva del Consejo de 13 de diciembre de 1976 tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el párrafo segundo del artículo 58 del Tratado, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital (77/91/CE) (*DOCE L 26*, de 31 enero de 1977, pp. 44-54).

¹⁰³ Véase ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *RDM*, 1988, p. 21 a propósito de la *superposición* de forma sociales entre sociedades capitalistas.

¹⁰⁴ Véase EMBID IRUJO/MARTÍNEZ SANZ, *RdS*, 1996, pp. 14-15.

¹⁰⁵ Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (*Aktiengesetz*) v. 30.1.1937 (RGBl. I, pp. 107-166).

¹⁰⁶ ARNOLD, 2011, Mg. 1.

¹⁰⁷ Aktiengesetz v. 11.9.1965 (BGBl. I, pp. 1089-1184).

permite explicar la práctica inexistencia de las sociedades comanditarias, que no aportarían ventajas añadidas. Un fenómeno similar puede advertirse en el Reino Unido; no obstante, la razón de ser en este caso se encuentra relacionada con la pronta eliminación de los prejuicios respecto de la limitación de responsabilidad.¹⁰⁸ Ello explica, por lo demás, que el referido tipo social (*limited partnership*) tuviera un reconocimiento legislativo tardío, ya en el siglo XX.¹⁰⁹

A lo anterior se añadían las rigideces del régimen de las sociedades limitadas en la primera versión de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953.¹¹⁰ Con anterioridad, la utilización de este tipo social había sido relevante, de manera particular, desde 1919.¹¹¹ El establecimiento de máximos de capital y de número de socios,¹¹² así como las importantes restricciones a la transmisibilidad de las participaciones, pretendían garantizar el carácter cerrado de la compañía, pero acabaron reduciendo el atractivo del tipo social. Con carácter previo, no había habido legislación en la materia en España.¹¹³ El origen notarial de la figura,¹¹⁴ cuyo fundamento se encontraba en el carácter de *numerus apertus* de la enumeración de tipos sociales (arts. 265 CCom 1829; 122 CCom 1885),¹¹⁵ la concebía como una suerte de sociedad colectiva con responsabilidad limitada de los socios.¹¹⁶ Por el contrario, el carácter capitalista de las sociedades de responsabilidad limitada en España se ha ido incrementado progresivamente.¹¹⁷ La proximidad conceptual con la sociedad anónima es importante. Ello trae causa en primer lugar de la extensión de determinadas reglas de las sociedades anónimas a la totalidad de las capitalistas con ocasión de la transposición del Derecho derivado en el momento de la

¹⁰⁸ FLEISCHER/COOLS, *ZGR*, 2019, p. 477.

¹⁰⁹ *Limited Partnerships Act 1907 - 1907 c 24 7 Edw 7*.

¹¹⁰ Ley de 17 de julio de 1953 sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada (BOE núm. 199, de 18 de julio de 1953, pp. 4319-4324).

¹¹¹ Ofrecen datos GUINNANE/MARTÍNEZ-RODRÍGUEZ, *JLEO*, 2018, p. 9. Sobre las circunstancias, MARTÍNEZ-RODRÍGUEZ, 2018, 304-305.

¹¹² Sobre ello, LEÓN SANZ, 1998, pp. 28-29.

¹¹³ Sobre los intentos anteriores a la Ley de 1953, LEÓN SANZ, 1998, pp. 25-27.

¹¹⁴ Sobre construcciones notariales en el mundo anglosajón FLEISCHER, *ZGR*, 2016, pp. 54-55. Sobre el papel de la llamada jurisprudencia cautelar, véase FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1977, pp. 106-112.

¹¹⁵ PRIETO GONZÁLEZ, *RDM*, 1968, p. 216; ANDRINO HERNÁNDEZ, 1997, pp. 77-90.

¹¹⁶ Véase CASTELLAR, *RJC*, 1895, pp. 437-455. Véase últimamente, en clave de política legislativa, RÖDER, *ZHR*, 2020, pp. 457-506.

¹¹⁷ Esta tensión entre una aproximación como sociedad colectiva con responsabilidad limitada o como sociedad anónima de carácter reducido es una constante en los inicios legislativos de los diferentes ordenamientos en la materia. Véase sobre el Derecho alemán, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *RDM*, 1988, pp. 17-18. También alude al ordenamiento italiano en sentido similar (p. 19).

entrada de España en la UE. En segundo lugar, la tendencia legislativa a nivel doméstico ha acentuado esta realidad. La Ley de Sociedades de Capital no solo contribuyó a integrar y sistematizar dos regímenes, sino también a eliminar diferencias.¹¹⁸ Entre las reformas posteriores, la de gobierno corporativo (Ley 31/2014¹¹⁹) ha continuado la misma senda.¹²⁰

La histórica flexibilidad de la sociedad anónima, la rigidez de la sociedad de responsabilidad limitada y las reducidas diferencias entre ambos tipos constituyen una tríada con efectos nada desdeñables. Representan un panorama tipológico que se diferencia de la senda recorrida por algunos de los ordenamientos de nuestro entorno. Esto explica el salto que da lugar al incremento desmedido en la fundación de sociedades anónimas.¹²¹ La introducción de un capital social mínimo en el régimen de estas compañías fuerza una ola de transformaciones en sociedades de responsabilidad limitada.¹²² Si se compara con otros ordenamientos, la opción por este tipo social puede venir propiciada por el reducido capital social mínimo en términos comparativos (art. 4 LSRL 1995¹²³).¹²⁴ Téngase en cuenta que, en la época considerada, era inferior, por ejemplo, que el previsto en Alemania¹²⁵ o en Italia.¹²⁶ Nuevamente, el planteamiento tipológico se asemeja al del Reino Unido.¹²⁷ No deja de sorprender, con todo, que las diferencias de capital social mínimo respecto de los ordenamientos continentales no se correspondan con una aproximación conceptual de la limitada a las sociedades de personas, sino que se profundice en los caracteres capitalistas. Inversamente, la sociedad anónima ha incorporado elementos prototípicos de la de responsabili-

¹¹⁸ En ocasiones yendo más allá del mandato de refundición. Véase MUÑOZ PAREDES, 2011, pp. 560-570.

¹¹⁹ Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (BOE núm. 293, de 4 de diciembre de 2014, pp. 99793-99826).

¹²⁰ Notablemente, la extensión a las sociedades anónimas de la competencia de la junta general para impartir instrucciones en asuntos de gestión (art. 161 LSC) y del régimen de conflictos de interés de los socios (art. 190 LSC).

¹²¹ Antes de la indicada reforma, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *RDM*, 1988, pp. 11-16 da cuenta de las distorsiones que se producen al contar en los ordenamientos latinos con sociedades anónimas que pueden ser utilizadas para fines diversos. En este sentido, la rigidez del modelo alemán garantiza una separación tipológica más clara.

¹²² LEÓN SANZ, 1998, p. 35.

¹²³ Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (BOE núm. 71, de 24 de 1995, pp. 9181-9206).

¹²⁴ Véase MERKT, *ZGR*, 2004, p. 317.

¹²⁵ En la actualidad, 10.000 euros (art. 2463.4 *Codice Civile*).

¹²⁶ En la actualidad, 25.000 euros (§ 5.1 GmbHG).

¹²⁷ No obstante, el Reino Unido no cuenta con un capital social mínimo para las *private companies*. Las reglas sobre el particular (secciones 761-767 *Companies Act 2006*) solo son aplicables a las *public companies*.

dad limitada con ocasión de las reformas de la última década.¹²⁸ Tanto es así que la distancia tipológica entre la sociedad anónima y su especialidad cotizada es muy superior a la existente entre aquella y la de responsabilidad limitada.¹²⁹

Algún ejemplo de la erosión definitiva del uso de las sociedades de personas puede encontrarse en las medidas flexibilizadoras de la LSRL 1995. Una particularidad notable la constituye la posibilidad de establecimiento de voto plural, introducida en la versión definitiva de la norma legal (art. 53.4 LSRL 1995).¹³⁰ De la literalidad del régimen anterior y aun del Anteproyecto de 1993,¹³¹ donde se requería que las participaciones sociales fueran iguales (art. 5), la doctrina infería la prohibición de asimetría en la asignación de los votos.¹³² En este sentido, por ejemplo, la incorporación de una sociedad de personas como matriz de un grupo con el fin de subvenir las posibles rigideces previas deja de ser necesaria desde la fecha indicada.

2.2. Inducción por medio de la práctica jurídica

Las consideraciones previas permiten argumentar que la actividad legislativa ha contribuido a homogeneizar la forma de vehicular la actividad empresarial en España. En el extremo, podría sostenerse que se observa una tendencia inequívoca y sostenida en la que se ha venido utilizando un único tipo social, primero la sociedad anónima y luego la de responsabilidad limitada. No obstante, este planteamiento debe ser relativizado. En primer lugar, porque hay de hecho otros tipos sociales que tienen relevancia. En segundo lugar, puesto que el legislador no ha sido el único causante de este fenómeno. Con todo, es indudable el efecto de estas circunstancias en la utilización de las sociedades de personas.

En relación con la primera de las cuestiones advertidas, hay que indicar que los datos de creación y existencia de sociedades dan cuenta de la presencia de una pluralidad de tipos sociales.¹³³ Sin embargo, la inmensa mayoría son efectivamente sociedades de responsabilidad limitada, siendo la única minoría relevante las anóni-

¹²⁸ Véase *supra* en este mismo apartado.

¹²⁹ La consideración tipológica se realiza en el sentido intermedio de la clasificación de EMBID IRUJO, *CDC*, 2013, pp. 38-41.

¹³⁰ Véase PAZ-ARES, 1997, p. 196.

¹³¹ Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, de 25 de junio de 1993 (BIMJ supl. núm. 1675, de 25 de junio de 1993).

¹³² RODRÍGUEZ ARTIGAS, *RdS*, 1994, p. 454. Véase también MIQUEL RODRÍGUEZ, 2009, p. 684.

¹³³ Véase *supra* I.

mas. Pese a que esto ocurra a simple vista, no debe desconocerse que no están reflejadas las sociedades civiles, no inscritas, las mercantiles internas ni las irregulares. Sí que es evidente la irrelevancia de las sociedades de personas y, en particular, la práctica inexistencia de comanditarias, lo que encuentra su explicación en las razones antedichas.¹³⁴ Fuera de las aludidas compañías capitalistas, tan solo tienen una presencia relevante las entidades de economía social, notablemente, las cooperativas.¹³⁵

Más relevante es el segundo extremo, esto es, que la tendencia hacia la estandarización de la organización de la actividad económica no solo encuentra su causa en el legislador. Los diferentes operadores jurídicos también han contribuido a ello. A simple vista, este planteamiento se antoja contradictorio. El régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada se caracteriza por un contenido imperativo relevante, mayor que el existente en otros ordenamientos.¹³⁶ A ello se añade la rigidez de la calificación registral del texto estatutario.¹³⁷ La actuación de estos operadores podría constituir un incentivo para explorar otros vehículos societarios. Dado su contenido, cabría pensar en un uso mayor de las sociedades de personas. Especialmente apropiadas resultarían las comanditarias por las posibilidades de limitación de la responsabilidad de los socios. Incorporadas a constructos híbridos, garantizarían el control sin la pérdida del mencionado privilegio. Sin embargo, la realidad fáctica es distinta. En este sentido, juegan un papel relevante los encargados de la asesoría jurídica, quienes generalmente utilizan estatutos estandarizados con posibilidades de alteración parcial. Estos tienen un efecto positivo, en la medida en que reducen los costes de transacción.¹³⁸ Sin embargo, reducen la variabilidad y eventual mejor adecuación desde la perspectiva tipológica.

Con todo, este fenómeno también da lugar a un incremento del uso de sociedades de personas. Esto se produce en el sentido no observado por los datos disponibles. Se incrementa el número de las de carácter interno.¹³⁹ Las rigideces que afectan el diseño estatutario se soslayan mediante la utilización de pactos parasociales.¹⁴⁰ Según su contenido, estos pueden constituir verdaderas sociedades civiles en el sentido previsto en el art. 1669 CC.¹⁴¹

¹³⁴ Véase *supra* I.

¹³⁵ Véanse los datos estadísticos *supra* I.

¹³⁶ Véase *supra* II.2.1.

¹³⁷ Véase ALFARO ÁGUILA-REAL AAMN, 2017-2018, pp. 239-306.

¹³⁸ DEL VAL TALENS/GIMENO RIBES, 2021, p. 35.

¹³⁹ Véase *infra* III.3. y III.4.

¹⁴⁰ DEL VAL TALENS/GIMENO RIBES, 2021, p. 36.

¹⁴¹ LIEFKE, 2021, pp. 67, 245. Entre nosotros, NOVAL PATO, RDM, 2010, pp. 1411-1448.

3. AUTOORGANICISMO, RESPONSABILIDAD ILIMITADA E ILIQUIDEZ DE LA POSICIÓN DEL SOCIO

3.1. Gestión profesionalizada y diversificación de inversiones

Las dos características fundamentales de las sociedades de personas tienen que ver con el aspecto organizativo y el patrimonial. Se trata respectivamente del autoorganicismo y de la responsabilidad ilimitada de todos o algunos de los socios. A ello se añaden otras cuestiones relacionadas con ambos extremos, como son la prohibición de competencia del socio y las reducidas posibilidades de transmisión de su cuota. En el presente epígrafe se realizan consideraciones sobre los elementos organizativos, mientras que en el siguiente se desarrollan algunas ideas sobre los patrimoniales. El debate en torno a la imperatividad de este concepto ha sido habitual en los ordenamientos de nuestro entorno.¹⁴² Esencialmente, se ha tratado de determinar si la administración solo debe tener lugar por parte de todos o algunos de los socios (arts. 1692 CC; 129 CCom) o también pueden intervenir terceros. A favor de la primera postura se encuentra el argumento de la comparación con la sociedad comanditaria (art. 148.IV CCom).¹⁴³ Solo los socios que tienen responsabilidad ilimitada deben poder intervenir en las tareas indicadas (prohibición de inmixción).¹⁴⁴ Desde un punto de vista económico, este planteamiento tiene sentido, en la medida en que se trata de quienes soportan el riesgo de pérdida de la inversión.¹⁴⁵

Una interpretación de estas características constituiría una razón relevante que abocaría a la utilización de sociedades capitalistas. Conforme una compañía incrementa su tamaño y presenta una mayor complejidad, se requiere una gestión profesionalizada. Sin perjuicio de la nada desdeñable realidad de las empresas familiares,¹⁴⁶ especialmente las de pequeña envergadura, la incorporación de gestores ajenos a la propiedad es habitual.¹⁴⁷

¹⁴² Ampliamente, OSTERLOH-KONRAD, *ZGR*, 2019, pp. 280-281; FLEISCHER, *NZG*, 2020, p. 604.

¹⁴³ Críticamente sobre la cuestión, en la doctrina alemana, OSTERLOH-KONRAD, *ZGR*, 2019, pp. 293-295.

¹⁴⁴ Véase para la vertiente externa en la comanditaria, entre nosotros, GÓMEZ PÉREZ, *RDN*, 1963, pp. 71-74; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 2010, p. 116.

¹⁴⁵ Para la exposición y crítica de estas ideas, véase FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1977, pp. 453-463.

¹⁴⁶ Últimamente, ofrecen datos actualizados de su relevancia DEL VAL TALENS/GIMENO RIBES, 2021, pp. 23-24.

¹⁴⁷ Véanse las diferentes consideraciones sobre la extensión de pautas de gobierno corporativo de las sociedades cotizadas a las compañías de menores dimensiones de HIERRO ANIBARRO/ZABALETA DÍAZ, 2014, pp. 42-55.

Sin embargo, resultan apropiados los argumentos vertidos por el sector doctrinal que ha prevalecido en España, según el cual la administración de las sociedades de personas también puede ser encomendada a terceros. De hecho, este planteamiento supondría entender que el autoorganicismo tiene carácter dispositivo, aunque esto no es del todo así.¹⁴⁸ Salvo en Francia, esta perspectiva no es evidente en muchos ordenamientos de nuestro entorno.¹⁴⁹ Especialmente en Alemania, este planteamiento es dudoso *de lege lata*.¹⁵⁰

En Derecho español no es posible en realidad una exégesis consistente en el incremento de la autonomía en el diseño del contrato de sociedad.¹⁵¹ En sede de sociedades colectivas, el art. 125.III CCom establece entre el contenido de la escritura de constitución la indicación de la identidad de los socios. Por su parte, para las sociedades civiles se prevé que solo los socios puedan ser nombrados administradores en el contrato de sociedad (art. 1692.I CC). Ahora bien, resulta posible nombrar a un administrador sin indicarlo en el referido contrato, esto es, con carácter posterior (art. 1692.II CC; art. 132.I CCom *a contrario*).¹⁵² En tal caso, el cargo de administrador puede ser revocado. Así, es posible confiar la labor de gestión a un tercero, que podrá ser removido sin justa causa. De esta manera, el control sigue siendo de los socios.¹⁵³ Esto solo ocurrirá cuando por efecto de la regla supletoria sean gestores todos los socios o cuando se restrinja a alguno de ellos, los indicados en el contrato de sociedad (art. 1692 CC; art. 129 CCom). Por lo demás, es lógico entender que, en caso de organicismo de terceros, los socios tengan la facultad de impartir instrucciones¹⁵⁴ (arts. 1692.II CC y 131 CCom *a contrario*; art. 161 LSC *a fortiori*). En la doctrina comparada se ha añadido un ulterior argumento, como es el de la posibilidad de que la administración de la AEIE sea confiada a quien no es socio (arts. 16.1 y 19.1 RAEIE).¹⁵⁵

Tampoco plantea excesivos problemas la representación de una sociedad de personas por terceros. Las dudas sobre su admisibilidad podrían descansar, en los mismos términos, en la facultad general del socio (art. 128 CCom).¹⁵⁶ En tal sentido, las posibilidades de configuración no podrían derivarse del contrato social, sino

¹⁴⁸ Véase *infra* en este mismo apartado. Véase por muchos De la CÁMARA ÁLVAREZ, 1977, p. 236.

¹⁴⁹ Véase el análisis comparado de FLEISCHER, *NZG*, 2020, p. 605.

¹⁵⁰ OSTERLOH-KONRAD, *ZGR*, 2019, pp. 298-299. No obstante, FLEISCHER, *NZG*, 2020, p. 610.

¹⁵¹ GIRÓN TENA, 1976, pp. 457-459.

¹⁵² GIRÓN TENA, 1976, p. 459; PAZ-ARES, 2006, pp. 628-629.

¹⁵³ PAZ-ARES, 2006, p. 636.

¹⁵⁴ PAZ-ARES, 2006, p. 639.

¹⁵⁵ FLEISCHER, *NZG*, 2020, pp. 605, 610.

¹⁵⁶ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1977, p. 408.

consistir en un apoderamiento. A ello se añade alguna duda derivada de la consideración de la tutela del tráfico, esencialmente, relacionada con la oponibilidad de las limitaciones.¹⁵⁷

Atendiendo a lo expuesto, el autoorganicismo no restringe las posibilidades de la gestión profesionalizada. Ahora bien, esto no permite equiparar la posición del socio de la personalista a la misma en una compañía capitalista. La exigencia de contribución al fin social parece más evidente, aunque solo es estricta en el caso del socio industrial (art. 138 CCom).¹⁵⁸ Así, el deber de fidelidad es más nítido que en el caso de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada.¹⁵⁹ La prohibición de competencia, cuyo ámbito difiere en sede legal según la concreción de la actividad económica de la compañía (arts. 136 y 137 CCom), constituye el anclaje del que se deriva el deber. Con todo, tampoco esta circunstancia debe ser entendida como un verdadero desincentivo a la utilización de sociedades de personas. La compañía puede autorizar la actividad correspondiente por parte del socio (art. 136 CCom).¹⁶⁰ De esta manera, la diversificación de inversiones no se encuentra limitada.

3.2. Responsabilidad ilimitada e iliquidez de la posición del socio

Desde el punto de vista de las causas del reducido uso de las sociedades de personas tiene más relevancia, desde luego, la perspectiva patrimonial. A tal efecto, cabe tener en cuenta la posición jurídica del socio y en particular, la responsabilidad ilimitada. Procede realizar algunas consideraciones sobre la primera. Es conocido su fundamento legal, explícitamente previsto en sede general (art. 127 CCom) y concretado a efectos de su carácter subsidiario, en el marco de las reglas en materia de liquidación (art. 237 CCom).¹⁶¹ De igual modo que el autoorganicismo, su carácter positivo es meramente parcial.¹⁶² Las circunstancias, sin embargo, son distintas. El planteamiento tiene que ver en primer término con su naturaleza. Desde el punto de vista comparado, los ordenamien-

¹⁵⁷ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1977, p. 408.

¹⁵⁸ GÓMEZ PÉREZ, *RDN*, 1963, p. 62; VÉRGEZ SÁNCHEZ, *RDM*, 1966, pp. 264-265; PARRAS MARTÍN, 1995, pp. 2827-2828; PAZ-ARES, 2006, pp. 644-645.

¹⁵⁹ La utilización de la referencia al deber de fidelidad es de la nomenclatura de GIRÓN TENA, 1976, pp. 295, 297-298, 423, 427. En sede de administradores de sociedades de capital, sobre la distinción entre lealtad y fidelidad, EMBID IRUJO, *CDC*, 2006, pp. 9-48.

¹⁶⁰ Sobre los límites, referidos a la perspectiva contraria, a saber, a un incremento del ámbito de la prohibición de competencia, GIRÓN TENA, 1976, pp. 425-426; PAZ-ARES, 2006, pp. 646-647.

¹⁶¹ GIRÓN TENA, 1976, p. 518; PAZ-ARES, 2006, pp. 670-671.

¹⁶² GIRÓN TENA, 1976, pp. 520-521; PAZ-ARES, 1993, pp. 133-138.

tos en los que las sociedades de personas siguen el modelo de la comunidad de mano común no tienen personalidad jurídica.¹⁶³ En ellos, la construcción de la responsabilidad ilimitada se puede hacer derivar de la falta de sujeto al que referir la imputación.¹⁶⁴ En la medida en que esto no ocurre en Derecho español, el fundamento no se puede encontrar en el contrato de sociedad, sino en la norma legal.¹⁶⁵ La ratio de la regla tiene que ver con el riesgo de infracapitalización. Hay que tener en cuenta que es posible la constitución de una sociedad personalista externa sin patrimonio. Esto ocurre cuando todos los socios aportan industria (art. 1665 CC; art. 116 CCom).¹⁶⁶ La ausencia de activos podría ser inadecuada desde el punto de vista del objeto o del riesgo de la actividad.¹⁶⁷

La naturaleza y el fundamento de la responsabilidad ilimitada conducen a una interpretación según la cual su carácter es imperativo.¹⁶⁸ Ahora bien, esto solo es cierto respecto de las relaciones externas. El acreedor podrá dirigirse contra la sociedad y, de manera subsidiaria, contra cualquiera de los socios por la totalidad de su crédito, todo ello sin perjuicio del derecho de repetición entre estos (art. 1688 CC; art. 142 CCom). Por el contrario, nada obsta a que se establezca en el contrato la oportuna cláusula destinada a la distribución asimétrica de la responsabilidad, con inclusión de eventuales limitaciones.¹⁶⁹

Esta sucinta exposición del régimen jurídico permite realizar algunas constataciones. Es indudable, por una parte, el desincentivo que genera el carácter ilimitado de la responsabilidad. Se entiende, en consecuencia, que pueda verse como una barrera de entrada a la actividad empresarial y que constituya una de las principales causas del desinterés hacia las sociedades de personas. En cierto modo, es una fórmula de disciplina que incrementa el riesgo de los socios y es precisamente su aversión a este la que justifica que opten por otras soluciones. Por otra parte, sin embargo, se explica también que el uso de sociedades internas, sea como fórmulas de aportación de inversión en los casos de subparticipación o de cuentas en participación (art. 1696 CC; arts. 239-243 CCom), sea como pactos parasociales (art. 1669 CC), no se vea afectado.

Cabe realizar, por lo demás, algún apunte añadido en relación con la financiación de las sociedades personalistas externas. Las características de los tipos sociales considerados y su tendencial

¹⁶³ Véase *supra* II.1.1.

¹⁶⁴ PAZ-ARES, 2006, p. 676. Sin embargo, KOHLER, *ZHR*, 1913, p. 459.

¹⁶⁵ PAZ-ARES, 2006, p. 677.

¹⁶⁶ EIZAGUIRRE BERMEJO, 2001, p. 160.

¹⁶⁷ Véase conceptualmente PAZ-ARES, *ADC*, 1983, pp. 1587-1640.

¹⁶⁸ GIRÓN TENA, 1976, pp. 520-521; PAZ-ARES, 1993, pp. 133-138.

¹⁶⁹ GIRÓN TENA, 1976, pp. 520-521; PAZ-ARES, 1993, pp. 133-138.

tamaño reducido, derivado del *intuitus personae*,¹⁷⁰ unido a las características del mercado continental,¹⁷¹ los abocan a la captación de recursos ajenos de las entidades de crédito. Por lo demás, la emisión de obligaciones no es posible. Además de la falta de previsión, pueden traerse a colación aquí a mayor abundamiento las restricciones aplicables a la sociedad de responsabilidad limitada (art. 401.2 LSC). Para la concesión de préstamos bancarios, dependiendo del patrimonio de los socios, la responsabilidad ilimitada puede constituir un aliciente. Desde el punto de vista de la entidad financiera, la previsión de ver satisfechos sus créditos por el efecto de fianza subsidiaria¹⁷² de la regla del art. 127 CCom hace desaparecer la necesidad de establecimiento de *covenants* que restrinjan el reparto de beneficios y puede reducir el coste de la deuda en términos de intereses. Ahora bien, la ventaja en puridad no es tan evidente. Debe tenerse en cuenta que un incremento del endeudamiento que aboque al concurso no puede evitarse si no se incorpora la cláusula correspondiente en el negocio jurídico de préstamo. A ello se añade que el aseguramiento del repago es más efectivo mediante la utilización de una garantía real (colateral). En el concurso, para las acciones contra los socios está legitimado el administrador concursal (art. 131.1 TRLC¹⁷³) y el objeto de la pretensión se incorpora a la masa activa.¹⁷⁴ Esto será así incluso si fuera el propio acreedor quien ejercitase la acción como legitimado subsidiario (art. 122.2 TRLC).

El segundo de los aspectos de índole patrimonial tiene que ver con la iliquidez de la posición jurídica del socio. La cuota no es libremente transmisible, como en la sociedad anónima, ni siquiera con las limitaciones de la de responsabilidad limitada. Por el contrario, el cambio de socios de una personalista exige el consentimiento de todos los socios (art. 143 CCom). En la sociedad civil se deriva de la imposibilidad de que un tercero pueda integrarse en la sociedad si no es como subpartícipe (art. 1696 CC) y de la muerte o incapacitación de un socio como causas de extinción (art. 1700.3º CC).¹⁷⁵ El *intuitus personae* exige que los integrantes estén conformes con la identidad del resto de miembros de la sociedad. Esa confianza mutua incorpora un deber de fidelidad de todos entre sí.

¹⁷⁰ Ampliamente, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1977, pp. 350-370.

¹⁷¹ EUROPEAN COMMISSION, 6.6.2017 [SWD(2017) 229 final]. Véase sobre la cuestión KUMPAN *ECFR*, 2017, pp. 336-364. Entre nosotros, GARCÍA MANDALÓNIZ, *RDM*, 2015, pp. 207-264.

¹⁷² EIZAGUIRRE BERMEJO, 2001, pp. 182-183.

¹⁷³ Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (BOE núm. 127, de 7 de mayo de 2020, pp. 31518-31706).

¹⁷⁴ Véase RODRÍGUEZ DÍAZ, *RDM*, 2005, pp. 1010-1011. Sobre el régimen anterior, donde el art. 923 CCom exigía el concurso del socio, URÍA GONZÁLEZ, *RDM*, 1946, pp. 34-37; SÁNCHEZ CALERO *RDM*, 1956, pp. 7-50.

¹⁷⁵ PAZ-ARES, 1991, pp. 1471-1472.

En consecuencia, la sustitución de uno por otro supone una novación del contrato de sociedad, lo que requiere la anuencia del deudor, en este caso, el resto de los socios (art. 1205 CC; art. 212.2 RRM).¹⁷⁶ Ello, no obstante, se ha argumentado a favor de la posibilidad de pacto en contrario. Así, sería posible que el consentimiento consistiera en un acuerdo mayoritario, pero no unánime, e incluso que las cuotas fueran libremente transmisibles.¹⁷⁷ La no afectación de terceros avala este punto de vista. La responsabilidad ilimitada del socio transmitente continúa; en particular, no queda liberado de las obligaciones contraídas por la compañía con posterioridad a la transacción hasta que el cambio de socios no recibe la oportuna publicidad.¹⁷⁸

Por tanto, la falta de liquidez externa tampoco constituye una desventaja del tipo social. Sin perjuicio de la necesidad de pacto en contrario, permitiría, en principio, la diversificación de la inversión. Esto es desde luego más oportuno que el derecho de separación (art. 225 CCom), que no supone la obtención del líquido inmediato¹⁷⁹ para, en su caso, realizar aportaciones en otras iniciativas empresariales.

3.3. La particularidad de las sociedades profesionales

Una perspectiva particular de la cuestión de la responsabilidad ilimitada se observa en sede de sociedades profesionales. Con anterioridad a la LSP de 2007,¹⁸⁰ la utilización de compañías personalistas en este contexto respondía a una voluntad de extender la responsabilidad al patrimonio de quien realizara la actividad. Esta opción reduce los riesgos que debe asumir el cliente y, en consecuencia, permite incrementar el precio de los servicios prestados. Con todo, da lugar al tiempo a un incremento de los costes vinculados al necesario control mutuo entre los socios.¹⁸¹ La limitación de responsabilidad de los socios genera el efecto inverso, pero permite incrementar el tamaño de las sociedades.¹⁸² La fórmula más efi-

¹⁷⁶ MASSAGUER FUENTES, *RGD*, 1991, p. 7652.

¹⁷⁷ PAZ-ARES, 2006, pp. 688-689. Véase también FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1977, p. 406.

¹⁷⁸ MOTOS GUIRAO, *RDN*, 1956, p. 99; GIRÓN TENA, 1971, p. 148; PAZ-ARES, 1993, pp. 67-68.

¹⁷⁹ Véase el tenor literal del precepto. No obstante, incluso quienes han realizado aportaciones no dinerarias en origen tienen derecho al abono de la correspondiente compensación. En este sentido, MOTOS GUIRAO, *RDN*, 1956, pp. 90-91.

¹⁸⁰ Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales (BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2007, pp. 11246-11251).

¹⁸¹ CAMPINS VARGAS, 2000, pp. 172-175.

¹⁸² CAMPINS VARGAS, 2000, pp. 178-183.

ciente resulta, así, de una adecuada combinación entre una limitación de responsabilidad de los socios y una ausencia de esta respecto del profesional.^{183,184} De este modo, la promulgación de la norma mencionada constituye un elemento añadido que explica el desuso de las sociedades de personas.

De menor relevancia es la cuestión concerniente a la posición jurídica del socio, vinculada a la deontología. Antes de la norma legal de 2007 podía plantearse la problemática en relación con la sociedad anónima. La libre transmisibilidad de las acciones podía generar dudas de admisibilidad de este tipo social como vehículo para las profesionales. Con el fin de resolverlas, en la doctrina se argumentaba a partir de la exigencia del carácter nominativo de las acciones que incorporaran prestaciones accesorias, mediante las que canalizar la actividad realizada por los profesionales.¹⁸⁵ En todo caso, desde 2007, la LSP autoriza de manera explícita el uso del tipo social capitalista y exige que las acciones sean nominativas (art. 17.1.a) LSP).¹⁸⁶ Esto constituye un elemento añadido que puede explicar el reducido uso de las sociedades personalistas.

4. CONCLUSIÓN INTERMEDIA

El análisis desarrollado en los apartados anteriores introduce aspectos concretos que explican la falta de atractivo de las sociedades de personas de cara a iniciar actividades empresariales. La responsabilidad ilimitada es el ejemplo paradigmático. Sin embargo, esta regla también se encuentra en otros ordenamientos. En Derecho alemán, por ejemplo, esta pauta se puede localizar en la legislación societaria (§§ 128-129 HGB). A ello se añaden otras particularidades que en principio harían pensar en mayores desventajas de las personalistas en estos otros sistemas jurídicos. Así, la posibilidad de administración por terceros en la sociedad colectiva o en la sociedad civil no es tan evidente en Alemania.¹⁸⁷

Por lo demás, los aspectos divergentes de otras ramas del ordenamiento, como las especialidades en materia tributaria, se han reducido progresivamente.¹⁸⁸ La convergencia de los diferentes sistemas tanto en relación con la subjetivación de las sociedades de personas,¹⁸⁹ como en materia fiscal, es un hecho. Adicionalmente,

¹⁸³ CAMPINS VARGAS, 2000, pp. 182-183, 311-312.

¹⁸⁴ Véase, a título ejemplificativo, TARRÍO BERJANO, *CDC*, 2010, p. 193.

¹⁸⁵ PAZ-ARES, *RCDI*, 1999, p. 1266; CAMPINS VARGAS, 2000, p. 133.

¹⁸⁶ Véase con carácter general PERIEL MARTÍN, *CDC*, 2010, p. 266.

¹⁸⁷ Véase *supra* II.3.1.

¹⁸⁸ Véase *supra* II.1.2.

¹⁸⁹ Véase *supra* II.1.1.

el grado de homogeneidad en sede de sociedades anónimas y, en menor medida, de responsabilidad limitada, es importante en muchos aspectos por efecto del Derecho derivado de la Unión Europea.

La pregunta que surge entonces es la de por qué el uso de las sociedades personalistas es, en comparación, tan reducido en España. Alguna voz extranjera ha planteado que esta circunstancia fuese entendible desde el punto de vista de la dependencia del camino (*path dependence*).¹⁹⁰ No se trata de las diferencias actuales de su régimen, sino de las circunstancias observables en el pasado. Estas crearon ciertas tendencias que, pese a los cambios, se han mantenido hasta cierto punto. En tanto manifestación de ineficiencia, la dependencia del camino permite explicar la persistencia en el uso de las sociedades de personas en algunas economías extranjeras.

Por el contrario, en España no se observa el referido fenómeno. El legislador y los operadores jurídicos han contribuido al fomento de una cierta uniformidad de la realidad societaria.¹⁹¹ La flexibilidad de la sociedad anónima en la LSA 1951 y la ausencia de capital social mínimo generó la idea de una compañía polivalente.¹⁹² Tras la transposición del Derecho derivado de la Unión Europea al Derecho doméstico, aquella fue sustituida por la sociedad de responsabilidad limitada. No había una gran divergencia entre regímenes jurídicos más allá de la importante diferencia en el monto del capital social mínimo. La flexibilización de algunas reglas en sede de sociedades de responsabilidad limitada y las particularidades vinculadas al régimen de las profesionales han contribuido a profundizar el desuso.

III. RELEVANCIA DE LAS SOCIEDADES DE PERSONAS

Según se ha apuntado, algunas realidades societarias no pueden ser conocidas a través de los datos de constituciones. Se trata fundamentalmente de las de carácter interno y de las que no han sido inscritas, sea porque no lo requieran, sea por una situación patológica. Seguidamente se da cuenta de la utilización de estos fenómenos asociativos en la actualidad. Así, a continuación, se analizan en primer lugar cuestiones relativas a las sociedades irregulares (1.).

¹⁹⁰ Véase en términos generales sobre el concepto, BEBCHUK/ROE, *Stan. L. Rev.*, 1999, pp. 127-170. En sede de sociedades de personas, en relación con el específico supuesto de los constructos híbridos, FLEISCHER/WANSLEBEN, *GmbHR*, 2017, pp. 642-643.

¹⁹¹ Véase *supra* II.2.

¹⁹² Por muchos, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *RDM*, 1988, p. 12.

En segundo lugar, se consideran las utilidades de la sociedad civil (3.). En tercer lugar, se toman en consideración las funciones de las cuentas en participación (4.). En cuarto lugar, se traen a colación las uniones temporales de empresas (5.). A lo anterior se añade un excursus relativo a los constructos híbridos, en particular, a su presencia en la actividad económica española en el pasado (2.). Finalmente, se exploran las razones por las que se mantiene la relevancia de las agrupaciones de interés económico, que constituyen una excepción, al tratarse de sociedades de personas externas y regulares (6.).

1. LAS SOCIEDADES IRREGULARES

1.1. Celeridad constitutiva

La primera de las manifestaciones de sociedades de personas se deriva de una situación patológica. Se trata, por lo demás, de un supuesto de compañía externa. Es conocido el carácter de la colectiva como sociedad general del tráfico.¹⁹³ Este entendimiento la configura como la mercantil paradigmática.¹⁹⁴ El sistema de la sociedad irregular es bien conocido. En caso de verificarse la falta de voluntad de inscripción de una compañía capitalista, la sociedad se rige por el estatuto de las sociedades de personas (art. 39.1 LSC). La situación se objetiva cuando ha transcurrido una anualidad desde el otorgamiento de la escritura de constitución. Serán de aplicación entonces las reglas de la sociedad colectiva, a no ser que el objeto no fuera mercantil, en cuyo caso se tratará de las de la civil. La mercantilidad por la forma de las capitalistas permite esta hipótesis (art. 2 LSC). El carácter personalista garantiza que, a falta de la registral, la sociedad tenga personalidad jurídica por la publicidad de hecho si actúa en el tráfico.¹⁹⁵

El sistema cumple una doble función. Por un lado, contribuye a la tutela del tráfico. En este sentido, permite que las relaciones jurídicas establecidas con terceros no sean inválidas. Por otro lado, establece un elemento de compensación para las posibles situaciones de efectiva infracapitalización. La responsabilidad ilimitada característica de las sociedades de personas opera, así, como meca-

¹⁹³ GIRÓN TENA, 1976, pp. 56-57. Véase por lo demás VICENT CHULIÁ, *RCDI*, 1977, pp. 98-100; ALONSO GARCÍA, 1986, pp. 45-60.

¹⁹⁴ GIRÓN TENA, 1976, p. 57.

¹⁹⁵ Véase sobre el particular, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *AAMN*, 1991, p. 16; PINO ABAD, *CDC*, 1999, pp. 205-215.

nismo tuitivo alternativo y genera el oportuno incentivo para que la compañía sea inscrita.

En el pasado se constató la utilidad de la sociedad irregular (también de la sociedad en formación). Tradicionalmente se ha insistido en la celeridad necesaria en la constitución de compañías. El nivel de *business-friendliness* de un ordenamiento dependería en buena medida de esta circunstancia.¹⁹⁶ Por ello, en el pasado, algunos tipos sociales se caracterizaron por que su fundación era especialmente rápida.¹⁹⁷ En España, se manifestó como una sociedad de responsabilidad limitada con ciertas simplificaciones.¹⁹⁸ Con todo, la Sociedad Limitada Nueva Empresa, introducida en el ordenamiento en 2003,¹⁹⁹ no tuvo el éxito esperado. En el *trade-off* entre celeridad y flexibilidad, la preferencia fue por esta última.²⁰⁰ La SLNE incorporaba rigideces en materia estatutaria,²⁰¹ en particular, en la denominación social (art. 435 LSC), en el capital (art. 443 LSC) y en el número y condición de los socios (art. 437 LSC). Frente a ello, la rapidez en la constitución no fue vista como una ventaja. Las figuras de la sociedad en formación e irregular permiten la actividad en el mercado con cierto grado de subjetivación. La especialidad concebida en 2003 se convirtió definitivamente en un instrumento residual con la extensión de la fundación telemática con ocasión del Real Decreto-ley 13/2010.²⁰² El interrogante que surge de inmediato es el de los efectos del incremento de la celeridad, es decir, si la relevancia de la sociedad en formación y de la sociedad irregular irá decayendo de manera progresiva.

Por lo demás, la sociedad capitalista irregular puede tener una relevancia añadida en términos generales y, en particular, las circunstancias presentes. Es conocido el sistema de teoría de la constitución existente para determinar la *lex societatis* que se deriva de la jurisprudencia interpretativa del Derecho originario de la Unión Euro-

¹⁹⁶ Véase, por ejemplo, el último informe *Doing Business 2020*, “Comparing Business Regulation in 190 Economies”, del Banco Mundial (<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32436/9781464814402.pdf>).

¹⁹⁷ Véase el análisis comparado de estas figuras de BRAUN *et al.*, *ZHR*, 2013, pp. 131-148.

¹⁹⁸ Véase por muchos EMBID IRUJO, *RJN*, 2003, pp. 107-140.

¹⁹⁹ Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (BOE núm. 79, de 2 de abril de 2003, pp. 12679-12689).

²⁰⁰ EMBID IRUJO, 2003, p. 30.

²⁰¹ Orden JUS/1445/2003, de 4 de junio, por la que se aprueban los Estatutos orientativos de la sociedad limitada Nueva Empresa (BOE núm. 134, de 5 de junio de 2003, pp. 21819-21821).

²⁰² Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo (BOE núm. 293, de 3 de diciembre de 2010, pp. 101055-101078).

pea.²⁰³ La libertad de establecimiento (arts. 49 y 54 TFUE) exige el mutuo reconocimiento de personalidades jurídicas.²⁰⁴ Con todo, esta perspectiva tan solo es válida cuando una compañía traslada su sede real de un Estado miembro a otro.²⁰⁵ Por el contrario, respecto de terceros estados, la regla sigue siendo la contenida en el ordenamiento nacional. En el caso español, el art. 8 LSC establece un régimen de teoría de la sede real.²⁰⁶ Respecto de terceros estados, si no existen convenios internacionales específicos, debe regir la norma nacional.²⁰⁷ Esto no debe tener como consecuencia el desconocimiento de la realidad empresarial, como se planteó en el supuesto de hecho que dio lugar al caso *Überseering*.²⁰⁸ Para aquellos Estados miembros que mantienen el criterio de la sede real respecto de terceros estados, parece oportuno entender que, si no se cumple con los requisitos para la constitución de sociedades capitalistas, al menos debe reconocerse la personalidad jurídica en tanto sociedad colectiva o civil si se dan los oportunos presupuestos.²⁰⁹

1.2. Fórmulas simplificadas

Cuestión distinta es la de las sociedades colectivas irregulares. Tampoco hay constancia registral alguna de estas últimas. Sin embargo, es sabido que determinadas iniciativas empresariales existen como compañías antes de su inscripción registral. No se trata aquí de sociedades capitalistas que se encuentren en proceso de constitución. Por el contrario, fórmulas en las que se verifican los elementos propios de una sociedad. En este sentido, de la literalidad del art. 119 CCom se colige que la sociedad existe con carácter previo a su inscripción.²¹⁰ Los costes asociados a la configuración como estructuras más complejas no son compensados por los beneficios que se derivan de ellas. Las relaciones entre quienes forman parte de ella hacen innecesarios los instrumentos jurídicos destinados a la tutela del socio propios de las sociedades capitalis-

²⁰³ STJ de 9 de marzo de 1999, C-212/97 (*Centros*); STJ de 5 de noviembre de 2002, C-208/00 (*Überseering*); STJ de 30 de septiembre de 2003, C-167/01 (*Inspire Art*); STJ de 13 de julio de 2012, C-378/10 (*Vale Épitési*); STJ de 25 de octubre de 2017, C-106/16 (*Polbud*).

²⁰⁴ Véase sobre la idea de mutuo reconocimiento, EBKE, *JZ*, 2003, pp. 927-933; BEHME, *ECFR*, 2016, pp. 31-54.

²⁰⁵ Véase sobre el ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento SCHÖN, *EBOR*, 2016, p. 233.

²⁰⁶ Limitado por la citada jurisprudencia del TJ. Véase por muchos GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *RDM*, 1999, pp. 645-686.

²⁰⁷ ARMOUR *et al.*, *EBOR*, 2017, pp. 234-235.

²⁰⁸ STJ de 5 de noviembre de 2002, C-208/00 (*Überseering*).

²⁰⁹ ARMOUR *et al.*, *EBOR*, 2017, pp. 236-238.

²¹⁰ PAZ-ARES, 2006, pp. 555-558.

tas. Muchas actividades empresariales de pequeña envergadura responden a esta realidad.

Debe tenerse en cuenta a este respecto que, probablemente, algunas de las sociedades civiles de objeto civil, a las que se alude con posterioridad,²¹¹ e incluso comunidades de bienes, pueden constituir verdaderas sociedades colectivas irregulares. La configuración de las primeras, aunque, por hipótesis, en realidad de objeto mercantil, como tales, puede responder a una voluntad de sujeción al régimen de atribución de rentas del IRPF, donde no es la propia sociedad la que debe tributar, sino los socios o comuneros (arts. 8.3 y 86-90 LIRPF). De esta manera, el componente tributario no resulta determinante en España en relación con la elección del tipo social,²¹² pero quizá sí de su pretendido objeto.

2. EXCURSO: ESTERTORES DE LOS CONSTRUCTOS HÍBRIDOS

2.1. Orígenes, exotismo y relevancia en España

Los constructos societarios híbridos (*Grundtypenvermischung*) son fórmulas de conjunción de tipos sociales.²¹³ En particular, son conocidas aquellas en las que una sociedad comanditaria cuenta con una compañía capitalista como socio colectivo. Con frecuencia, esta segunda es una sociedad de responsabilidad limitada.²¹⁴ La figura surge en Alemania a principios del siglo XX como instrumento de creación de la práctica letrada.²¹⁵ La finalidad de una configuración de estas características es combinar la responsabilidad limitada de los socios y las posibles ventajas fiscales.²¹⁶ En un primer momento, la validez jurídica de la GmbH & co. KG resultó controvertida. El problema se planteaba en relación con la intervención de una persona jurídica como socio y, por efecto del autoorganicismo, indirectamente administradora de la compañía.²¹⁷ A ello se añadía el problema general de la prohibición de

²¹¹ Véase *infra* III.3.2.

²¹² Véase *supra* II.1.2.

²¹³ Véase sobre el concepto SCHOENLE, 1935.

²¹⁴ Véase SCHMIDT, 2002, pp. 1621-1661; BINZ/SORG, 2010, pp. 64-65; LIEBSCHER, 2015, pp. 29-30. Sobre las posibilidades en Derecho español, SCHMIDT/Abegg, *GmbHR*, 2005, pp. 1602-1605. Entre nosotros, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *RDM*, 1980, pp. 246-249.

²¹⁵ Véase, por muchos, SCHMIDT, 2002, p. 1627; FLEISCHER/WANSLEBEN, 2018, pp. 31-32, 44-48; FLEISCHER, *NZG*, 2020, p. 606.

²¹⁶ Véase el trabajo clásico de KNOBBE-KEUK, 1986, pp. 1-3, 6-7. Últimamente, RÖDER, *RabelsZ*, 2014, pp. 131-135; RÖDER, *Fla. Tax Rev.*, 2018, pp. 779-782.

²¹⁷ GIMENO RIBES, 2017, p. 315. Sobre la GmbH & co. KGaA, DEL VAL TALENS, 2017, pp. 113-117.

inmixción (§§ 164 y 170 HGB). Sin embargo, la jurisprudencia despejó las dudas al respecto, entendiendo que los posibles recelos no se encontraban justificados. La tutela crediticia quedaba pese a todo garantizada.²¹⁸ Primero a nivel regional²¹⁹ y luego el *Reichsgericht*²²⁰ otorgaron carta de naturaleza a la figura. Debe tenerse en cuenta, por lo demás, que la prohibición de administración por personas jurídicas tan solo afecta a las sociedades capitalistas en este ordenamiento (§ 76.3 AktG; § 6.2 GmbHG).²²¹

Desde el punto de vista del presente estudio, la trayectoria de las formas híbridas constituye una realidad transitoria²²² que tuvo cierta relevancia en España en el pasado. No se trata ni de una sociedad interna ni falta de inscripción, por lo que prototípicamente no representa un éxito de utilización.²²³ Con todo, en un análisis de la realidad del contenido registral de las décadas de 1960 y 1970 se observaba que un importante número de sociedades comanditarias respondían a configuraciones de este tipo.²²⁴ A diferencia de la práctica alemana, muchos de estos constructos contaban con sociedades anónimas como socios colectivos.²²⁵ La razón de ser de esta opción tiene que ver con la época en la que surgieron. Bajo la LSA 1951, este tipo social no contaba con un capital social mínimo y resultaba especialmente flexible.²²⁶ Esta circunstancia no es irrelevante. Prueba de ello es que, mucho después, en el panorama comparado se puede observar la creación de constructos con componente transfronterizo. La razón de ser es la inexistencia de capital social mínimo de la sociedad de responsabilidad limitada en algunos ordenamientos, notablemente, el del Reino Unido. La jurisprudencia interpretativa de la libertad de establecimiento²²⁷ dio lugar al surgimiento de fórmulas como la Ltd. & co. KG.²²⁸ En ellos, el socio colectivo de la comanditaria alemana es una Ltd. inglesa.²²⁹

Además de los datos registrales, también en la jurisprudencia de décadas pasadas se encuentran manifestaciones que atestiguan

²¹⁸ Véase sobre los argumentos manejados, con carácter previo, ELTZBACHER, *ZHR*, 1896, pp. 40-68.

²¹⁹ BayObLG, Urt. v. 16.12.1912 – I ZS Reg III 12/12, BayObLGZ 13, 69. Véase el extenso comentario en perspectiva histórica de FLEISCHER/WANSLEBEN, 2018, *passim*.

²²⁰ RG, Urt. v. 4.7.1922, RGZ 105, 101.

²²¹ Véase entre nosotros sobre la cuestión, DEL VAL TALENS, 2017, pp. 111-113.

²²² Sobre su reducida utilización en la actualidad, FLEISCHER/WANSLEBEN, *GmbHR*, 2017, p. 637.

²²³ Véase *supra* III.

²²⁴ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *RDM*, 1980, pp. 247-248 (notas 5 a 10).

²²⁵ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *RDM*, 1980, pp. 247-248 (notas 5 y 9).

²²⁶ Véase *supra* II.2.1.

²²⁷ Véase *supra* III.1.1.

²²⁸ Sobre esta figura, HÖHNE, 2011.

²²⁹ Sobre las diferentes constelaciones posibles, TEICHMANN, *ZGR*, 2014, pp. 220-251.

el uso de estos constructos en España.²³⁰ En algunos casos, no obstante, se trataba propiamente de combinaciones de Derecho alemán.²³¹ En su mayoría, se encontraban en el sector hotelero.²³² En España no se plantean dudas de licitud importantes. En sede de contabilidad, el art. 41.2 CCom se refiere a la aplicación de las reglas de sociedades de capital a aquellas personalistas cuyos socios colectivos sean compañías españolas o extranjeras. Es plena, por tanto, la legitimidad de la figura, y el legislador no ha sido ajeno a tal realidad.

2.2. Posibilidades

Los constructos híbridos requieren de la oportuna adecuación entre los documentos fundacionales de las compañías (*Verzahnung*)²³³ para el cumplimiento de los fines de la combinación. En este sentido, explorar las posibilidades de la autonomía de la voluntad permite obtener las ventajas organizativas y fiscales expuestas. Particular interés tienen a estos efectos las constelaciones posibles, en concreto, en lo que se refiere a la posición de los socios de ambas sociedades. Cabe pensar en tres diferentes configuraciones en el momento constitutivo. Así, en primer lugar, es la más habitual supone el establecimiento de un paralelismo entre ambas estructuras de capital. En tal sentido, los socios comanditarios lo serán también de la capitalista en la misma proporción. De esta manera, se evitan distorsiones derivadas de asimetrías en el poder de decisión.²³⁴ Por lo demás, con el fin de limitar la responsabilidad del socio colectivo, la compañía capitalista tiene el mínimo capital social obligatorio.²³⁵ Interesante es el planteamiento de la unipersonalidad. En principio, la dualidad de socios en la comanditaria lo impediría.²³⁶ Sin embargo, no plantea problemas que solo

²³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1980 (núm. 260).

²³¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1980 (núm. 260). Véase también ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *RDM*, 1980, pp. 247-248 (notas 5, 7 y 8).

²³² Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1980 (núm. 260). También ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *RDM*, 1980, pp. 247-248 (notas 5, 6 y 10).

²³³ Véase por muchos SCHMIDT, *GmbHR*, 1984, p. 278.

²³⁴ Es interesante la problemática que puede surgir en relación con la prohibición de inmixción (art. 148.IV CCom) en esta constelación. Advertía ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *RDM*, 1980, p. 250 que la interdicción se soslayaba. Puede surgir la duda en este punto sobre la posible consideración de esta circunstancia como supuesto de fraude de ley (art. 6.4 CC). Más estricto en su entendimiento, referido al Derecho francés, RÖDER, *Fla. Tax Rev.*, 2018, pp. 816-817. Véase también sobre este extremo FLEISCHER/WANSLEBEN, *GmbHR*, 2017, p. 642.

²³⁵ Advertía sobre lo reducido del capital aportado, aunque en la época no había regla mínima, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *RDM*, 1980, pp. 249-250.

²³⁶ Sin embargo, en sede de comanditaria por acciones, véase la opinión de FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1992, pp. 83-86.

haya un socio comanditario (art. 147 CCom) y la sociedad de responsabilidad limitada, que se encuentra en posición de socio colectivo, sea unipersonal (art. 12 LSC).

En segundo lugar, puede pensarse también en constructos en los que las estructuras de capital de una y otra sociedad sean distintas. Esto puede resultar apropiado como vehículo para la actividad de inversión.²³⁷ Los responsables de la gestión de la cartera serían los socios de la capitalista. Por su parte, los inversores actuarían como socios comanditarios o, incluso, como ocurre en la *Publikumskommanditgesellschaft*, serían los intermediarios los que aparecerían como tales. Podrían actuar en este sentido entidades de crédito, que se encontrarían en una posición fiduciaria.²³⁸ Alternativamente, la configuración puede tener lugar mediante la utilización de la subparticipación (*Unterbeteiligung*)²³⁹ o de las cuentas en participación (*stille Beteiligung*).²⁴⁰ En Alemania, desde 2013 se ha configurado una sociedad comanditaria de inversión en sede legal comparable a la que existía con carácter previo en la práctica (*Investmentkommanditgesellschaft*) (§§ 124 y 149 KAGB).²⁴¹ En España no existe figura comparable en la LCR. Sin embargo, su construcción a partir de una comanditaria simple no plantea problemas. Resultaría interesante, por lo demás, la utilización a estos efectos de una sociedad comanditaria por acciones.

En tercer lugar, cabe pensar en que la propia sociedad comanditaria sea el socio único de la de responsabilidad limitada o tenga una participación relevante.²⁴² Sin embargo, esto plantea algunas dificultades. Por un lado, puede encontrar el obstáculo del régimen de las participaciones recíprocas (arts. 151-154 LSC). Con todo, el hecho de que una de las compañías sea de carácter personalista conduce a que el supuesto fáctico quede extramuros del ámbito de aplicación de su régimen.²⁴³ Sin embargo, desde un punto de vista netamente teleológico, la afectación de la integridad patrimonial de la sociedad capitalista involucrada se produce en todo caso.²⁴⁴ Por

²³⁷ Véase por muchos SCHÜRNBRAND *ZGR*, 2014, pp. 257-258.

²³⁸ SCHÜRNBRAND *ZGR*, 2014, pp. 258-259; GIEDINGHAGEN, 2016, Mgs. P17-P18.

²³⁹ MOCK, *ZIP*, 2016, pp. 503-504. Véase entre nosotros sobre la subparticipación, MARTÍNEZ BALMASEDA, *RdS*, 2011, *passim*.

²⁴⁰ Véase últimamente sobre las diferentes constelaciones KAUFFELD/MOCK, *ZIP*, 2019, pp. 1411-1413.

²⁴¹ Véase ampliamente WALLACH, *ZGR*, 2014, pp. 289-328; CASPER, *ZHR*, 2015, pp. 44-82.

²⁴² En este supuesto parece estar pensando la nueva redacción del § 170.2 HGB. Véase Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, 2020, pp. 51, 183-184. Véanse también las consideraciones de BACHMANN, *NZG*, 2020, p. 612.

²⁴³ MONGE GIL/ÁVILA DE LA TORRE, 2009, p. 872; MORALEJO MENÉNDEZ, 2011, p. 1157.

²⁴⁴ VELASCO SAN PEDRO, 2009, p. 596.

otro lado, la compañía resulta imposible de gobernar.²⁴⁵ La utilización de personas jurídicas impide el nombramiento de administrador en la capitalista y la representación del socio colectivo.

2.3. Notas de su régimen jurídico

El análisis de los constructos híbridos hace necesaria, siquiera de manera sucinta, una consideración de los aspectos fundamentales de su régimen jurídico. A tal efecto, seguidamente se da cuenta, de manera respectiva, de los elementos a tener en cuenta en la constitución, de las cuestiones organizativas, de la financiación de estas figuras y de las modificaciones estatutarias y estructurales. Por lo que se refiere al primero de ellos, la fundación no plantea especialidades. Se requiere, desde luego, la constitución de ambas compañías integradas, siendo posible la preexistencia, por ejemplo, de la sociedad de responsabilidad limitada. Del contenido de los documentos constitucionales tiene relevancia, de manera notable, la denominación social. En ella debe consignarse el nombre del único socio colectivo (art. 146 CCom), lo que exige que se ponga también de manifiesto que se trata de una sociedad capitalista.²⁴⁶

Del contenido estatutario y del contrato de sociedad comanditaria interesan fundamentalmente aquellas cláusulas destinadas a garantizar el mantenimiento de la estructura de propiedad en ambas compañías. Se trata aquí de supuestos en los que existen porcentajes equivalentes de participación en los capitales de las dos sociedades. Para la salida del socio de la comanditaria es necesaria la novación (art. 143 CCom; art. 1205 CC); no obstante, no será extraño incorporar cláusulas que faciliten la transmisibilidad.²⁴⁷ Por el contrario, en el caso de la sociedad capitalista, la situación es divergente. Si se trata de una sociedad de responsabilidad limitada, no plantea problemas la inclusión de una cláusula que obligue al socio a transmitir las participaciones si se ha producido un cambio de socios a nivel de la comanditaria (art. 188.3 RRM). Lo contrario no requiere elementos añadidos en la medida en que la cuota de comanditario no otorga poder de decisión (art. 148.IV CCom). En sede de sociedades anónimas no se encuentra previsto el supuesto de hecho (art. 123 RRM). Nada impide que se permita, puesto que no rebasa los límites del art. 123.2 LSC. Dudosa puede ser la conexión con la transmisión de la cuota de socio comanditario desde el punto de vista de la posición de accionista. Hay que tener en cuen-

²⁴⁵ Sobre los riesgos de tipo organizativo, VELASCO SAN PEDRO, 2009, p. 596.

²⁴⁶ Véase ya WIEDEMANN, *ZGR*, 1975, p. 359.

²⁴⁷ Sobre estas realidades, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *RDM*, 1980, p. 251 (nota 24).

ta que no pueden inscribirse cláusulas por las que la autorización para enajenar acciones dependa de un tercero (art. 123.2 RRM). Sin embargo, pese a que la comanditaria sea un tercero respecto de la compañía capitalista, quien toma la decisión es el socio colectivo, que es la propia sociedad anónima. Será el órgano correspondiente de esta última quien adopte la decisión.

En materia de órganos, cabe realizar un análisis separado de la junta general y de la administración. Por lo que se refiere al órgano supremo de los socios, debe tenerse en cuenta que, en la sociedad capitalista, existirá competencia para decidir sobre las cuestiones previstas en los arts. 160-162 LSC. El último de estos preceptos tan solo resulta de aplicación a la sociedad de responsabilidad limitada. En la sociedad comanditaria, por el contrario, no se prevé un régimen de junta general en sentido estricto. Tan solo se pone de manifiesto que los socios comanditarios se encuentran excluidos de la gestión de la compañía (art. 148.IV CCom). Al menos podrán intervenir los socios comanditarios cuando se vaya más allá de la administración ordinaria (para el ordenamiento alemán, § 164 HGB).²⁴⁸ En todo caso existe un derecho de información que, en caso de falta de previsión específica, consiste en la consulta de las cuentas anuales al término del ejercicio (art. 150 CCom).²⁴⁹ Generalmente se ha entendido que la limitación en Derecho español tan solo opera respecto del exterior, esto es, en la vertiente representativa, no en la de gestión interna.²⁵⁰ El argumento fundamental en este sentido tiene que ver con la finalidad tuitiva de terceros de la norma de exclusión de la gestión de los comanditarios.²⁵¹ Con ello se logra en principio una configuración que permita a los socios con responsabilidad limitada participar de las decisiones de mayor envergadura si así se pacta en el contrato de sociedad. En este caso, para integrar el funcionamiento de los órganos, sería necesario hacer coincidir los puntos del orden del día y el sentido de las decisiones en ambas sociedades. Un voto divergente de un socio en cada una de las compañías podría entenderse como vulneración del deber de fidelidad, construido a partir de la pauta general del art. 136 CCom.²⁵² Por lo demás, habría que coordinar el contenido de

²⁴⁸ Véase IMMENGA, *ZGR*, 1974, pp. 389-390; SCHMIDT, *ZHR*, 1994, pp. 211-212. Entre nosotros, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *RDM*, 1980, p. 250 prevé la consideración de una junta general.

²⁴⁹ Sobre el derecho de información del comanditario, GIRÓN TENA, 1976, pp. 572-573; PAZ-ARES, 2006, p. 755. Con todo, este derecho de información generalmente se expandía en el texto estatutario de estos constructos, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *RDM*, 1980, p. 251.

²⁵⁰ SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, *RDM*, 1962, pp. 48-57.

²⁵¹ GÓMEZ PÉREZ, *RDN*, 1963, pp. 71-74; PAZ-ARES, 2006, pp. 753-754; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 2010, p. 116.

²⁵² Véase la delimitación del deber de fidelidad de GIRÓN TENA, 1976, p. 423.

los estatutos de la capitalista con los del contrato de la sociedad comanditaria para evitar una estructura competencial disímil. Las consideraciones recién expuestas muestran lo complejo de conectar ambos órganos en las dos sociedades. Parece más oportuno, en tal sentido, prescindir de la intervención de los comanditarios, manteniendo el régimen supletorio (art. 148.IV CCom). Esto es procedente, fundamentalmente, cuando la estructura de propiedad de la capitalista coincide con los porcentajes de inversión de los comanditarios. Teniendo en cuenta que el socio colectivo es la propia compañía capitalista, las decisiones, en último término, pueden ser tomadas por la administración de la sociedad anónima o de responsabilidad limitada. En su seno, los socios pueden hacer uso de la competencia en materia de gestión (art. 161 LSC) para asegurar su participación en la toma de decisiones.

En cuanto al órgano de administración, su configuración plantea alguna duda. El origen del cargo es distinto en cada una de las sociedades. En la comanditaria, se trata de un supuesto de administración legal (art. 148.I CCom) y, por tanto, quien lo ostenta no puede ser cesado (art. 132 CCom).²⁵³ No ocurre lo mismo en el caso de la sociedad capitalista, donde la separación es *ad nutum* (art. 223 LSC). Ambas figuras no son coincidentes, en la medida en que el administrador de la comanditaria será la propia sociedad anónima o de responsabilidad limitada. Como administrador persona jurídica será necesario el nombramiento de un representante. Al contrario de lo indicado en el art. 212bis.1 LSC, no existe referencia equivalente en sede de personalistas. Ahora bien, parece lógico entender que, con independencia de que no sea necesaria una designación en sentido estricto, alguna persona natural represente al administrador. Resulta oportuno hacer coincidir la figura del administrador de la sociedad capitalista con la del representante del socio colectivo. Si el órgano es pluripersonal, resulta apropiado que también la representación lo sea, dado que nada parece impedirlo. Con todo, si se trata de un consejo de administración, puede ser adecuada la delegación de facultades de representación en un consejero delegado (art. 249 LSC).

Por lo que respecta a la financiación del constructo, cabe distinguir entre los recursos ajenos y los propios. En relación con los primeros, tan solo la capitalista podrá realizar una emisión de obligaciones y, si se tratara de una sociedad de responsabilidad limitada, con los límites del art. 401.2 LSC.²⁵⁴ Por lo que se refiere a los fondos propios, la figura se enfrenta a una importante divergencia

²⁵³ GIRÓN TENA, 1976, pp. 457-458; PAZ-ARES, 2006, p. 622.

²⁵⁴ Véase *supra* II.3.2.

en sede de aportaciones. Mientras que en la comanditaria se permiten las de industria (art. 116 CCom), este no es el caso en las de capital (art. 58.2 LSC). La conjunción de ambos tipos sociales hace especialmente apropiado utilizar el binomio socio de capital-socio de industria de las sociedades de personas. En tal sentido, si se parte de un paralelismo entre la estructura de propiedad de la capitalista y el porcentaje de participación de los comanditarios, la distribución entre aportaciones a cada una de las compañías puede hacerse de diverso modo. Lo que parece necesario es que los comanditarios sean todos socios de capital. Por el contrario, el socio colectivo puede ser industrial.²⁵⁵ Su labor principal consistiría, así, en gestionar la sociedad comanditaria. Por lo demás, de este modo se puede garantizar que la sociedad capitalista no realiza actividades distintas (art. 138 CCom).²⁵⁶ Parece apropiado, en este caso, que se ponga de manifiesto este extremo en la referencia del objeto social en los estatutos de la compañía capitalista.²⁵⁷

El régimen de participación en ganancias y en pérdidas se encuentra conectado con las aportaciones realizadas. Pueden coordinarse los estatutos de la sociedad capitalista con el contenido del contrato de sociedad comanditaria para que la obtención de ganancia sea proporcional a cada unidad monetaria invertida. Una opción de estas características es plenamente válida.²⁵⁸ Particular atención merece la compañía capitalista en tanto socio colectivo. Si se opta por concebirlo como socio industrial y no se prevé nada al respecto, regirá la regla supletoria, consistente en que reciba una cuantía equivalente a la del socio comanditario con menor participación (art. 140 CCom). En tal caso, esta ganancia constituirá un ingreso de la compañía capitalista. Si se reduce esta cuantía en el contrato social, deberá tenerse en cuenta el límite de la prohibición de pacto leonino, no pudiendo excluir al aportante de industria de manera absoluta (art. 1691 CC).²⁵⁹

Por lo que se refiere a los posibles cambios en los documentos fundacionales, procede diferenciar entre ambas sociedades. En la capitalista se seguirán las reglas de las modificaciones estatutarias, en concreto, las mayorías oportunas (arts. 285 y ss.

²⁵⁵ Véase KEUK, *ZHR*, 1973, pp. 414, 417-418. Véase también, entre nosotros, PAZ-ARES, 2006, pp. 747, 760; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 2010, p. 115.

²⁵⁶ GÓMEZ PÉREZ, *RDN*, 1963, p. 62.

²⁵⁷ Constituiría un supuesto de *service company*. Sobre la cuestión, BAINBRIDGE/HENDERSON, 2018. En el debate europeo, DEL VAL TALENS, *ECFR*, 2017, pp. 620-621.

²⁵⁸ Esta era la realidad habitual de las cláusulas estatutarias tal y como muestra, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *RDM*, 1980, p. 251.

²⁵⁹ Véase en perspectiva comparada, FLEISCHER, 2016, pp. 203-204. Entre nosotros, Díez-PICAZO, 1976, pp. 576-580. Por lo demás, puede verse monográficamente ABRIANI, 1994.

LSC). Por el contrario, en la comanditaria se trata de una novación (art. 1205 CC).

En materia de modificaciones estructurales, el régimen unificado que contiene la LME elimina dificultades (art. 2 LME). Ello, no obstante, cabe tener en cuenta algunas cuestiones. En primer lugar, cabe pensar que la operación se proyecte con respecto a una de las dos compañías y no en relación con ambas. Alternativamente, las dos sociedades podrían participar en la operación, por ejemplo, fusionándose entre sí o con una tercera compañía. Mención especial merece la transformación, donde procede apuntar dos extremos. Primero, si la comanditaria preexistiera como otro tipo social y se pretendiera constituir el constructo, la sociedad capitalista deberá manifestar su voluntad de encontrarse en la posición de socio pese al cambio en el régimen de responsabilidad (art. 15 LME). Segundo, si la comanditaria se transforma en capitalista y el socio colectivo es industrial, no podría mantenerse en la sociedad a no ser que realizara una aportación de capital (art. 58.2 LSC).

3. PERENNE ACTUALIDAD DE LA SOCIEDAD CIVIL

3.1. Constatación judicial

De entre las sociedades de personas de las que hay manifestaciones en la práctica, la civil se presenta en las dos perspectivas planteadas.²⁶⁰ Por un lado, una compañía capitalista no inscrita puede actuar como sociedad civil si así se deriva de su objeto (art. 39 LSC).²⁶¹ Por otro lado, tiene especial relevancia como sociedad interna.²⁶² En este segundo caso, no se da generalmente un predefinido surgimiento de la figura. Por el contrario, se trata de manera habitual de una constatación judicial del negocio jurídico consensual existente entre las partes. Así, con carácter reciente se ha pronunciado la jurisprudencia sobre casos del art. 1669 CC. En concreto, el uso en común de bienes para un fin,²⁶³ por ejemplo, el desarrollo de una actividad profesional,²⁶⁴ constituye un supuesto frecuente (art. 1678 CC).²⁶⁵

²⁶⁰ Véase *supra* III.

²⁶¹ Véase *supra* III.1.

²⁶² Véase sobre la figura QUESADA SÁNCHEZ, 2007, pp. 71-113; BONARDELL LENZANO/CABANAS TREJO, *RdS*, 1997, *passim.*; De TORRES PEREA, 2003, *passim.*

²⁶³ VÉRGEZ SÁNCHEZ, *RDM*, 1966, pp. 258-265; MARTÍ SÁNCHEZ, *RDM*, 1989, p. 684.

²⁶⁴ Véase, por lo demás, sobre el uso de otra sociedad interna en el ámbito profesional, MARTÍNEZ BALMASEDA, *CDC*, 2012, pp. 258-259.

²⁶⁵ Véase la interesante Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2016 (núm. 93).

3.2. Realidad de la práctica

En la práctica reciente cabe aludir esencialmente a dos supuestos de sociedades civiles internas.²⁶⁶ Al primero ya se hizo referencia con carácter previo.²⁶⁷ Se trata de los pactos parasociales en los que pueda verificarse un fin común.²⁶⁸ Los acuerdos de sindicación de voto constituyen el ejemplo paradigmático. Esta valoración tiene consecuencias notables.²⁶⁹ Entre las más relevantes se encuentra la posición jurídica de quien es parte en el pacto. El deber de fidelidad, cuyo fundamento al menos puede encontrarse en el principio de buena fe (art. 1258 CC),²⁷⁰ opera sobre la forma de actuar de la parte-socio. Esto implica que, si se vota contra lo decidido según las reglas del pacto, se vulnera el indicado deber. Esta constatación no plantea problemas cuando en el acuerdo se integran todas las acciones o participaciones sociales en la sociedad capitalista de las que es titular el miembro del pacto. Además, las consecuencias suelen estar objetivadas mediante cláusulas penales. Por el contrario, si este no es el caso, surge la duda de la posible extensión del deber de fidelidad a todos los títulos. De aceptarse –con mayor o menor intensidad–, no cabría el voto divergente,²⁷¹ esto es, que el sentido fuera distinto respecto de la parte integrada en el pacto y la que no se encuentra constreñida por la pauta establecida en la sindicación.²⁷²

Otra realidad en la que pueden manifestarse las sociedades civiles internas son algunas fórmulas rudimentarias de economía colaborativa.²⁷³ Si se observa un fin común consistente en la utilización de un bien, nos encontramos ante un supuesto del art. 1678 CC. Las plataformas de vehículo compartido responden a este planteamiento. El contrato de sociedad no se configuraría entre la plataforma y los usuarios, sino meramente entre quienes comparten el automóvil.

²⁶⁶ Puede llamarse la atención, por lo demás, sobre su utilización en el ámbito de la empresa familiar, BERROCAL LANZAROT, *CDC*, 2017, pp. 58-59.

²⁶⁷ Véase *supra* II.2.2.

²⁶⁸ LIEFKE, 2021, p. 67.

²⁶⁹ Véase PAZ-ARES, 2006, p. 498; NOVAL PATO, *RDM*, 2010, *passim*.; PAZ-ARES, 2014, pp. 839-867, pp. 842-843.

²⁷⁰ Véase, no obstante, sobre las diferentes posibilidades, GIRÓN TENA, 1976, p. 297. Con carácter reciente, sobre su extensión a la posición jurídica del socio en las sociedades de capital, ALFARO ÁGUILA-REAL, *InDret*, 2005, p. 18; SÁEZ LACAVE, *InDret*, 2016, pp. 19-24.

²⁷¹ Sobre estas constelaciones, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, 2007, pp. 955-968.

²⁷² LIEFKE, 2021, p. 247, quien diferencia entre supuestos en los que un socio ha formado parte del pacto desde el origen y aquellos otros en los que su incorporación ha tenido lugar con posterioridad.

²⁷³ Una clasificación puede verse, entre nosotros, en ALFONSO SÁNCHEZ, *CDC*, 2016, pp. 21-23.

4. IMPORTANCIA DE LAS CUENTAS EN PARTICIPACIÓN

4.1. Financiación a través de *crowdfunding*

Las cuentas en participación constituyen el supuesto regulado de sociedad mercantil interna.²⁷⁴ Su importancia no se ha reducido y prueba de ello es la profusión jurisprudencial y bibliográfica en la materia.²⁷⁵ Los órganos judiciales han mantenido su esencia contractual,²⁷⁶ asumiendo la teoría estricta del concepto de sociedad. También este era el planteamiento del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil (arts. 545-1 a 545-5).²⁷⁷ En la doctrina, sin embargo, esta perspectiva es minoritaria en la actualidad.²⁷⁸ Como es sabido, el fundamento de esta postura se encuentra en la ausencia de fondo común y de personalidad jurídica.²⁷⁹ Sin embargo, la previsión explícita de sociedades internas en nuestro ordenamiento (art. 1669 CC) y de fórmulas de subparticipación (art. 1696 CC) elimina las dudas al respecto.²⁸⁰ Desde el punto de vista del concepto amplio de sociedad,²⁸¹ las cuentas en participación incorporan sus dos requisitos.²⁸² La aportación al gestor constituye el origen negocial²⁸³ y la voluntad de obtener una ganancia el fin común.²⁸⁴ Esta última se deriva del necesario

²⁷⁴ COLINO MEDIAVILLA, *RdS*, 1996, pp. 305-311; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *RdS*, 1998, p. 245; PAZ-ARES, 2006, p. 604; SÁNCHEZ PACHÓN, *CCJC*, 2009, pp. 561-562.

²⁷⁵ Véase *supra* I.

²⁷⁶ Véase últimamente la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2014 (núm. 253), comentada por MARTÍNEZ BALMASEDA, *RdS*, 2015, *passim.*; GALACHO ABO-LAFIO, *CCJC*, 2015, *passim.* y ALONSO BEZOS, *RdS*, 2014, pp. 215-216. Véase con carácter previo la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2009 (núm. 592), comentada por MARTÍNEZ BALMASEDA, *RDM*, 2010, *passim.*

²⁷⁷ Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, C. M. 30/05/2014.

²⁷⁸ Originariamente, LANGLE RUBIO, *RGLJ*, 1945, pp. 411-419; LANGLE RUBIO, *AAMN*, 1950, pp. 211-217; FERNÁNDEZ-NÓVOA, *RDM*, 1962, pp. 443-446; GARRIGUES, 1964, pp. 189-190; TENA PIAZUELO, *RGD*, 1998, *passim.*; RODRÍGUEZ DÍAZ, *RDP*, 1999, *passim.* Con carácter reciente, GALACHO ABO-LAFIO, *CCJC*, 2015, *passim.*; VICENT CHULIÁ, *La notaría*, 2016, pp. 48-55; BERROCAL LANZAROT, *CDC*, 2017, p. 175.

²⁷⁹ LANGLE RUBIO, *RGLJ*, 1945, p. 414; LANGLE RUBIO, *AAMN*, 1950, pp. 214-215; FERNÁNDEZ-NÓVOA, *RDM*, 1962, p. 445; VICENT CHULIÁ, *La notaría*, 2016, pp. 52, 56.

²⁸⁰ GIRÓN TENA, 1976, p. 51: «Cabe, porque el propio legislador lo dice, que las Sociedades "internas" existan.»; COLINO MEDIAVILLA, *RdS*, 1996, pp. 306-308. Véase también MARTÍNEZ BALMASEDA, *RdS*, 2011, *passim.*

²⁸¹ GIRÓN TENA, 1976, pp. 77-79; PIÑOL AGUADÉ, *RGD*, 1990, pp. 1098-1102; GUAL DALMAU, 1993, *passim.*; COLINO MEDIAVILLA, *RdS*, 1996, pp. 296-305; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1998, *passim.*; EIZAGUIRRE BERMEJO, 2001, p. 43; PAZ-ARES, 2006, pp. 604-606; FERRÉ MOLTÓ/LEÓN SANZ, *ADCo*, 2008, pp. 41-47; SÁNCHEZ PACHÓN, *CCJC*, 2009, pp. 558-562; MARTÍNEZ BALMASEDA, *RDM*, 2010, pp. 235-236; MARTÍNEZ BALMASEDA, *CDC*, 2012, pp. 251-252; MARTÍNEZ BALMASEDA, *RdS*, 2015, pp. 265-268.

²⁸² Sobre el origen negocial y el fin común, entre nosotros, GIRÓN TENA, *RDP*, 1954, p. 371; GIRÓN TENA, 1976, pp. 40, 77-78; EIZAGUIRRE BERMEJO, 2001, pp. 221-222.

²⁸³ MARTÍNEZ BALMASEDA, 2011, p. 70.

²⁸⁴ GIRÓN TENA, 1976, p. 77.

carácter de comerciante con el que debe contar el gestor (art. 239 CCom).²⁸⁵

El éxito de las cuentas en participación se encuentra relacionado con su flexibilidad²⁸⁶ y con la posibilidad del cuentapartícipe de permanecer oculto. Por lo demás, la responsabilidad de este sujeto es limitada a su aportación. La flexibilidad puede explicarse por el carácter de sociedad personalista interna. Hay que recordar, en cierto sentido, que el reducido número de normas imperativas en sede de sociedad colectiva operan fundamentalmente en la vertiente externa.²⁸⁷ Por su parte, la posición del cuentapartícipe responde a razones históricas.²⁸⁸ El origen común de la sociedad comanditaria y de las cuentas en participación (*commenda*)²⁸⁹ como sociedad interna²⁹⁰ permite tal comprensión. Además, contribuye a entender la esencia societaria de la figura. Por ello, en la doctrina es pacífica la aplicación del régimen de la comanditaria (arts. 145-150 CCom) para colmar las lagunas en sede de cuentas en participación (arts. 239-243 CCom).²⁹¹ Esta perspectiva ha sido aceptada incluso por la jurisprudencia.²⁹²

Ambas características expuestas permiten comprender una de sus utilidades. En la doctrina se planteó su idoneidad como vehículo de *crowdfunding* de inversión.²⁹³ Esta postura no fue compartida por algún sector doctrinal.²⁹⁴ Por lo demás, la entrada en vigor de la Ley de Fomento de la Financiación Empresarial²⁹⁵ aparentemente restringió cualquier posibilidad al respecto. Las fórmulas de inversión contempladas en la norma incluyen instrumentos de patrimonio y de deuda. Los primeros pueden configurarse a través de la emisión de títulos de sociedades capitalistas (art. 50.1.a) y b) LFFE). Sin embargo, el precepto legal en realidad determina el

²⁸⁵ RODRÍGUEZ DÍAZ, *RDP*, 1999, p. 421; FERRÉ MOLTÓ/LEÓN SANZ, *ADCo*, 2008, p. 47; MARTÍNEZ BALMASEDA, 2011, pp. 124-131.

²⁸⁶ MARTÍNEZ BALMASEDA, *RdS*, 2015, pp. 268-276. Véase también sobre la libertad contractual, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1977, pp. 449-450.

²⁸⁷ Véase *supra* II.3.2.

²⁸⁸ FLEISCHER/COOLS, *ZGR*, 2019, pp. 472-474. Entre nosotros, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1998, *passim*.

²⁸⁹ Sobre su presencia en la península, MARTÍNEZ GIJÓN, 1979, pp. 30-31.

²⁹⁰ FLEISCHER/COOLS, *ZGR*, 2019, p. 475 recuerdan que en las *Ordonnances du commerce* de 1673 no había obligación de inscripción para este fenómeno societario. Entre nosotros, GIRÓN TENA, 1976, pp. 530-531.

²⁹¹ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 2010, p. 126; MARTÍNEZ BALMASEDA, *RDM*, 2010, pp. 236-237; MARTÍNEZ BALMASEDA, *CDC*, 2012, p. 259.

²⁹² Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2009 (núm. 592).

²⁹³ GIMENO RIBES, *RDM*, 2014, pp. 476-480; ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, *CDC*, 2014, pp. 44-45.

²⁹⁴ HERNÁNDEZ SÁINZ, 2016, p. 995 (nota 26). Luego, sin embargo, modificó su perspectiva en HERNÁNDEZ SÁINZ, *REE*, 2017, pp. 127-148. Contrástese, ZUNZUNEGUI PASTOR, 2015, p. 189.

²⁹⁵ Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015, pp. 36599-36684).

ámbito de aplicación. Fuera de él, nada obsta a la utilización de otras fórmulas de canalizar la inversión.²⁹⁶ De hecho, en la práctica, las cuentas en participación constituyen la figura de uso común en el *crowdfunding* inmobiliario.²⁹⁷

Además de las consideraciones realizadas sobre los aspectos positivos de la figura, fundamentalmente, las amplias posibilidades de la autonomía de la voluntad, cabe detenerse en un extremo de su régimen normativo. Se trata de la obligación del gestor (promotor) de dar cuenta progresivamente de los resultados obtenidos a los cuentapartícipes (aportantes).²⁹⁸ Esta se derivaría de la aplicación de las reglas de la sociedad comanditaria (art. 150 CCom).²⁹⁹ Esta posibilidad puede constituir un aliciente en materia de *crowdfunding*.

4.2. La perspectiva del capital-riesgo

Un lugar común en la doctrina es la tendencia hacia la atipicidad de las cuentas en participación.³⁰⁰ Razones para ello son la ausencia de formalidades (art. 240 CCom) y la necesidad de establecimiento de pactos por lo reducido de las previsiones legales.³⁰¹ Otra cuestión prototípica de esta figura es su condición de sociedad personalista. Como tal, para la transmisión de la posición de alguno de los sujetos que la integran sería necesario el acuerdo unánime de todos (art. 143 CCom; art. 1205 CC). Cabe tener en cuenta, con todo, el carácter dispositivo que la doctrina ha interpretado de la regla que así lo prevé (art. 143 CCom) en la medida en que no afecta a terceros.³⁰²

Sorprende por ello encontrar en la legislación una fórmula especial de cuentas en participación. Desde el punto de vista de la referida tendencia a la atipicidad, cabe tener en cuenta una doble perspectiva. Por un lado, cuenta con un régimen jurídico menos genérico que el del Código de Comercio. Por otro lado, incorpora elementos que desnaturalizan la idea de sociedad de personas, en particular, en lo referente a la transmisión de la cuota del partícipe.

Se trata del fondo de capital-riesgo (arts. 30-37 LCR). Estructuralmente es un ente sin personalidad jurídica (art. 30.1 LCR), en el que

²⁹⁶ En cierto sentido, HERNÁNDEZ SÁINZ, *REE*, 2017, 139-140.

²⁹⁷ HERNÁNDEZ SÁINZ, *REE*, 2017, pp. 128-130.

²⁹⁸ Véase con cierto detalle, GIMENO RIBES, *RDM*, 2014, p. 480; BERROCAL LANZAROT, *CDC*, 2017, p. 179.

²⁹⁹ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 2010, p. 126.

³⁰⁰ SCHÖN, *ZGR*, 1990, pp. 225-227; COLINO MEDIAVILLA, *RdS*, 1996, pp. 308-310; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *RdS*, 1998, pp. 255-256. Sobre la dualidad entre atipicidad propia y atipicidad de las cláusulas, GIRÓN TENA, 1976, pp. 87-89.

³⁰¹ MARTÍNEZ BALMASEDA, *RdS*, 2015, pp. 268-276.

³⁰² GIRÓN TENA, 1971, p. 148; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1977, p. 406.

concurrir los caracteres del concepto de sociedad. Primero, existe origen negocial, puesto que se realizan aportaciones de los inversores al fondo. Segundo, hay un fin común consistente en la obtención de ganancias, de las que se beneficia tanto el gestor del fondo, como los inversores. El carácter de empresario del primero de los sujetos parece fuera de duda (se trata de la sociedad gestora, art. 35 LCR). Este toma las decisiones en la sociedad incluso en supuestos de modificación estructural (art. 36.2 LCR).³⁰³ Como sociedad interna de carácter mercantil con una estructura con dos socios, las dudas sobre su naturaleza se disipan.³⁰⁴ A ello puede añadirse el punto de vista instrumental. Es sabido que entre las funciones de las cuentas en participación se encuentra la financiación.³⁰⁵ Queda como elemento exótico, derivado de la indicación del correspondiente precepto, que actúa como *lex specialis*, la condición de valores negociables de las cuotas de participación (art. 31.4 LCR). En todo caso, la función de incremento de la liquidez de la posición del inversor es evidente.

4.3. Usos adicionales

Además de los indicados, que responden al componente común de financiación mediante fondos propios, las cuentas en participación tienen otros usos. Sin voluntad de exhaustividad, para lo que cabe remitir a la doctrina más especializada,³⁰⁶ cabe traer a colación dos aspectos. Por una parte, esta sociedad interna tiene utilidad en la realización de actividades entre profesionales.³⁰⁷ Con todo, en realidad se trata de otra fórmula de financiación. Consiste en la aportación de un sujeto externo a la actividad de un profesional a cambio de un retorno.³⁰⁸

Por otra parte, puede tener interés el recurso a la figura en el ámbito de la empresa familiar. El cambio generacional es el talón de Aquiles de este tipo de actividad empresarial.³⁰⁹ Una forma de garantizar la transición correcta puede pasar por la utilización de este fenómeno societario. Esto permite diferenciar entre aquellos

³⁰³ Pone de manifiesto GIRÓN TENA, 1976, p. 720 que en el acuerdo de transformación o fusión de sociedades de personas intervienen todos los socios colectivos, no así los comanditarios.

³⁰⁴ Sobre la posibilidad de existencia de cuentas en participación con una pluralidad de cuentapartícipes, MARTÍNEZ BALMASEDA, 2011, pp. 156-159.

³⁰⁵ Véase notablemente SCHMIDT, *ZHR*, 1974, pp. 475-493; SCHÖN, *ZGR*, 1990, pp. 228-233. Entre nosotros, RODRÍGUEZ DÍAZ, *RD*, 1999, pp. 424-426; FERRÉ MOLTÓ/LEÓN SANZ, *ADCo*, 2008, pp. 39-41; MARTÍNEZ BALMASEDA, *CDC*, 2012, pp. 247, 259-263.

³⁰⁶ MARTÍNEZ BALMASEDA, *CDC*, 2012, *passim*.

³⁰⁷ Véase *supra* III.3.2.

³⁰⁸ MARTÍNEZ BALMASEDA, *CDC*, 2012, pp. 258-259.

³⁰⁹ Véase sobre la cuestión, por ejemplo, SCHAUER, 2017, pp. 241-258.

miembros del núcleo familiar con capacidad y dedicación para continuar la labor empresarial (gestores) y aquellos en los que no sea este el caso (cuentapartícipes).³¹⁰

5. LAS UNIONES TEMPORALES DE EMPRESAS

Además de las anteriores, tienen relevancia en la realidad económica también las uniones temporales de empresas en tanto fórmula de colaboración transitoria. De su escueto régimen jurídico (arts. 7-10 Ley 18/1982³¹¹) se colige sin dificultad su carácter de sociedad interna. Explícitamente advierte el art. 7.2 de la norma legal mencionada que esta figura no cuenta con personalidad jurídica. Su utilización es habitual en la contratación pública.

6. LA ESPECIALIDAD DE LAS AGRUPACIONES DE INTERÉS ECONÓMICO

Al inicio del estudio se ponía de manifiesto la progresiva reducción en la producción doctrinal en materia de sociedades de personas. La regulación de la agrupación de interés económico en la década de 1990 generó un interés moderado.³¹² Su consideración como sociedad de personas es indubitada.³¹³ Constituye una suerte de especialidad de la colectiva en la que su actividad debe tener carácter auxiliar (art. 2.1. LAIE). Su particularidad reside precisamente en el uso continuado de la figura.³¹⁴ Por oposición a las realidades consideradas en los apartados previos, no se trata aquí ni de una compañía irregular ni de carácter meramente interno. A efectos de comparación, encuentra mayor proximidad, por las razones indicadas, con las externas y, en particular, con la colectiva. Surge entonces el interrogante de su mayor uso.

La explicación se encuentra en el núcleo del análisis relativo al desuso.³¹⁵ El art. 4 LAIE exige que quienes formen parte de esta fórmula asociativa sean empresarios, entidades no lucrativas dedicadas a la investigación o profesionales liberales.³¹⁶ Cabe, por

³¹⁰ RODRÍGUEZ DÍAZ, *RDP*, 1999, pp. 426-427; MARTÍNEZ BALMASEDA, *CDC*, 2012, pp. 266-267; BERROCAL LANZAROT, *CDC*, 2017, pp. 58-59.

³¹¹ Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de Empresas y de las Sociedades de desarrollo industrial regional (BOE núm. 137, de 9 de junio de 1982, pp. 15642-15646).

³¹² Véase *supra* I.

³¹³ Por muchos, PAZ-ARES, 2006, pp. 777-778.

³¹⁴ Véanse los datos registrales aportados *supra* I.

³¹⁵ Véase *supra* II.3.2.

³¹⁶ Véase MASSAGUER FUENTES, *RGD*, 1991, p. 7646.

tanto, pensar en agrupaciones en las que la integridad de los socios sean compañías capitalistas. Los socios de estas últimas contarán en todo caso con responsabilidad limitada. Sin embargo, nada impide que lo mismo ocurra con una sociedad colectiva y, pese a ello, la divergencia entre unas y otras en las estadísticas registrales es evidente. En este sentido, el carácter de la actividad prototípica probablemente lleva anejada la opción por la forma especial por oposición a la general.

IV. CONCLUSIONES

1. Las diferencias entre ordenamientos en materia de sociedades de personas no son tan evidentes como pudiera parecer. Paradigmáticamente, la responsabilidad ilimitada de los socios colectivos es una constante. El autoorganicismo constituye una característica más estricta en otros sistemas jurídicos. Sin embargo, la utilización de estos tipos sociales en los regímenes foráneos se encuentra mucho más extendida.
2. La divergencia en la utilización de sociedades personalistas entre ordenamientos puede explicarse por cierta inercia derivada de circunstancias del pasado. Las ventajas tributarias pretéritas fomentaron su uso en jurisdicciones foráneas.
3. En España, la inexistencia de capital social mínimo contribuyó a la expansión de la sociedad anónima. La posterior transposición del Derecho derivado de la Unión Europea no dio lugar a un retorno hacia tipos personalistas. Por el contrario, la sociedad de responsabilidad limitada se convirtió en la compañía de uso más extendido.
4. La relevancia de los tipos personalistas no se observa en los datos registrales. Los supuestos habituales tienen que ver con compañías no inscritas y con sociedades internas. El régimen de las sociedades irregulares y las diferentes formas sociales sin vertiente externa son ejemplos evidentes. Una excepción a este respecto la constituyen las agrupaciones de interés económico; la razón de su continuada presencia puede encontrarse en las características de la actividad prototípica y de los sujetos que las integran.
5. Especial interés tienen las sociedades internas. Dentro de las civiles, cabe destacar su presencia como pactos parasociales de sindicación de voto y en algunas manifestacio-

nes de la economía colaborativa. Dentro de las mercantiles, tiene particular incidencia la función de financiación, a título de fondo propio, de las cuentas en participación. Algunas realidades palpables son los vehículos de *crowdfunding* y los fondos de capital-riesgo.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRIANI, Niccolò: *Il divieto del patto leonino: vicende storiche e prospettive applicative*, Milano, 1994.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: «Los problemas contractuales en las sociedades cerradas», *InDret*, 2005, pp. 1-22.
- «El reconocimiento de la personalidad jurídica en la construcción del Derecho de Sociedades», *InDret*, 2016, pp. 1-104.
- «Los acuerdos irregulares y la ideología hipotecarista en la calificación registral mercantil», *AAMN*, 2018, pp. 239-306.
- ALFONSO SÁNCHEZ, Rosalía: «Aproximación jurídica a la economía colaborativa: diferentes realidades», *CDC*, 2016, pp. 13-73.
- ALONSO BEZOS, Juan José: «Cuentas en participación. Concepto, naturaleza y efectos de la resolución del contrato. STS núm. 253/2014, de 20 de mayo de 2014», *RAD*, 2014, pp. 215-216.
- ALONSO GARCÍA, Ricardo: *La sociedad anónima no inscrita*, Madrid, 1986.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo: «El “equity crowdfunding” o financiación en masa de inversión. Importancia, problemas y opciones en su regulación», *CDC*, 2014, pp. 13-58.
- AMEND-TRAUT, Anja: «Der Reichshofrat und die Kapitalgesellschaften – Die Bemühungen um eine Handelskompanie zwischen den Hansestädten und Spanien», en *Geld, Handel, Wirtschaft*, hrsg. Anja Amend-Traut/Albrecht Cordes/Wolfgang Sellert, Berlin, 2013, pp. 61-90.
- ANDRINO HERNÁNDEZ, Manuel: «La configuración notarial de la sociedad limitada», en *Tratando de la sociedad limitada*, coord. Cándido Paz-Ares, Madrid, 1997, pp. 59-126.
- ANSÓN PEIRONCELY, Rafael: *La Ley de sociedades anónimas de 1848*, Valencia, 2016.
- APARICIO CARRILLO, Eladio José: *Los socios ante el patrimonio de la sociedad civil en liquidación*, Jaén, 2003.
- ARIAS VARONA, Francisco Javier: «Noticia de una rectificación. La DGRN y la personalidad jurídica de las sociedades civiles (RDGRN de 14 de febrero de 2001)», *CDC*, 2001, pp. 329-368.
- ARMOUR, John *et al.*, “Brexit and Corporate Citizenship”, *EBOR*, 2017, pp. 225-249.
- ARNOLD, Arnd: «§ 23», en *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, hrsg. Wolfgang Zöllner/Ulrich Noack, Bd.1, Köln, 2011, pp. 399-479.
- BACHMANN, Gregor: «Zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts», *NZG*, 2020, pp. 612-619.
- BAINBRIDGE, Stephen/HENDERSON, Todd: *Outsourcing the board. How board service providers can improve corporate governance*, Cambridge, 2018.

- BANACLOCHE PALAO, Carmen: «Impuesto sobre la renta de las personas físicas (II)», en *Introducción al sistema tributario español*, dir. Luis María Cazorla Prieto/Pablo Chico de la Cámara, Cizur Menor, 2019 (versión electrónica).
- BECHUK, Lucian Ayre/ROE, Mark: “A Theory of Path Dependence in Corporate Ownership and Governance”, *Stan. L. Rev.*, 1999, pp. 127-170.
- BEHME, Caspar: “The Principle of Mutual Recognition in the European Internal Market with Special Regard to the Cross-Border Mobility of Companies”, *ECFR*, 2016, pp. 31-54.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «La organización de la empresa familiar. Comunidad de bienes, sociedad civil y cuentas en participación», *CDC*, 2017, pp. 53-188.
- BINZ, Mark/SORG, Martin: *GmbH & Co. KG*, München, 2010.
- BONARDELL LENZANO, Rafael/CABANAS TREJO, Ricardo: «Reflexiones en torno a la personalidad jurídica de las sociedades civiles», *RdS*, 1997, pp. 357-389.
- BRAUN, Reiner *et al.*: «Unternehmensgründungen unter dem Einfluss des Wettbewerbs der Gesellschafterrechte», *ZHR*, 2013, pp. 131-148.
- BUNDESMINISTER DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ: *Mauracher Entwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts*, Berlin, 2020.
- CAMPINS VARGAS, Aurora: *La sociedad profesional*, Madrid, 2000.
- CASPER, Matthias: «Die Investmentkommanditgesellschaft: große Schwester der Publikums-KG oder Kuckuckskind?», *ZHR*, 2015, pp. 44-82.
- CASTELLAR, Eugenio: «Sociedades mercantiles a responsabilidad limitada», *RJC*, 1895, pp. 437-455.
- COLINO MEDIAVILLA, José Luis: «Extinción de cuentas en participación con cláusulas atípicas (STS 10 noviembre 1995)», *RdS*, 1996, pp. 293-315.
- CURTO POLO, Mercedes: *La protección del socio minoritario (Especial referencia a la protección frente al atesoramiento abusivo de los beneficios sociales)*, Valencia, 2019.
- DARI-MATTIACCI, Giuseppe *et al.*: “The Emergence of the Corporate Form”, *JLEO*, 2017, pp. 193-236.
- DE CARLOS BERTRÁN, Luis: «Responsabilidad de los socios y de los administradores en la Agrupación de Interés Económico», *RDM*, 1991, pp. 489-504.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: «La Sociedad Anónima y la deformación del concepto de persona jurídica», *ADC*, 1949, pp. 1397-1418.
- «¿Crisis de la sociedad anónima? Reflexiones sobre la proyectada reforma legislativa de la sociedad anónima», *REP*, 1950, pp. 51-106.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel: *Estudios de Derecho Mercantil*, t. I, Madrid, 1977.
- DE TORRES PEREA, José Manuel: *Alcance de la personalidad jurídica de la sociedad civil externa*, Valencia, 2003.
- DEL VAL TALENS, Paula: *El administrador persona jurídica en las sociedades de capital. Organización, estatuto y responsabilidad*, Madrid, 2017.
- “Corporate Directors: In Search of a European Normative Model for Legal Persons as Board Members”, *ECFR*, 2017, pp. 609-636.
- DEL VAL TALENS, Paula/GIMENO RIBES, Miguel: “Setting the Scene. Family Firms and Closed Companies in Spain”, en *Family Firms and Closed Companies in Germany and Spain*, ed. Holger Fleischer/Andrés Recalde/Gerald Spindler, Tübingen, 2021, pp. 23-63.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: «Los pactos leoninos en el contrato de sociedad», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, Madrid, 1976, pp. 567-586.

- DÜLL, Alexander/MAI, Jan Markus: «Besteuerungskonzeption der GmbH & Co. KG», en *GmbH & Co. KG*, hrsg. Jochem Reichert, München, 2015, pp. 65-200.
- EBKE, Werner: «Überseering: “Die wahre Liberalität ist Anerkennung”», *JZ*, 2003, pp. 927-933.
- EIZAGUIRRE BERMEJO, José María: «La subjetividad de las sociedades de personas», *RdS*, 2000, pp. 85-108.
- *Derecho de sociedades*, Madrid, 2001.
- ELTZBACHER, Paul: «Offene Handelsgesellschaft und Aktiengesellschaft als Teilnehmerinnen einer offenen Handelsgesellschaft», *ZHR*, 1896, pp. 40-68.
- EMBIÓ IRUJO, José Miguel: «Perfiles, grados y límites de la personalidad jurídica en la ley de sociedades anónimas», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, vol. 1, Valencia, 1995, pp. 1023-1046.
- «La “sociedad limitada nueva empresa” en el marco del Derecho español de sociedades», *RJN*, 2003, pp. 107-140.
- «Consideraciones generales sobre la “Sociedad Limitada Nueva Empresa”», en *La Sociedad Limitada Nueva Empresa*, dir. Josefina Boquera Matarredona, Cizur Menor, 2003, pp. 19-32.
- «Apuntes sobre los deberes de fidelidad y lealtad de los administradores de las Sociedades Anónimas», *CDC*, 2006, pp. 9-48.
- «El derecho de sociedades ante la crisis económica. Especial referencia a la tipología societaria», *CDC*, 2013, pp. 15-70.
- EMBIÓ IRUJO, José Miguel/MARTÍNEZ SANZ, Fernando: «Libertad de configuración estatutaria en el Derecho español de sociedades de capital», *RdS*, 1996, pp. 11-30.
- EMPARANZA SOBEJANO, Alberto: «El carácter dispositivo del nuevo artículo 348bis de la Ley de Sociedades de Capital», *RDM*, 2020 (versión electrónica).
- European Commission: “Addressing Information Barriers in the SME Funding Market in the Context of the Capital Markets Union”, Brussels, 6.6.2017 [SWD(2017) 229 final].
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: «La inscripción en el registro mercantil de las sociedades civiles. Nota sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000», en *Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. I, Madrid, 2002, pp. 149-157.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis: *La atipicidad en Derecho de sociedades*, Zaragoza, 1977.
- *La sociedad comanditaria por acciones*, Cizur Menor, 1992.
- «Las cuentas en participación. Un ensayo de caracterización dogmática y funcional», en *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al profesor Justino F. Duque*, vol. 1, Valladolid, 1998, pp. 259-314.
- «Escritura de constitución de una sociedad de cuentas en participación. Modelo “standard” y fórmulas atípicas», *RdS*, 1998, pp. 243-256.
- *Derecho de sociedades*, vol. I, Valencia, 2010.
- FERNÁNDEZ-NÓVOA, Carlos: «Las notas distintivas de las cuentas en participación (Comentario a la sentencia de 3 de mayo de 1960)», *RDM*, 1962, pp. 429-448.
- FERRÉ MOLTÓ, Miguel/LEÓN SANZ, Francisco José: «Las cuentas en participación y el concurso», *ADCo*, 2008, pp. 33-68.

- FLECKNER, Andreas Martin: *Antike Kapitalvereinigungen. Ein Beitrag zu den konzeptionellen und historischen Grundlagen der Aktiengesellschaft*, Köln, 2010.
- “Roman Business Associations”, en *Roman Law and Economics*, ed. Giuseppe Dari-Mattiacci/Dennis P. Kehoe, Oxford, 2020, pp. 233-272.
 - «Das Gesellschaftsrecht in den Institutionen des Gaius», en *Festschrift für Christine Windbichler zum 70. Geburtstag am 8. Dezember 2020*, ed. Gregor Bachmann *et al.*, Berlin, 2020, pp. 603-622.
- FLEISCHER, Holger: «Die geschlossene Kapitalgesellschaft im Rechtsvergleich. Vorüberlegungen zu einer internationalen Entwicklungs- und Ideengeschichte», *ZGR*, 2016, pp. 36-83.
- «Gewinn- und stimmrechtslose Personengesellschafts- und GmbH-Geschäftsanteile – Eine rechtsvergleichende Skizze – », en *Festschrift für Johannes Köndgen zum 70. Geburtstag*, hrsg. Matthias Casper, Köln, 2016, pp. 201-219.
 - «Idiosinkrasien im deutschen Personengesellschaftsrecht: Allmähliche Erosion oder erfolgreiche Exportartikel?», *NZG*, 2020, pp. 601-611.
- FLEISCHER, Holger/COOLS, Sofie: «Internationale Trajektorien und Trends im Recht der Personengesellschaften», *ZGR*, 2019, pp. 463-506.
- FLEISCHER, Holger/WANSLER, TILL: «Die GmbH & Co. KG in den Auslandsrechten – Zirkulation eines gesellschaftsrechtlichen Regelungsmodells», *GmbHHR*, 2017, pp. 633-643.
- «§ 1 – Portlandzementfabrik GmbH & Co. KG – BayObLGZ 13 (1913), 69. Die GmbH & Co. KG als kautelarjuristische Erfolgsgeschichte», en *Gesellschaftsrechts-Geschichten*, hrsg. Holger Fleischer/Jan Thiessen, Tübingen, 2018, pp. 27-52.
- FLUME, Werner: «Gesellschaft und Gesamthand», *ZHR*, 1972, pp. 177-207.
- FONT RIBAS, Antoni: «Solidaridad en materia de sociedades. Sociedad colectiva y sociedad comanditaria», en *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al profesor Justino F. Duque*, vol. 1, Valladolid, 1998, pp. 315-364.
- FREY, Matthias: *Die spanische Aktiengesellschaft im 18. Jahrhundert und unter dem Código de Comercio von 1829*, Frankfurt am Main, 1999.
- GALACHO ABOLAFIO, Antonio: «Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2014. Contrato de cuentas en participación. Ante el incumplimiento del contrato de cuentas en participación por el gestor de la actividad empresarial procede la resolución del contrato con la obligación de este de devolver la aportación del cuenta-partícipe con los intereses legales oportunos», *CCJC*, 2015, pp. 257-275.
- GALLEGO CÓRCOLES, Ascensión: «La impugnación de acuerdos de la junta general por abuso de mayoría», *RDM*, 2018 (versión electrónica).
- GANDÍA PÉREZ, Enrique: «Consideraciones sobre las (pretendidas) “sociedades civiles con objeto mercantil”», *RDM*, 2015, pp. 265-288.
- GARCÍA MANDALÓNIZ, Marta: «El cuestionado sentido del régimen jurídico del capital social», en *Simplificar el Derecho de sociedades*, dir. Santiago Hierro Anibarro, Madrid, 2010, pp. 253-347.
- «Medidas legislativa en el “Bank-Based Model” para el impulso del “Market-Based Model”», *RDM*, 2015, pp. 207-264.
- GARCÍA VILLAVERDE, Rafael: «La inscripción de las sociedades civiles en el registro mercantil español», *RdS*, 2000, pp. 47-84.
- GARCÍA-ARANDA SOTO, Eva/BANACLOCHE PALAO, Carmen: «Impuesto sobre la renta de las personas físicas (I)», en *Introducción al sistema tributario espa-*

- ñol, dir. Luis María Cazorla Prieto/Pablo Chico de la Cámara, Cizur Menor, 2019 (versión electrónica).
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José: «La Sitztheorie es incompatible con el Tratado CE», *RDM*, 1999, pp. 645-686.
- GARRIGUES, Joaquín: *Tratado de Derecho Mercantil*, vol. 3-1, Madrid, 1964.
- *Nuevos hechos, nuevo Derecho de sociedades anónimas*, Madrid, 1998.
- GARRIGUES, Joaquín *et al.*: *Reforma de la Sociedad Anónima*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1947
- GIEDINGHAGEN, Jan: «Publikums-KG», en *Beratungspraxis GmbH & Co. KG. Gesellschafts- und Steuerrecht*, hrsg. Michael Winter, Köln, 2016, pp. 557-570.
- GIERKE, Otto von: *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht*, Berlin, 1889.
- GIMENO RIBES, Miguel: «Aproximación a la naturaleza jurídica del “crowdfunding”», *RDM*, 2014, pp. 451-489.
- «Un modelo societario de éxito en el Derecho alemán: La GmbH & Co. KG y sus variedades», en *La tipología de las sociedades mercantiles. Entre tradición y reforma*, dir. José Miguel Embid Irujo *et al.*, Bogotá, 2017, pp. 313-339.
- GIMENO RIBES, Miguel/LIEFKE, Johannes: «§ 15. Spanien», en *Gesellschaftsrecht in Europa*, hrsg. Stefanie Jung/Peter Krebs/Sascha Stiegler, Baden-Baden, 2019, pp. 1269-1402.
- GIRÓN TENA, José: «Sociedades civiles y sociedades mercantiles. Distinción y relaciones en el Derecho español», *RDM*, 1947, pp. 7-70.
- «Sobre los conceptos de sociedad en nuestro Derecho», *RDP*, 1954, pp. 369-403.
- «Los cambios de socios en las sociedades de personas», en *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, vol. 1, Madrid, 1971, pp. 139-166.
- *Derecho de Sociedades*, Madrid, 1976.
- «La muerte del socio en las sociedades personalistas», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, pp. 183-208.
- GÓMEZ PÉREZ, José Manuel: «Facultad de administrar del socio industrial y del comanditario», *RDN*, 1963, pp. 45-90.
- GUAL DALMAU, María de la Asunción: *Las cuentas en participación*, Madrid, 1993.
- GUINNANE, Timothy W./MARTÍNEZ-RODRÍGUEZ, Susana: “Choice of Enterprise Form: Spain, 1886-1936”, *JLEO*, 2018, pp. 1-26.
- HABERSACK, Mathias: «Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – aber wie?», *ZGR*, 2020, pp. 539-568.
- HANSMANN, Henry/KRAAKMAN, Reinier/SQUIRE, Richard: “Law and the Rise of the Firm”, *Harv. L. Rev.*, 2006, pp. 1333-1403.
- HERNÁNDEZ SÁINZ, Esther: «Los límites de inversión como protección del inversor en equity crowdfunding», en *Hacia un sistema financiero de nuevo cuño: Reformas pendientes y andantes*, dir. Carmen Alonso Ledesma, Valencia, 2016, pp. 985-1036.
- «El crowdfunding inmobiliario mediante contratos de cuentas en participación: Una fórmula de inversión participativa ¿legal o prohibida?», *REE*, 2017, pp. 127-148.
- HERNANDO CEBRIÁ, Luis: «Derecho de separación y reparto de dividendos: una revisión crítica del artículo 348bis de la Ley de Sociedades de Capital», en *Estudios de Derecho de Sociedades*, dir. José Miguel Embid Irujo/Ubaldo Nieto Carol, Valencia, 2019, pp. 381-442.

- HIERRO ANIBARRO, Santiago: *El origen de la sociedad anónima en España*, Madrid, 1998.
- HIERRO ANIBARRO, Santiago/ZABALETA DÍAZ, Marta: «Principios de gobierno corporativo en sociedad no cotizada», en *Gobierno corporativo en sociedades no cotizadas*, dir. Santiago Hierro Anibarro, Madrid, 2014, pp. 39-82.
- HÖHNE, Thorsten: *Die Ltd. & Co. KG. Gesellschaftsrechtliche und kollisionsrechtliche Aspekte der Beteiligung einer englischen Limited als Komplementärin einer deutschen Kommanditgesellschaft*, Berlin, 2011.
- IMMENGA, Ulrich: «Die Minderheitsrechte des Kommanditisten», *ZGR*, 1974, pp. 385-426.
- KAUFFELD, Hans-Georg/MOCK, Sebastian: «Stille Publikumsgesellschaften – ein Regelungsvorschlag», *ZIP*, 2019, pp. 1411-1417.
- KEUK, Brigitte: «Die Haftung des Kommanditisten für die Schulden der Gesellschaft», *ZHR*, 1973, pp. 410-443.
- KNOBBE-KEUK, Brigitte: *Das Steuerrecht – eine unerwünschte Quelle des Gesellschaftsrechts?*, Köln, 1986.
- KOHLER, Josef: «Die offene Handelsgesellschaft als juristische Person», *ZHR*, 1913, pp. 456-461.
- KUMPAN, Christoph: “Market-based Financing in the Capital Markets Union: The European Commission’s Proposals to Foster Financial Innovation in the EU”, *ECFR*, 2017, pp. 336-364.
- LANGLE RUBIO, Emilio: «Las cuentas en participación. Prevenciones contra sus peligros», *RGLJ*, 1945, pp. 394-421 y 556-580.
- LANGLE RUBIO, Emilio: «Problemas jurídicos de las asociaciones en participación», *AAMN*, 1950, pp. 195-229.
- LEÓN SANZ, Francisco José: «Anotaciones al Derecho español», en *Principios fundamentales del Derecho alemán de sociedades de responsabilidad limitada*, aut. Peter Ulmer, Madrid, 1998.
- LIEBSCHER, Thomas: «Bedeutung der GmbH & Co. KG», en *GmbH & Co. KG*, hrsg. Jochem Reichert, München, 2015, pp. 6-43.
- LIEFKE, Johannes: *Verträge unter Aktionären. Eine rechtstatsächliche, rechtsökonomische und rechtsdogmatische Untersuchung von Abstimmungsvereinbarungen in börsennotierten Gesellschaften*, Berlin, 2021.
- MARTÍ SÁNCHEZ, Jesús Nicolás: «El contrato de sociedad en el Derecho codificado español, con especial referencia al Código civil», *RDM*, 1989, pp. 679-720.
- MARTÍNEZ BALMASEDA, Arantza: «El derecho de gestión del partícipe en las cuentas en participación (a propósito de la STS de 30 de septiembre de 2009)», *RDM*, 2010, pp. 231-248.
- «El socio del socio. Características y régimen jurídico de la subparticipación», *RdS*, 2011, pp. 75-86.
- *Las cuentas en participación y su vertiente interna*, Granada, 2011.
- «Las nuevas funciones de las cuentas en participación», *CDC*, 2012, pp. 249-270.
- «La atipicidad y las cuentas en participación», *RdS*, 2015, pp. 262-278.
- «La responsabilidad del cuenta-partícipe frente a terceros. Fundamento jurídico y características», *RDM*, 2018, pp. 285-304.
- MARTÍNEZ GIJÓN, José: *La compañía mercantil en Castilla hasta las ordenanzas del consulado de Bilbao de 1737*, Sevilla, 1979.
- MARTÍNEZ-RODRÍGUEZ, Susana: “A history of the corporation in Spain in the twentieth century: towards Europe”, en *Research Handbook on the History*

- of Corporate and Company Law*, ed. Harwell Wells, Cheltenham/Northampton, 2018, pp. 298-322.
- MASSAGUER FUENTES, José: «La Agrupación de Interés Económico. Un primer comentario de los aspectos jurídico-societarios de la Ley 12/1991, de 29 de abril», *RGD*, 1991, pp. 7641-7669.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio: «Sociedad anónima e inscripción en el registro mercantil», *AAMN*, 1991, pp. 7-56.
- «El voto divergente en las sociedades de capital», en *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, vol. 2, Madrid, 2007, pp. 955-968.
- MERKT, Hanno: «Der Kapitalschutz in Europa – ein rocher Bronze», *ZGR*, 2004, pp. 305-325.
- MIQUEL RODRÍGUEZ, Jorge: «Artículo 53» en *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, coord. Ignacio Arroyo Martínez/José Miguel Embid Irujo/Carlos Górriz López, Madrid, 2009, pp. 675-686.
- MOCK, Sebastian: «Nieder mit dem Truhandkommanditisten – Es lebe der Vertragskommanditist (oder wenigsten der Unterbeteiligte)!\», *ZIP*, 2016, pp. 497-506.
- MONGE GIL, Ángel Luis/ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo: «Artículo 82», en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, coord. Ignacio Arroyo Martínez/José Miguel Embid Irujo/Carlos Górriz López, Madrid, 2009, pp. 864-875.
- MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio: «Artículo 151», en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, dir. Ángel Rojo Fernández-Río/Emilio Beltrán Sánchez, Cizur Menor, 2011, pp. 1155-1158.
- MOTOS GUIRAO, Miguel: «La separación voluntaria del socio en el Derecho Mercantil español», *RDN*, 1956, pp. 79-182.
- MUÑOZ PAREDES, María Luisa: «Los “ultra vires” de la Ley de Sociedades de Capital», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor José María Muñoz Planas*, coord. Luis Manuel Piloñeta Alonso/Miguel Iribarren Blanco, Madrid, 2011, pp. 549-572.
- NOACK, Max: «Von Maurach in die Welt – Der Gesetzentwurf der Expertenkommission zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts im Überblick», *NZG*, 2020, pp. 581-586.
- «Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG)», *BB*, 2021, pp. 643-648.
- NOVAL PATO, Jorge: «La adopción de acuerdos por mayoría en las sociedades de personas y su particular proyección en los sindicatos de voto», *RDM*, 2010, pp. 1411-1448.
- OLIVENCIA RUIZ, Manuel: «Sobre la historia de la compañía mercantil (Aportaciones del Departamento de Historia del Derecho de la Universidad de Sevilla)», *RDM*, 1981, pp. 313-324.
- OSTERLOH-KONRAD, Christine: «Die Selbstorganschaft in der Personengesellschaft – Wesenszug oder Anachronismus?», *ZGR*, 2019, pp. 271-300.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «Asociación y sociedad (a propósito de una errata del Código Civil)», *ADC*, 1993, pp. 5-56.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «La personalidad jurídica de las sociedades civiles», *AAMN*, 1999, pp. 9-46.
- PARRAS MARTÍN, Alfonso: «El socio colectivo en el ordenamiento jurídico español», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, vol. 3, Valencia, 1995, pp. 2809-2842.
- PAU PEDRÓN, Antonio: «La Agrupación Europea de Interés Económico. Naturaleza, función y régimen», *RCDI*, 1988, pp. 1181-1246.

- PAZ-ARES, Cándido: «Sobre la infracapitalización de las sociedades», *ADC*, 1983, pp. 1587-1640.
- «Artículos 1665-1708», en *Comentario del Código Civil*, dir. Cándido Paz-Ares *et al.*, Madrid, 1991, pp. 1299-1523.
- «Ánimo de lucro y concepto de sociedad (breves consideraciones a propósito del artículo 2.2 LAIE)», en *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, 1991, pp. 731-756.
- *La responsabilidad del socio colectivo*, Madrid, 1993.
- «¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de sociedades?», en *Tratando de la sociedad limitada*, coord. Cándido Paz-Ares, Madrid, 1997, pp. 159-205.
- «Las sociedades profesionales (Principios y bases de la regulación proyectada)», *RCDI*, 1999, pp. 1257-1275.
- «La sociedad en general: Caracterización del contrato de sociedad», en *Curso de Derecho Mercantil*, dir. Rodrigo Uría/Aurelio Menéndez, Cizur Menor, 2006, pp. 469-501.
- «La sociedad mercantil: Mercantilidad e irregularidad de las sociedades», en *Curso de Derecho Mercantil*, dir. Rodrigo Uría/Aurelio Menéndez, Cizur Menor, 2006, pp. 531-565.
- «La sociedad mercantil: Atributos y límites de la personalidad jurídica. Las cuentas en participación», en *Curso de Derecho Mercantil*, dir. Rodrigo Uría/Aurelio Menéndez, Cizur Menor, 2006, pp. 567-612.
- «La sociedad colectiva: Introducción y administración», en *Curso de Derecho Mercantil*, dir. Rodrigo Uría/Aurelio Menéndez, Cizur Menor, 2006, pp. 613-638.
- «La sociedad colectiva: Posición del socio y distribución de resultados», en *Curso de Derecho Mercantil*, dir. Rodrigo Uría/Aurelio Menéndez, Cizur Menor, 2006, pp. 639-658.
- «La sociedad colectiva: Representación y responsabilidad», en *Curso de Derecho Mercantil*, dir. Rodrigo Uría/Aurelio Menéndez, Cizur Menor, 2006, pp. 659-684.
- «La sociedad colectiva: Cambios de socios, separación y exclusión», en *Curso de Derecho Mercantil*, dir. Rodrigo Uría/Aurelio Menéndez, Cizur Menor, 2006, pp. 685-713.
- «La sociedad en comandita», en *Curso de Derecho Mercantil*, dir. Rodrigo Uría/Aurelio Menéndez, Cizur Menor, 2006, pp. 743-774.
- «La agrupación de interés económico y las sociedades profesionales», en *Curso de Derecho Mercantil*, dir. Rodrigo Uría/Aurelio Menéndez, Cizur Menor, 2006, pp. 775-804.
- «La denuncia *ad nutum* de los contratos de duración indeterminada: Entre el derecho dispositivo y el derecho imperativo. (Reflexiones a propósito de *joint ventures* y pactos parasociales)», *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*, coord. Javier García de Enterría, Cizur Menor, 2014, pp. 839-867.
- PERIEL MARTÍN, José: «Artículo 17. Normas especiales para las sociedades de capitales», *CDC*, 2010, pp. 263-278.
- PINO ABAD, Manuel: «La discutida personalidad jurídica en las sociedades mercantiles no inscritas», *CDC*, 1999, pp. 183-236.
- PIÑOL AGUADÉ, José María: «Comanditarios y cuenta-partícipes», *RGD*, 1990, pp. 1081-1101.
- PRIETO GONZÁLEZ, Carlos: «Los orígenes de la sociedad de responsabilidad limitada en España: El proyecto Fabra», *RDM*, 1968, pp. 215-246.

- QUESADA GONZÁLEZ, María Corona: *Disolución de la sociedad civil por voluntad unilateral de un socio*, Barcelona, 1991.
- QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José: *La sociedad civil sin personalidad en el Derecho español. Concepto y régimen jurídico*, Granada, 2007.
- RÖDER, Erik: «Die Kommanditgesellschaft im Rechtsvergleich – Hintergründe der unterschiedlichen Karriere einer Rechtsform», *RabelsZ*, 2014, pp. 109-154.
- «Reformüberlegungen zum Recht der GbR», *AcP*, 2015, pp. 450-532.
- «Combining Limited Liability and Transparent Taxation: Lessons from the Convergent Evolution of GmbH & Co. KGs, S Corporations, LLCs, and Other Functionally Equivalent Entities», *Fla. Tax Rev.*, 2018, pp. 762-843.
- «Die Personengesellschaft mit beschränkter Haftung: Eine Lücke im deutschen Gesellschaftsrecht», *ZHR*, 2020, pp. 457-506.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando: «La junta general de socios», *RdS*, 1994, pp. 431-461.
- RODRÍGUEZ DÍAZ, Isabel: «Las cuentas en participación como alternativa para la financiación de las sociedades de responsabilidad limitada. Especial referencia a su utilidad en las sociedades familiares», *RDP*, 1999, pp. 419-427.
- «El concurso de las sociedades personalistas», *RDM*, 2005, pp. 973-1036.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel: «S. A., S. en C.», *RDM*, 1980, pp. 245-254.
- «La sociedad anónima como problema», *RDM*, 1988, pp. 7-33.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel/BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio: «El capital social mínimo. Consideraciones de política y de técnica legislativas», *RDM*, 1988, pp. 149-174.
- SÁEZ LACAWE, María Isabel: «Reconsiderando los deberes de lealtad de los socios: el caso particular de los socios de control de las sociedades cotizadas», *InDret*, 2016, pp. 1-59.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando: «Sobre el sometimiento a la quiebra de los socios colectivos», *RDM*, 1956, pp. 7-50.
- SÁNCHEZ PACHÓN, Luis Ángel: «Sentencia de 30 de mayo de 2008: Las Cuentas en Participación como fórmula asociativa. Independencia de la restitución de la aportación sin previa extinción y liquidación del vínculo societario», *CCJC*, 2009, pp. 549-570.
- SCHAUER, Martin: «Rechtsfragen des Generationenübergangs in der Familiengesellschaft», en *Recht der Familiengesellschaften*, hrsg. Hans-Ueli Vogt/Holger Fleischer/Susanne Kalss, Tübingen, 2017, pp. 241-258.
- SCHMIDT, Corinna/ABEGG, Gregor: «Die spanische GmbH & Co. KG bei der internationalen Steuerplanung (Sociedad Limitada y Compañía, Sociedad Comanditaria)», *GmbHHR*, 2005, pp. 1602-1605.
- SCHMIDT, Karsten: «Die Kreditfunktion der stillen Einlage», *ZHR*, 1974, pp. 475-493.
- «Die GmbH & Co. – eine Zwischenbilanz», *GmbHHR*, 1984, pp. 272-284.
- «Mehrheitsregelungen in GmbH & Co.-Verträgen. Verständnis oder Missverständnis des “Bestimmtheitsgrundsatzes”?», *ZHR*, 1994, pp. 205-228.
- *Gesellschaftsrecht*, Köln, 2002.
- «Die Personengesellschaft als Rechtsfigur des “Allgemeinen Teils”. Dogmatisches Konzept und Wirkungsgeschichte von Werner Flumes “Personengesellschaft”», *AcP*, 2009, pp. 181-204.
- «Ein neues Zuhause für das Recht der Personengesellschaften», *ZHR*, 2021, pp. 16-51.

- SCHOENLE, Friederich: *Grundtypenvermischung im neuen Recht. Insbesondere die Kapitalgesellschaften als Mitglieder von Personengesellschaften*, Berlin, 1935.
- SCHÖN, Wolfgang: «Die stille Beteiligung an dem Handelsgewerbe einer Kommanditgesellschaft», *ZGR*, 1990, pp. 220-248.
- «Die Personengesellschaft im Steuerrechtsvergleich», en *Die Personengesellschaft im Steuerrecht. Gedächtnissymposium für Brigitte Knobbe-Keuk*, Köln, 2011, pp. 139-164.
- «Free Movement of Capital and Freedom of Establishment», *EBOR*, 2016, pp. 229-260.
- SCHÜRNBRAND, Jan: «Publikumpersonengesellschaften in Rechtsprechung und Literatur», *ZGR*, 2014, pp. 256-283.
- SERRA MALLOL, Antonio Jorge: *El contrato de cuentas en participación y otras formas asociativas mercantiles*, Madrid, 1991.
- SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, Luis: «Sobre la distinción entre administración y representación de sociedades mercantiles», *RDM*, 1962, pp. 47-82.
- TARRÍO BERJANO, Manuel: «Artículo 11. Responsabilidad patrimonial de la sociedad profesional y de los profesionales», *CDC*, 2010, pp. 189-201.
- TEICHMANN, Christoph: «Die Auslandsgesellschaft & Co.», *ZGR*, 2014, pp. 220-251.
- TENA PIAZUELO, Isaac: «El contrato de cuentas en participación y su distinción con la sociedad civil irregular», *RGD*, 1998, pp. 10663-10690.
- «El contrato de sociedad civil y las sociedades irregulares en los derechos español, francés e italiano», *ADC*, 1999, pp. 1435-1490.
- ULMER, Peter: «Die Gesamthand – ein noch immer unbekanntes Wesen?», *AcP*, 1998, pp. 113-151.
- URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo: «Derecho fiscal y Derecho mercantil. Sus influencias recíprocas», *AAMN*, 1944, pp. 269-291.
- «Problemas y cuestiones sobre quiebra de las sociedades», *RDM*, 1946, pp. 7-60.
- VELASCO SAN PEDRO, Luis: «Artículos 39-42», en *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, coord. Ignacio Arroyo Martínez/ José Miguel Embid Irujo/Carlos Górriz López, Madrid, 2009, pp. 546-603.
- VÉRGEZ SÁNCHEZ, Mercedes: «La posición jurídica del socio industrial», *RDM*, 1966, pp. 243-309.
- VICENT CHULIÁ, Francisco: «La Sociedad en constitución», *RCDI*, 1977, pp. 71-130.
- «Introducción general a las relaciones entre el Derecho mercantil y el Derecho fiscal», *HPE*, 1985, pp. 79-110.
- «El contrato de cuentas en participación no es un contrato de sociedad», *La notaría*, 2016, pp. 48-72.
- WALLACH, Edgar: «Die Regulierung von Personengesellschaften im Kapitalanlagegesetzbuch», *ZGR*, 2014, pp. 289-328.
- WEDEMANN, Frauke: «§ 15 – ARGE Weißes Roß – BGHZ 146, 341. Rechtsfähigkeit der Außen-GbR», en *Gesellschaftsrechts-Geschichten*, hrsg. Holger Fleischer/ Jan Thiessen, Tübingen, 2018, pp. 491-503.
- WIEDEMANN, Herbert: «Besprechung der Entscheidung BGHZ 62, 126», *ZGR*, 1975, pp. 354-365.
- WINDBICHLER, Christine: «Eine internationale Landkarte der Personengesellschaften (einschließlich juristische Personen und Gesamthand)», *ZGR*, vol. 43, núms. 2-3, 2014, pp. 110-138.

ZUNZUNEGUI PASTOR, Fernando: «Régimen jurídico de las plataformas de financiación participativa (“crowdfunding”)», en *La regulación del shadow banking en el contexto de la reforma del mercado financiero*, dir. Rafael Marimón Durá, Cizur Menor, 2015, pp. 169-211.

La determinación de la segunda maternidad por naturaleza en el artículo 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida: requisitos para la aplicación del precepto y problemática que plantea

DAVINIA CADENAS OSUNA

Profesora ayudante doctora (Acreditada a profesora contratada doctora)
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

RESUMEN

En el presente trabajo realizamos un examen en profundidad del régimen jurídico previsto para la determinación de la segunda maternidad por naturaleza en el ordenamiento jurídico español, analizando tanto los requisitos legalmente exigidos para ello como la problemática que plantea y que, en gran medida, podría evitarse configurando la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida como un tercer tipo de filiación distinta de la determinada por naturaleza y por adopción.

PALABRAS CLAVE

Segunda maternidad. Consentimiento de la esposa de la gestante. Nuevo título de determinación de la filiación.

The determination of the second maternity in section 7.3 of the Assisted Human Reproduction Techniques Law: enforcement of the law and difficulties.

ABSTRACT

In this paper, we carry out an in-depth examination of the legal regime set up to determine the second maternity in Spanish Law, analysing both the legal requirements and the problematic posed, which, to a large extent, could be avoided configuring the parentage derived from the use of assisted reproduction techniques as a third type of parentage different from that determined by nature and by adoption.

KEYWORDS

Second maternity. Consent of the pregnant woman's wife. New patentage determination title.

SUMARIO: 1. *Introducción: origen de la regulación de la segunda maternidad por naturaleza.*–2. *Consentimiento para la determinación de la segunda maternidad.* 2.1. *Requisitos formales.* 2.2. *Consentimiento de la mujer y el varón: una visión comparativa.* –3. *Exigencia de vínculo matrimonial vigente, sin separación legal o de hecho.*–4. *Impugnación de la filiación derivada de la determinación de la segunda maternidad.*–5. *Supuesto particular: inscripción de la segunda maternidad por naturaleza del nacido sin necesidad de acreditar el origen de la gestación.*–6. *Consentimiento del artículo 7.3 LTRHA 2006 como (¿único?) título de determinación de la segunda maternidad por naturaleza.*–7. *Conclusiones; Bibliografía; Anexo de jurisprudencia y doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.*

1. INTRODUCCIÓN: ORIGEN DE LA REGULACIÓN DE LA SEGUNDA MATERNIDAD POR NATURALEZA

La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el CC en materia de derecho a contraer matrimonio (en adelante, Ley 13/2005), legalizó en el ordenamiento jurídico español el matrimonio entre personas del mismo sexo, añadiendo al artículo 44 CC un párrafo segundo que equiparó los requisitos y efectos del matrimonio con independencia del sexo de los contrayentes, permitiendo así a aquellos integrados por personas de igual sexo ser parte en los procesos de adopción¹. De hecho, esta fue precisamente la vía elegida en un primer momento por la jurisprudencia y la Dirección General de los Registros y del Notariado (actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) para determinar la filiación de la esposa de la receptora de las técnicas de reproducción asistida. Así, tomando como punto de partida el primer inciso del artículo 108 I CC («La filiación puede tener lugar

¹ Sobre el particular, la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005 dice: «la ley permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición. En consecuencia, los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad respetando la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes; entre otros, tanto los referidos a derechos y prestaciones sociales como la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción».

por naturaleza y por adopción»)², la usuaria podía inscribir su filiación por naturaleza³, quedando a la esposa solo la posibilidad de adoptar al nacido para determinar su maternidad, con el consiguiente sometimiento a las limitaciones de edad que a tal efecto contempla el artículo 175.1 CC.

Como exponente de esta tendencia podemos citar la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de junio de 2006⁴, de la que se pueden extraer dos razonamientos fundamentales. Por una parte, postuló la Dirección que, si bien la prohibición de discriminar a las parejas de igual sexo constituye un principio incuestionable en nuestro ordenamiento jurídico, la equiparación de efectos entre aquellas y las integradas por personas de sexo opuesto no puede conducir al reconocimiento de una doble maternidad por naturaleza que contravendría el principio tradicio-

² Debemos atender a la evolución del Anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, que modifica muchos de los artículos que en el CC regulan la filiación. Así ocurre, por ejemplo, con el último inciso del artículo 108 I CC, que, en su redacción vigente, establece que la filiación «[e]s matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí». Con la reforma introducida por el Anteproyecto, la calificación de la filiación como matrimonial vendría determinada por el matrimonio de los «progenitores», y no del «padre y la madre».

³ En el sistema español, en vía extrajudicial la maternidad se determina, siguiendo el axioma *mater semper certa est*, por el parto y la constancia en el Registro Civil de la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres (art. 115.1.º CC) o de la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo (art. 120.5.º CC), según la filiación tenga o no, respectivamente, carácter matrimonial. Dicha inscripción debe practicarse mediante declaración formulada en documento oficial debidamente firmado por el o los declarantes, acompañada del parte facultativo (art. 44.3 LRC).

⁴ JUR 2007\130356. En este asunto, doña M. y doña E., pareja de hecho, promovieron la inscripción de nacimiento de una niña, hija biológica de la primera, solicitando asimismo que fuera inscrita como hija no matrimonial de doña E. con base en la voluntad manifestada por ésta ante el centro médico consintiendo la inseminación artificial de su pareja; además, doña E. reconoció formalmente ante el encargado del Registro Civil ser progenitora de la menor. Mediante providencia de 2 de septiembre de 2005, el juez encargado del Registro Civil acordó que se procediera a la inscripción de la menor como hija no matrimonial de doña M., pero desestimó la pretensión de las promotoras de reconocer también la filiación de doña E., al entender que la maternidad era única y que había sido determinada a favor de la madre biológica de la menor. Esta resolución fue recurrida por las promotoras ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, a la que se solicitó la revocación del acuerdo calificador y la inscripción registral de la maternidad de la menor también a favor de doña E., aduciendo los dos motivos que siguen. Primero, que la resolución del juez encargado del Registro Civil encerraba una discriminación de las parejas homosexuales respecto de las heterosexuales, puesto que, si bien a aquellas únicamente se les permitía recurrir a la adopción para determinar la filiación materna de la esposa de la receptora de las técnicas de reproducción asistida, en el caso de parejas heterosexuales que utilizaban la inseminación con donante como método para tener hijos el hombre podía ser inscrito como padre por naturaleza, a pesar de que biológicamente no lo era. Segundo, que el reconocimiento de la filiación no matrimonial podía hacerse en testamento, en escritura pública o ante el encargado del Registro Civil, incardinándose en esta última hipótesis la situación en la que se encontraban las promotoras. El Centro Directivo desestimó el recurso y confirmó la calificación recurrida.

nal en sede de filiación conforme al cual la maternidad es única⁵. Así pues, habida cuenta de que no es eficaz la determinación de una filiación cuando hay otra contradictoria acreditada (art. 113 II CC), la maternidad respecto de quien no es madre biológica solo puede establecerse a través del mecanismo de la adopción. Por otra parte, el Centro Directivo declaró que, en las hipótesis de inseminación con contribución de donante varón, la filiación del hombre reconocido como padre legal no se fundamenta en la verdad biológica, sino en un proceso jurídico complejo compuesto, en esencia, por los siguientes dos elementos: de un lado, un acto jurídico negocial de carácter formal integrado por dos voluntades, a saber, la del varón que asume la paternidad de un hijo aún no concebido y con el que no guarda relación biológica alguna y la de la mujer que consiente tal paternidad; de otro, la condición legal de hallarse el material reproductor del donante en el útero de la mujer designada en el acto negocial antes del fallecimiento del varón. Superados estos requerimientos, puede determinarse la filiación a favor del varón sin exigirse ningún otro requisito legal de carácter sustantivo, ni siquiera el matrimonio o la condición de pareja de hecho estable entre los futuros padres legales.

Ahora bien, esta regulación solo permite la posibilidad de atribuir la filiación no biológica al varón que consiente la técnica de reproducción asistida heteróloga, pero no a otra mujer distinta de la usuaria. Sobre esta base, la Dirección General rechazó la posibilidad de que, con fundamento en el artículo 3 CC (que establece la exégesis de las normas según el contexto y la realidad social del tiempo en que han de aplicarse), pueda interpretarse de modo extensivo dicha regulación al objeto de englobar la determinación de una segunda maternidad por naturaleza, arguyendo para ello dos razones: primero, que la reforma introducida por la Ley 13/2005 no afecta al régimen legal de la filiación que contempla el CC; segundo, que la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA 2006), siguiendo la senda iniciada por la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (en adelante, LTRA 1988), por aquella derogada, únicamente prevé la posibilidad de que la filiación concurrente con la de la receptora de las técnicas de reproducción asistida (homólogas o heterólogas) sea la del marido o varón no casado que las consiente ante el centro autorizado en el que se han de aplicar, «sin que este Centro Directivo pueda ir por vía de

⁵ Sostuvo la Dirección que «[e]l principio de verdad biológica que inspira nuestro Ordenamiento en materia de filiación se opone frontalmente a que, determinada la maternidad por el hecho del parto, pueda sobrevenir otro reconocimiento de la maternidad por otra mujer».

interpretación más allá de lo recientemente decidido y aprobado por el legislador».

En definitiva, la Dirección General resolvió que la única vía de la que disponía la esposa o conviviente con la usuaria de las técnicas de reproducción asistida para determinar su maternidad era el procedimiento de adopción⁶. Esta solución entrañaba la manifiesta discriminación de aquella respecto del esposo o varón conviviente con la usuaria que consentía la práctica de la fecundación con contribución de donante o donantes, pues a este, aun careciendo de coincidencia biológica con el nacido, los artículos 8.1 y 2 LTRHA 2006 sí que le permitían inscribirlo como hijo natural, sin tener, por tanto, que recurrir a la adopción. Esta situación desencadenó fuertes reivindicaciones sociales que desembocaron en la adición de un apartado tercero al artículo 7 LTRHA 2006 (que no llevaba ni un año en vigor...)⁷ por la disposición adicional primera de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (en adelante, Ley 3/2007). El artículo 7.3 LTRHA 2006, en su redacción original, tenía la siguiente literalidad:

«Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido».

El apartado primero de la Disposición final quinta de 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 (en adelante, Ley 19/2015), otorgó al precepto una nueva redacción que se mantiene en la actualidad y dice así:

«Cuando la mujer estuviere casada, y no legalmente separada o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge».

⁶ Analiza la posibilidad de determinar la doble maternidad por naturaleza a la luz de la LTRHA 2006, en su redacción original, ZURITA MARTÍN, 2006, pp. 1-6.

⁷ Con buen criterio, BARBER CÁRCAMO (*REDUR*, 2010, p. 28) postula que la regla contenida en el artículo 7.3 LTRHA 2006 debería haberse incorporado al artículo 8 del mismo cuerpo legal («Determinación legal de la filiación»), pero «la chapucería de la Ley parece no encontrar ni siquiera límites formales o sistemáticos». Y es que, la lectura y exégesis literal del artículo 7.1 LTRHA 2006 conllevaría la inaplicación del 7.3, habida cuenta de que aquel se remite en sede de filiación de los nacidos mediante técnicas de reproducción asistida a las Leyes civiles, a salvo las especificaciones establecidas en los tres preceptos siguientes, es decir, los artículos 8, 9 y 10 LTRHA 2006, sin incluir referencia alguna a la regla especial prevista en el artículo 7.3 LTRHA 2006.

A través del artículo 7.3 LTRHA 2006 el legislador español introdujo una salvedad a la aplicación de las reglas del CC para establecer la filiación: la posibilidad de determinar la segunda maternidad legal por naturaleza, si bien previo cumplimiento de una serie de exigencias formales que analizamos a continuación⁸.

2. CONSENTIMIENTO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA SEGUNDA MATERNIDAD

Para que pueda determinarse la maternidad por naturaleza de la esposa de la usuaria de las técnicas de reproducción asistida se requiere que aquella consienta que se establezca la filiación del nacido a su favor, consentimiento cuya validez se somete a una serie de exigencias formales que contempla el artículo 7.3 LTRHA 2006.

2.1. REQUISITOS FORMALES

En su redacción original, establecía el artículo 7.3 LTRHA 2006 que el consentimiento de la esposa de la usuaria debía manifestarse ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal⁹. Con arreglo al artículo 108.2.º del Decreto de 14 de noviem-

⁸ Radicalmente en contra de la posibilidad de determinar una segunda maternidad se postula ARECHEDERRA (2014, pp. 375 y 379), quien sostiene que, si observamos a través de la filiación materna que atribuye el artículo 7.3 LTRHA 2006 a la esposa de la gestante «no vemos nada», solo una mera ilusión, pues «la maternidad presupone una concepción heterosexual, un embarazo femenino y un alumbramiento femenino que normalmente determina la filiación». En la misma línea argumental, afirma BARBER CÁRCAMO (REDUR, 2010, p. 30) que la introducción en el ordenamiento jurídico español de la doble maternidad por naturaleza, contraria a su unidad natural y a toda la regulación del CC en materia de filiación, «es tan artificial y difícil de encajar en nuestro sistema, por ajena a cualquiera de sus principios, que no resiste el mínimo análisis de técnica jurídica». *Vid.* también CALLEJO RODRÍGUEZ, *La Ley*, 2014. Por su parte, postula BENAVENTE MOREDA (ADC, 2011, p. 100) que «la manifestación del consentimiento previsto en el art. 7.3 LTRA, plantea una clara contradicción con lo previsto en el pfo. 2 del citado precepto. Si, conforme a este último, en ningún caso la inscripción en el Registro Civil reflejará los datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación, resulta obvio que tal carácter quedará evidenciado desde el momento en que el nacido conste como hijo matrimonial de dos mujeres, puesto que el único supuesto en que ello es posible, es precisamente cuando una de ellas haya utilizado las técnicas de reproducción asistida para ser fecundada». En igual sentido, BARBER CÁRCAMO, *DPC*, 2014, p. 103.

⁹ En la doctrina, QUICIOS MOLINA (II, 2014, p. 51) se muestra a favor de la exigencia de forma solemne para que la declaración de voluntad por la que se asume un estado civil como el de filiación se repute válida (2018, p. 194), si bien postula que no debe realizarse una interpretación del artículo 7.3 LTRHA 2006 que excluya otras formas solemnes de determinación extrajudicial de la segunda maternidad, pues «siempre que el Notario dé fe de que la manifestación de voluntad traía causa de una reproducción asistida (o esto quede acreditado ante el Encargado del Registro al calificar la pretensión de inscripción registral), podrá inscribirse la segunda maternidad porque habrá quedado determinada legalmente». *Vid.* también QUICIOS MOLINA, I, *CCJC*, 2014. Aún más allá llega la Asociación de Profesores de Derecho

bre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil (en adelante, RRC), tal declaración habrá de consignarse en el Libro Diario del Registro Civil y su constancia registral servirá solo a los efectos de acreditar la existencia del consentimiento exigido por el artículo 7.3 LTRHA 2006 y la fecha en que se ha otorgado¹⁰, pero no generará la inscripción de la maternidad hasta que no se practique la de nacimiento¹¹. Una vez inscrito el alumbramiento, la constancia registral del consentimiento manifestado con amparo en el artículo 7.3 LTRHA 2006 «determinará la doble maternidad automáticamente, sin necesidad de ulterior consentimiento ni de la madre (lo cual no deja de generar alguna duda [...]) ni de la propia manifestante, cuya declaración inicial ha de considerarse irrevocable»¹².

También en su redacción original declaraba el artículo 7.3 LTRHA 2006 que el consentimiento de la esposa de la receptora de las técnicas debía manifestarse en un momento anterior al nacimiento («...consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge...»). En opinión de Farnós Amorós, sería más coherente con la noción de proyecto parental inherente a la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida la exigencia legal de que el consentimiento del artículo 7.3 LTRHA 2006 se prestara, no antes del nacimiento, sino en un momento anterior a la fecundación¹³. Sin embargo, de la redacción original del precepto se colige justamente lo contrario, *id est*, que el consentimiento debe prestarse una vez que el hijo ha sido concebido, al hacer uso el artículo 7.3 LTRHA 2006 de un artículo determinado («...que consiente en que cuando nazca *el* hijo de su

Civil en su Propuesta de Código Civil, cuyo artículo 223-3 establece, en su párrafo segundo, que el consentimiento otorgado por la esposa de la receptora de las técnicas de reproducción asistida para que se determine a su favor la filiación respecto del nacido «[p]uede formalizarse en el documento de consentimiento del tratamiento de fecundación asistida, ante el encargado del Registro Civil o en documento público» (énfasis añadido).

¹⁰ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, AC, 2014.

¹¹ NANCLARES VALLE, RAC, 2008, pp. 2264. En lo referente a la constancia en el Registro Civil de los hechos inscribibles, debe tomarse en consideración lo que establece la disposición transitoria cuarta de la Ley 6/2021, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, en virtud de la cual: «Hasta que el Ministerio de Justicia apruebe, mediante resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, la entrada en servicio efectiva de las aplicaciones informáticas que permitan el funcionamiento del Registro Civil de forma íntegramente electrónica conforme a las previsiones contenidas en esta Ley, los Encargados de las Oficinas del Registro Civil practicarán en los libros y secciones correspondientes regulados por la Ley de 8 de junio de 1957 los asientos relativos a nacimientos, matrimonios, defunciones, tutelas y representaciones legales. No resultará de aplicación, en tales casos, lo previsto en esta Ley respecto del código personal».

¹² BARBER CÁRCAMO, DPC, 2014, pp. 109-110. En igual sentido, TOMÁS MARTÍNEZ, AC, 2010.

¹³ FARNÓS AMORÓS, ADC, 2015, p. 15.

cónyuge...»¹⁴)¹⁵. Por su parte, afirma De la Fuente Núñez de Castro que el mencionado precepto, al establecer que la esposa de la usuaria debe consentir la determinación a su favor de la filiación del nacido tras el uso de la técnica, pero antes del alumbramiento, está permitiendo paradójicamente el reconocimiento de un *nasciturus* en el seno de un matrimonio, «cuando, por naturaleza, el reconocimiento es un medio de determinación de la filiación extramatrimonial entre parejas heterosexuales con base en la realidad biológica sobre la que se asienta la regulación de la materia en el CC». Por lo tanto, continúa la autora, «podemos hablar de reconocimiento, en la medida en que se declara la voluntad de determinación de la filiación a su favor, sin correspondencia con el que regulan los artículos 120 y ss. del CC»¹⁶. Abunda en esta línea Farnós Amorós, quien entiende que la declaración que regula el artículo 7.3 LTRHA 2006 no constituye propiamente un reconocimiento, «puesto que no requiere consentimientos complementarios al de la mujer «reconocedora», no es posterior al nacimiento y, lo más importante, no cabe su impugnación ante la falta de correspondencia con la verdad biológica»¹⁷.

En suma, el artículo 7.3 LTRHA 2006, en su redacción original, impone a la esposa de la receptora la prestación de un consentimiento formal que, de no otorgarse o no hacerse debidamente, obligaría al encargado del Registro Civil a denegar posteriormente la inscripción de la segunda maternidad por naturaleza a favor de la esposa de la usuaria, de suerte que el nacido tendría un solo vínculo de filiación legal, que debería calificarse de no matrimonial¹⁸. Sin embargo, pese al rotundo tenor del artículo 7.3 LTRHA 2006,

¹⁴ Énfasis añadido.

¹⁵ QUICIOS MOLINA, I, *CCJC*, 2014; II, 2014, p. 190. Pese a la literalidad del precepto, sostiene DÍAZ MARTÍNEZ (*DPC*, 2007, p. 93) que, si bien el artículo 7.3 LTRHA 2006 debe ser interpretado en el sentido de que la esposa de la receptora que desee asumir la maternidad del hijo que ésta alumbre ha de hacerlo ya iniciada la gestación, y no antes de la utilización de las técnicas de reproducción asistida, «no parece, dada la imprecisión [del] precepto, que el Encargado del Registro Civil pueda negarse a recibir el que pretenda expresarse en tal momento, siéndole exigible entonces que no esté separada de su esposa».

¹⁶ DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, *InDret*, 2015, pp. 12-13.

¹⁷ FARNÓS AMORÓS, *ADC*, 2015, p. 12. *Vid.* también BARBER CÁRCAMO, *DPC*, 2014, p. 112; DÍAZ MARTÍNEZ, *ACM*, 2014. Afirma esta última que la redacción del artículo 7.3 LTRHA 2006, al imponer que el consentimiento de la esposa de la usuaria se preste antes del nacimiento del hijo, «no es fruto de la improvisación del legislador, sino, al contrario, una decisión meditada con el propósito de no abrir a las parejas de mujeres la vía del reconocimiento como forma de determinación de la filiación, pues tal naturaleza jurídica parece habría de darse a la asunción legal de la maternidad por la esposa de la madre tras el nacimiento del hijo, pero, ¿acaso no es equiparable al reconocimiento de un *nasciturus* la declaración ante el Encargado del Registro Civil consintiendo que el hijo que va a nacer de la esposa sea considerado como propio?, ¿es necesario sostener que se trata de otro título de determinación de la filiación diferente para que no entre en quiebra la doctrina que permite la impugnación de los reconocimientos hechos por varones que no respondan a una verdad biológica?» (DÍAZ MARTÍNEZ, *DPC*, 2007, p. 86).

¹⁸ DÍAZ MARTÍNEZ, *DPC*, 2007, p. 80.

la Dirección General de los Registros y del Notariado flexibiliza las exigencias formales impuestas por el precepto a la esposa de la usuaria para otorgar tal consentimiento, admitiendo en algún caso la inscripción de la segunda maternidad aun habiéndose instado el expediente de reconocimiento de la filiación tras el nacimiento del hijo. Precisamente ésta fue la postura adoptada por la Dirección General en su resolución de 22 de mayo de 2008¹⁹, que se pronunció en un asunto en el que dos mujeres unidas en matrimonio solicitaron ante el encargado del Registro Civil, tras el nacimiento del hijo gestado por una de ellas y concebido mediante el uso de técnicas de reproducción asistida heterólogas, la inscripción del nacido como hijo matrimonial tanto de la madre biológica como de su esposa. El juez encargado del Registro denegó la pretensión de las promotoras del expediente con fundamento en el artículo 7.3 LTRHA 2006, que exige que la cónyuge de la receptora de las técnicas consienta la determinación de la segunda maternidad con carácter previo al nacimiento. Notificada la resolución del juez a las interesadas, estas la recurrieron ante la Dirección General apelando a la igualdad de los cónyuges en derechos y deberes, ya se tratase de un matrimonio entre personas de igual o de distinto sexo. En su decisión, el Centro Directivo admitió la inscripción de la segunda maternidad a pesar de que el expediente de reconocimiento de la filiación fue instado una vez acaecido el nacimiento, entendiéndose que tal circunstancia no podía alterar la finalidad perseguida por el artículo 7.3 LTRHA 2006.

En la misma línea, podemos citar también la resolución de 14 de octubre de 2008²⁰, en la que la Dirección General de los Registros y del Notariado estimó el recurso interpuesto contra el auto por el que el juez encargado del Registro Civil denegó la inscripción de una segunda maternidad. La decisión del Centro Directivo se fundamentó en el hecho de que la solicitud para el establecimiento de la filiación a favor de la cónyuge de la receptora de las técnicas de reproducción asistida se formuló ante el encargado del Registro después del alumbramiento porque solo pudo hacerse tras la entrada en vigor de la Ley 3/2007, que añadió al artículo 7 LTRHA 2006 el apartado tercero que examinamos en este trabajo. Con estos hechos como telón de fondo, declaró la Dirección que

«debe hacerse en esta materia aplicación analógica de la disposición transitoria primera del Código civil en su redacción original, ya que siendo así que el derecho al reconocimiento de la filiación materna de la casada con la madre gestante se introduce “ex

¹⁹ JUR 2009\389849.

²⁰ JUR 2009\443280.

novos” en nuestro Ordenamiento jurídico, con norma de rango legal, por la Ley 3/2007, por referencia a la situación legislativa inmediatamente anterior, ello supone que, aplicando analógicamente la citada Disposición transitoria primera del Código civil en su redacción originaria, tal derecho “tendrá efecto desde luego”, aunque el hecho –en este caso el nacimiento– que lo origine se verificara bajo la legislación anterior».

El tenor del artículo 7.3 LTRHA 2006 fue modificado por la Ley 19/2015. Tras dicha reforma, el precepto dejó de exigir que la manifestación del consentimiento de la esposa de la usuaria se produjera ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal²¹ y con anterioridad al nacimiento, para requerir la prestación del consentimiento con arreglo a lo dispuesto en la legislación del Registro Civil y en un momento posterior al nacimiento del hijo (pues a la esposa se le permite que consienta la determinación a su

²¹ Pese a haber suprimido el legislador esta exigencia, sostiene QUICIOS MOLINA (2018, p. 202) que el consentimiento del artículo 7.3 LTRHA 2006 debe seguir otorgándose ante el encargado del Registro Civil porque, a diferencia de lo que ocurre con la manifestación de la conformidad a la determinación e inscripción de la paternidad no matrimonial, respecto de la que se prevé que puede hacerse en el hospital en el que nace el hijo (art. 44.4 LRC), dicha regla no se contempla para que la esposa de la gestante consienta la determinación a su favor de la filiación respecto del hijo nacido de su cónyuge, hipótesis regulada en el artículo 44.5 LRC. No obstante, desde nuestra perspectiva, si bien es cierto que el artículo 44.5 LRC no permite expresamente que el consentimiento de la esposa de la gestante se manifieste en el propio hospital donde nace el hijo, también lo es que no requiere que se haga ante el encargado del Registro Civil, con lo que no encontramos procedente la deducción que hace QUICIOS MOLINA, más aún cuando el propio legislador, en la reforma operada por la Ley 19/2015 (origen también de la redacción vigente del art. 44.5 LRC), ha suprimido tal exigencia del artículo 7.3 LTRHA 2006. Esta parece ser la postura más acorde con el apartado tercero de la Instrucción de 9 de octubre de 2015 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre comunicación electrónica de nacimientos desde centros sanitarios, que no incluye este supuesto entre aquellos a los que no resulta aplicable, por motivos técnicos, la remisión de información para la práctica de inscripciones desde centros sanitarios. Además, es la solución adoptada por el legislador catalán al establecer el artículo 235-13 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (en adelante, CCCat.), en su apartado primero, que «[l]os hijos nacidos de la fecundación asistida de la madre son hijos del hombre o de la mujer que la ha consentido expresamente *en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público*» (énfasis añadido). Más allá va incluso GÓMEZ PERALS (2019, p. 165), a cuyo parecer debe admitirse el consentimiento tácito que se deduzca del ejercicio por la esposa de la acción judicial de reclamación de maternidad o de la posesión de estado. Entendemos que la postura sostenida por GÓMEZ PERALS viene determinada por la doctrina sentada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) en sus sentencias de 5 de diciembre de 2013 (RJ 2013/7640; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana) y 15 de enero de 2014 (RJ 2014/1265; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno). Sin embargo, como expondremos con detalle más adelante (*vid. infra*, epígrafe 6), en los pronunciamientos referidos el Tribunal distingue dos títulos diferentes de determinación de la segunda maternidad. El primero consiste en el consentimiento otorgado por la esposa de la gestante con arreglo al artículo 7.3 LTRHA 2006. El segundo es la acción judicial del artículo 131 CC, siendo el aspecto decisivo para declarar la filiación pretendida la voluntad manifestada por la madre biológica y la madre reclamante ante el centro médico para la utilización de las técnicas de reproducción asistida, relegándose a un segundo plano la constante posesión de estado, si bien su concurrencia puede inclinar la balanza en favor de la determinación judicial de la segunda maternidad con base en el interés del menor.

favor de la filiación respecto del hijo *nacido* de la receptora de las técnicas). De esta forma, se acerca más este consentimiento a la figura del reconocimiento, aunque sin que pueda establecerse una plena asimilación entre ambos, ya que al consentimiento del artículo 7.3 LTRHA 2006 no se le aplican los límites y garantías que para el reconocimiento establece el artículo 124 CC²².

La remisión a la legislación del Registro Civil entraña la aplicación del artículo 44.5 LRC, cuya redacción coincide en lo sustancial con la del artículo 7.3 LTRHA 2006²³. No obstante, ninguno de los dos preceptos contiene indicación alguna sobre la manera o el momento en que debe otorgarse el consentimiento por la no gestante, más allá de que éste debe ser posterior al nacimiento del hijo. Al respecto, coincidimos con Andreu Martínez²⁴ en que cabrían dos interpretaciones. La primera, que nos parece más correcta, consistiría en aplicar los plazos y mecanismos establecidos en la LRC y el RRC para la inscripción de nacimiento; por tanto, al proceder las esposas a inscribir el nacimiento, la no gestante deberá manifestar el consentimiento exigido por el artículo 7.3 LTRHA 2006. El procedimiento para practicar la inscripción de nacimiento se regula en los artículos 44 y siguientes de la LRC. Así, cuando los centros sanitarios no comuniquen el nacimiento a la Oficina del Registro Civil en la forma prevista en el artículo 46 LRC, los progenitores deberán declarar el nacimiento ante dicha Oficina en el plazo de diez días, presentando el documento oficial debidamente cumplimentado y acompañado del certificado médico preceptivo (arts. 47.1 y 2 LRC). Tal período podrá ampliarse a treinta días por justa causa (art. 166 RRC). Transcurridos los plazos anteriores, para inscribir la declaración se precisará resolución dictada en expediente registral (art. 47.3 LRC), regulado éste en los artículos 311 y siguientes del RRC. Por su parte, la segunda interpretación consistiría en entender que el artículo 44.5 LRC, al no establecer límite alguno, está dando libertad a la cónyuge de la usuaria de las técnicas para que consienta la determinación a su favor de la filiación cuando desee, sin intervención de la gestante ni del hijo, opción que no parece muy conforme con el interés superior del menor ni resuelve la duda sobre el modo en que el consentimiento del artículo 7.3 LTRHA 2006 debe otorgarse.

²² BENAVENTE MOREDA, 2019, pp. 324-325; *Otañi Socio-Legal Series*, 2017, p. 13.

²³ Dice el precepto: «También constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviera casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y esta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge».

²⁴ ANDREU MARTÍNEZ, *InDret*, 2018, pp. 7-9.

En todo caso, sea cual sea la interpretación que se prefiera, lo que está claro es que la determinación de la segunda maternidad se hace depender de que la esposa de la usuaria de las técnicas preste su consentimiento una vez producido el nacimiento del hijo. Ahora bien, ¿qué ocurre si la no gestante consiente ante el centro sanitario la realización de las técnicas de reproducción (pese a no exigirlo la legislación en el caso de matrimonio entre mujeres), pero, tras el nacimiento del hijo, se niega a otorgar el consentimiento del artículo 7.3 LTRHA 2006? ¿Vincula a la no gestante el reconocimiento ante el centro sanitario de la existencia de un proyecto parental común? En otros términos, ¿puede la madre biológica reclamar a su cónyuge la filiación del nacido con base en el consentimiento otorgado ante el centro sanitario? Teniendo en cuenta que la LTRHA 2006 prevé un título específico para la determinación de la segunda maternidad por naturaleza basado en la prestación de un consentimiento de carácter formal, no parece del todo lógico admitir la reclamación de dicha filiación con fundamento en otro consentimiento distinto que, además, está pensado por el legislador para las parejas heterosexuales. No obstante, el Tribunal Supremo adopta una postura flexible al admitir en la sentencia de 5 de diciembre de 2013²⁵ el ejercicio de la acción del artículo 131 CC para reclamar la filiación matrimonial con base en la existencia de posesión de estado, si bien otorgando un papel decisivo al consentimiento de la no gestante a la realización de las técnicas, y a pesar de la inexistencia de la declaración formal exigida por el artículo 7.3 LTRHA 2006 para la determinación de la segunda maternidad matrimonial.

Finalmente, debemos señalar que, como bien sostiene Nanclares Valle, al configurarse el consentimiento de la esposa de la usuaria como un auténtico título de determinación de la filiación y, por ende, de creación de un estado civil, no debe admitirse la revocación unilateral del mismo, «pese a que el estado civil aún no haya surgido por estar pendiente el hecho del nacimiento en las condiciones del artículo 30 CC»²⁶. Sin embargo, entendemos que tal irrevocabilidad únicamente puede sostenerse con relación al hijo para el establecimiento de cuya filiación se prestó el consentimiento, pero, frustrado el embarazo, puede revocarse para posteriores ciclos reproductivos. Ahora bien, no existe consenso en la doctrina con respecto a si esta revocación tiene carácter automático una vez concluya el ciclo reproductivo para el que se otorgó el consentimiento o si, por el contrario, la esposa de la usuaria debe manifestar expresamente su voluntad en tal sentido antes de que vuelva a

²⁵ *Vid. infra*, epígrafe 6.

²⁶ NANCLARES VALLE, *RAC*, 2008 p. 2261. También, JIMÉNEZ MARTÍNEZ, *AC*, 2014.

hacerse uso de las técnicas de reproducción asistida. Como exponente de la primera postura podemos citar a Barber Cárcamo, quien sostiene que, «[p]ese al silencio al respecto del legislador, la manifestación de maternidad ha de referirse al hijo nacido de un concreto ciclo reproductivo *ya iniciado*, esto es, a un *nasciturus* concreto y determinado, y encuentra una lógica caducidad en la duración del embarazo en curso»²⁷. La tesis opuesta defiende Díaz Martínez, según la cual, cuando la esposa de la gestante no hubiera expresado formalmente la revocación y constara en el Registro el consentimiento del artículo 7.3 LTRHA 2006, podría practicarse la inscripción de la segunda maternidad, quedando obligada la esposa, si se opusiera a la filiación declarada, a ejercitar una acción de impugnación «de dudosa suerte a la luz de la laguna legal existente»²⁸.

2.2. CONSENTIMIENTO DE LA MUJER Y EL VARÓN: UNA VISIÓN COMPARATIVA

Tras el estudio del consentimiento de la esposa de la usuaria como requisito para la determinación de la segunda maternidad por naturaleza, vamos a comparar someramente esta exigencia con las que se imponen al esposo y al conviviente no casado para el establecimiento de su paternidad²⁹. Con ello pretendemos constatar el mayor rigor de las formalidades que ha de cumplir la esposa para la determinación de su maternidad y, de esta manera, visualizar a vuela pluma la más que posible discriminación a la que está sometida.

El único consentimiento que exige la LTRHA 2006 para determinar la segunda maternidad por naturaleza es el regulado en el artículo 7.3, sin demandar (aunque en la práctica sí que se requiera³⁰) el consentimiento de la cónyuge de la gestante ante el centro autorizado para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida³¹, a dife-

²⁷ BARBER CÁRCAMO, *DPC*, 2014, p. 110.

²⁸ DÍAZ MARTÍNEZ, *DPC*, 2007, pp. 94-95.

²⁹ *Vid.* FORCADA RUBIO, 2019, pp. 115 y ss.

³⁰ TOMÁS MARTÍNEZ, *AC*; JIMÉNEZ MARTÍNEZ, *AC*.

³¹ Sobre el particular, postula ÁLVAREZ SARABIA (*AD*, 2015, p. 42) que, teniendo en cuenta que en virtud de la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005 (referencia que debe entenderse hecha a la disposición adicional primera) las disposiciones legales y reglamentarias que contengan mención al matrimonio se aplicarán con independencia del sexo de sus integrantes, «*a priori*, podrá entenderse que si el matrimonio está formado por dos mujeres, cuando la LTRHA habla del consentimiento necesario del marido, habría que entenderlo también a la mujer», si bien «a esto de nuevo podemos oponer la ya tan aludida excusa de que el consentimiento del marido es necesario porque respecto de él se activan las presunciones de paternidad, mientras que no es así en el caso de la mujer». A nuestro juicio, la previsión contenida en la citada disposición adicional debe aplicarse cuando, en una materia concreta, el legislador no contemple una regulación específica para los matrimonios integrados por personas del mismo sexo. Esta premisa no se cumple en la hipótesis estudiada, dado que la LTRHA 2006 permite expresamente la determinación de la segunda

rencia de lo que se prevé para el marido de la usuaria, al que el artículo 6.3 LTRHA 2006 requiere, a menos que estuviera separado legalmente o de hecho, la expresión libre, consciente y formal de dicho consentimiento emitido con carácter previo a la aplicación de las técnicas³². Con anterioridad a la prestación del consentimiento, debe suministrarse al esposo información y asesoramiento sobre los aspectos biológicos, jurídicos, éticos y económicos del tratamiento (art. 3.3 LTRHA 2006). La información de índole jurídica engloba las consecuencias que el consentimiento conllevaría con respecto a la filiación de la descendencia que pudiera nacer por aplicación de las técnicas de reproducción asistida³³. De este modo, al varón casado con la usuaria se le debe informar, antes de que otorgue el consentimiento informado del artículo 6.3 LTRHA 2006, de que, tras el nacimiento, la filiación se determinará automáticamente a su favor por el juego de la presunción de paternidad matrimonial del artículo 116 CC (siempre que se cumplan los requisitos que el precepto establece)³⁴, así como de la imposibilidad de impugnar la filiación del hijo nacido (art. 8.1 LTRHA 2006).

Como decimos, el consentimiento otorgado por el esposo de la usuaria al amparo del artículo 6.3 LTRHA 2006 no constituye título de determinación de la filiación, sino que ésta se establece por el juego de la presunción de paternidad matrimonial³⁵. No obstante,

maternidad por naturaleza sin exigir el consentimiento de la esposa de la gestante ante el centro médico para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

³² Este consentimiento tiene carácter personalísimo, sin que quepa, por ende, la representación legal (GETE-ALONSO Y CALERA y SOLÉ RESINA, 2014, p. 72).

³³ ÁLVAREZ SARABIA, *AD*, 2015, p. 23, nota al pie n.º 82. A la esposa de la receptora no le impone la LTRHA 2006 que consenta ante el centro médico la utilización de las técnicas de reproducción asistida, pero, si lo hace, coincidimos con DÍAZ MARTÍNEZ (*DPC*, 2007, p. 85, nota al pie n.º 17) en que «el centro de reproducción asistida deberá comunicar a la mujer casada con la que se somete a las técnicas que el documento que a tal efecto suscribe en la clínica —es previsible que los documentos estándar de consentimiento informado incluyan ya un modelo para matrimonios de dos mujeres, reservando un espacio para el consentimiento de la misma— carece de eficacia jurídica en materia de filiación».

³⁴ La existencia de separación legal o de hecho de la usuaria y su marido es relevante tanto para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida como para la operatividad de la presunción de paternidad matrimonial. Ahora bien, si en el primer caso la separación debe apreciarla el propio centro médico y no se exige que dicha situación se haya prolongado durante un tiempo mínimo, la separación a los efectos de la presunción debe apreciarla el encargado del Registro Civil, que deberá inscribir la paternidad, *ex artículo 116 CC*, si el nacimiento tiene lugar tras la celebración del matrimonio y antes de que transcurran los trescientos días siguientes a la separación legal o de hecho de los cónyuges. Por consiguiente, puede darse la paradoja de que, pese a que el centro autorizado no haya requerido el consentimiento del marido de la usuaria para la utilización de las técnicas por hallarse ambos separados de hecho desde unas pocas horas antes de que dicha voluntad hubiera de manifestarse, el encargado del Registro inscriba la filiación del marido, con base en la presunción de paternidad matrimonial, si el nacimiento se produjera dentro del plazo que señala el artículo 116 CC.

³⁵ Postula LAMM que, pese a que la presunción de paternidad es el título formal de determinación de la filiación por remisión del artículo 7.1 LTRHA 2006, será el consentimiento prestado por el esposo de la usuaria en los términos del artículo 6.3 LTRHA 2006 el que verdaderamente permita el establecimiento de la paternidad, razón por la que es al

ex artículo 118 CC, «[a]un faltando la presunción de paternidad del marido a causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges, podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos». Ahora bien, los consentimientos regulados en los artículos 6.3 LTRHA 2006 y 118 CC son diferentes, de manera que, aun cuando los cónyuges hubieran consentido la utilización de las técnicas de reproducción ante el centro médico, si no fuera aplicable la presunción de paternidad matrimonial los cónyuges deberían otorgar un consentimiento específico para que la filiación pudiera inscribirse como matrimonial con arreglo al artículo 118 CC. En caso contrario, la filiación solo podría establecerse por vía judicial mediante el ejercicio de la acción de reclamación correspondiente³⁶.

Por su parte, existen dos vías para la determinación de la paternidad del varón no casado: de un lado, la declaración conforme por él realizada en el correspondiente formulario oficial referido en la legislación del Registro Civil (art. 120.1.º CC); de otro, el reconocimiento regulado en el artículo 44.7 LRC. Con relación a esta segunda vía, debemos señalar que, si bien al varón no casado (sea o no pareja de la usuaria) no le impone la LTRHA 2006 que consienta ante el centro autorizado la utilización de las técnicas de reproducción asistida, el artículo 8.2 LTRHA 2006 «considera escrito indubitado a los efectos previstos en el apartado 8 de artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas», quedando incólume la posibilidad de reclamar judicialmente la paternidad. En otros términos, cuando la paternidad del varón no casado se determine mediante reconocimiento no será título válido a tal efecto el consentimiento prestado ante el centro autorizado para la utilización de las técnicas de reproducción asistida, si bien el documento en el que conste esa voluntad³⁷ servirá como escrito indubitado para, en ausencia de reconocimiento, permitir el inicio del oportuno expediente guber-

escrito en el que conste ese consentimiento al que debe acudir para impugnar la filiación. Por ello, «sería conveniente prever directamente al consentimiento como el título que determina la filiación y regularlo de manera uniforme para todos los casos: TRA homólogos y heterólogos, parejas casadas y no casadas, heterosexuales y homosexuales» (LAMM, *RBD*, 2012, pp. 82-83).

³⁶ ÁLVAREZ SARABIA, *AD*, 2015, p. 14.

³⁷ Aunque no lo diga el artículo 8.2 LTRHA 2006, para que el consentimiento prestado por el varón no casado sea válido debe cumplir las exigencias que a tal efecto establece el artículo 6.3 LTRHA 2006 para el caso de que quien consienta sea el marido de la receptora de las técnicas, a saber, que refleje la voluntad libre, consciente y formal de quien lo otorga. En este sentido, LAMM, *RBD*, 2012, p. 83; Díez SOTO, 2007, pp. 108-109.

nativo (o, si el asunto deviene contencioso, la acción judicial que corresponda) tendente a inscribir la filiación³⁸. Así pues, hemos de tener en cuenta que, aun cuando la regulación del reconocimiento en el CC y en la legislación del Registro Civil se inspira en el principio de verdad biológica³⁹, la LTRHA permite al varón no casado que consienta ante el centro autorizado la práctica de las técnicas de reproducción asistida con contribución de donante en un documento que sirve como escrito indubitado en el expediente gubernativo tramitado para el reconocimiento del hijo⁴⁰. En todo caso, la referencia debería hacerla el artículo 8.2 LTRHA 2006 al 44.7 LRC (y no al 44.8), que, en correspondencia con lo que preveía el artículo 49 de la derogada Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil, declara que el consentimiento que el varón no casado presta ante el centro autorizado para la utilización de las técnicas de reproducción asistida, pese a no ser legalmente exigible, sirve como escrito indubitado de reconocimiento de la filiación que legitima la inscripción de la filiación natural mediante expediente gubernativo aprobado por el juez de Primera Instancia, siempre que no haya oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada

³⁸ Defiende ÁLVAREZ SARABIA (*AD*, 2015, p. 17, nota al pie n.º 57) que el consentimiento que otorga el varón no casado para la realización de las técnicas de reproducción asistida «no es equivalente al prestado para la determinación de la filiación ni podrá ser considerado como reconocimiento por no concurrir los requisitos del artículo 120.1 del Código Civil». Continúa la autora: el consentimiento prestado ante el centro médico «no encajaría bien en el reconocimiento puesto que el art. 124 Código civil hace depender la eficacia del reconocimiento de un menor al consentimiento prestado también por su representante legal o a la aprobación judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido». Por su parte, sostiene LAMM (*RBD*, 2012, p. 84) que, aun cuando en la práctica actual se recurre generalmente al reconocimiento (art. 120.1.º CC) para la determinación de la filiación no matrimonial, «si se planteara una acción de impugnación de la paternidad, esta prosperaría porque no habría vínculo biológico, de allí nuevamente la necesidad de que el consentimiento sea regulado directamente como el título determinante de la filiación».

³⁹ Afirma TORRAL LARA (*DPC*, 2016, p. 293) que «[e]ste principio no aparece de manera expresa en el Código Civil, aunque ha sido considerado el verdadero motor de cambio de todo el régimen jurídico de la filiación». Por razones más que obvias, este principio se aplica únicamente a la filiación por naturaleza, con exclusión de la adoptiva, pues esta última parte precisamente de la discordancia entre las filiaciones biológica y jurídica, sustituyéndose la vinculación biológica por el acto jurídico de la adopción.

⁴⁰ Sostiene ÁLVAREZ SARABIA (*AD*, 2015, p. 19) que «si a pesar de tratarse de fecundación heteróloga, el varón [decide] otorgar su reconocimiento, este constituiría un reconocimiento de complacencia, es decir, una voluntad de reconocer la paternidad pero que, en todo caso, admite su impugnación en la medida que no coincide con el fundamento del Código Civil, esto es, la verdad biológica». La postura opuesta, más acertada a nuestro parecer, sostiene RIVERO HERNÁNDEZ (*ADC*, 2005, pp. 1071-1072), quien considera que, en los supuestos de reproducción asistida con contribución de donante, la paternidad del varón que la consiente tiene carácter legal, no biológico («Es filiación por consentimiento, no por sangre»), no pudiendo impugnarse con fundamento en la violación del principio de verdad biológica. *Vid.* también, QUICIOS MOLINA, II, 2014, p. 202. Un análisis sucinto de los reconocimientos de complacencia desde distintos prismas (en los autores, jurisprudencia, Dirección General de los Registros y del Notariado, Derecho foral navarro y catalán, y Derecho y comparado) se recoge en BARBER CÁRCAMO, *RDP*, 2009, pp. 38-45.

notificada con carácter personal y obligatorio. Asimismo, cuando se satisfagan los requerimientos establecidos en el artículo 44.7 LRC, puede el varón no casado instar el reconocimiento o el expediente registral, aun cuando no haya consentido ante el centro autorizado la utilización de las técnicas de reproducción asistida⁴¹.

Finalmente, como estudiaremos con detalle más adelante, nada contempla la LTRHA 2006 sobre la determinación de la filiación en las hipótesis de parejas de hecho integradas por dos mujeres⁴².

Esta disparidad de tratamiento suele justificarlo la doctrina sobre la base de que en el caso de matrimonios entre personas de sexo opuesto opera la precitada presunción para el establecimiento de la paternidad, no resultando la misma aplicable en la hipótesis de matrimonios celebrados entre mujeres, porque, en palabras del propio legislador en la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005, «los supuestos de hecho a que se refieren [los artículos 116, 117 y 118 CC] solo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales»⁴³. Es decir, parafraseando a Quicios Molina, dado

⁴¹ ÁLVAREZ SARABIA, *AD*, 2015, p. 10.

⁴² Para un análisis en profundidad, *vid.* GOÑI HUARTE, *AC*, 2016, pp. 74-80.

⁴³ Para un análisis en profundidad de la aplicación de los artículos 116 y siguientes CC a los matrimonios compuestos por personas del mismo sexo, *vid.* CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, 2011, pp. 434 y ss. Dice NANCLARES VALLE (*RAC*, 2008, p. 2256): «El [artículo 6.3 LTRHA 2006] solo impone el consentimiento del marido de la usuaria, por estar afectado por la presunción de paternidad. Al no resultar aplicable una presunción de segunda maternidad, tal consentimiento de la esposa de la usuaria no va a tener consecuencia alguna en materia de filiación, razón por la cual no se exige el mismo con carácter previo al empleo de la técnica». *Vid.* también FABAR CARNERO, *RDUNED*, 2014, p. 184; JIMÉNEZ MARTÍNEZ, *AC*, 2014; QUICIOS MOLINA, I, *CCJC*, 2014. Por su parte, defiende DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, con fundamento en el artículo 115 CC, que la aplicación en exclusiva de la presunción de paternidad a los matrimonios heterosexuales no resulta discriminatoria respecto de los integrados por dos mujeres si tomamos en consideración las diferencias existentes entre ellos en los planos biológico y jurídico. Así pues, afirma que: «Por un lado, la imposibilidad de tener descendencia de dos mujeres que, aunque unidas por un vínculo matrimonial, solo podrían optar a esa doble maternidad por la vía de la adopción; por otro lado y, como consecuencia de lo anterior, la dificultad para determinar la filiación natural de carácter matrimonial en un sistema ideado sobre una filiación conjunta, materna y paterna, e inspirado en el principio de la verdad biológica, principio que necesariamente quiebra en la determinación de la segunda maternidad. De hecho, la propia Exposición de Motivos de la Ley 13/2005 justifica la no aplicación de la presunción del artículo 116 del CC sobre la base de que el supuesto de hecho a que se refiere el artículo solo puede producirse en caso de matrimonio heterosexual» (DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, *InDret*, 2015, p. 12). Coincidimos con la autora en que el principio de verdad biológica, que inspira la presunción de paternidad matrimonial, quiebra en la determinación de la doble maternidad aun cuando se emplee el método ROPA (Recepción de Ovocitos de la Pareja), supuesto en el que seguirá faltando el vínculo genético del nacido con una de las cónyuges, la usuaria de las técnicas, quien, no obstante, sí quedará unida al hijo biológicamente por la gestación. En otros términos, en el método ROPA la gestante no es madre genética, pero sí biológica. Sin embargo, no alcanzamos a entender entonces por qué se aplica dicha presunción a los casos de fecundación heteróloga en el seno de matrimonios heterosexuales, cuando *natura rerum* también se disocian en tal hipótesis la filiación jurídica y la biológica. En esta línea, sostiene DÍAZ MARTÍNEZ (*DPC*, 2007, p. 81) que «[quizás haya, al menos, que plantearse [la] operatividad [de la presunción de paternidad matrimonial] en materia de reproducción asistida cuando la técnica utilizada se fundamente en la aportación gratuita de material genético por un tercero –inseminación artificial o fecundación *in*

que la maternidad de la esposa de la gestante no se presume, para inscribir al hijo a su favor se requiere una declaración de voluntad en tal sentido que reúna las suficientes garantías de autenticidad⁴⁴. No obstante, tampoco juega dicha presunción en el caso de parejas de hecho heterosexuales y no por ello se equipara el régimen de determinación de la filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción asistida en tal caso al de los matrimonios entre mujeres, ni mucho menos al de las parejas de hecho integradas por dos mujeres, para las cuales la Ley ni siquiera contempla la posibilidad de determinar la doble maternidad por naturaleza. Por ello, entendemos que lo más adecuado sería, siguiendo lo previsto en el artículo 235-3 CCCat.⁴⁵, la configuración legislativa de la filiación derivada de la utilización de técnicas de reproducción asistida como un tercer tipo a añadir a la filiación por naturaleza y por adopción (art. 108 I CC), con un régimen legal específico y común para todos los supuestos; un régimen en el que la filiación no se determinara por la aplicación de las normas reguladoras de la filiación por naturaleza, inspiradas en el principio de verdad biológica, sino por la voluntad de los progenitores, ya que el elemento volitivo es el decisivo para establecer la filiación cuando se deriva del uso de técnicas de reproducción⁴⁶. Así pues, coincidiendo con Torral Lara, entendemos que debería exigirse el consentimiento del cónyuge o conviviente (cualquiera que sea su sexo) con la usuaria ante el centro autorizado para la aplicación de las técnicas, erigiéndose este consentimiento en un auténtico título de determinación de la filiación y unificándose de esta forma el régimen legal aplicable a todos los matrimonios y parejas con independencia del sexo de sus integrantes. Ésta es la solución más coherente con la equiparación de efectos del matrimonio que contempla el artículo 44 II CC y con la identidad de razón que comparten todos los supuestos⁴⁷.

No podemos finalizar este epígrafe sin incluir una referencia al Derecho catalán, que contempla una avanzada y envidiable regulación de la materia abordada en este trabajo. En un principio, la Dirección General de los Registros y del Notariado exclu-

vitro heteróloga-, dada la disociación aquí existente entre la paternidad legal del marido de la mujer usuaria de las técnicas y el principio de prevalencia de la verdad biológica en materia de filiación en que descansa nuestro sistema desde la reforma de 1981». También, ALVENTOSA DEL RÍO, *Revista boliviana de derecho*, 2014, pp. 392-393.

⁴⁴ QUICIOS MOLINA, II, 2014, pp. 50-51.

⁴⁵ Dice el precepto: «La filiación por naturaleza, con relación a la madre, resulta del nacimiento; con relación al padre y a la madre puede establecerse por el reconocimiento, por el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer, por el expediente registral o por sentencia, y, únicamente con relación al padre, por el matrimonio con la madre».

⁴⁶ En este sentido, ALBA FERRÉ, AC, 2019. Sostiene LAMM (*RBD*, 2012, p. 81) que en la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida asistimos a un proceso de «desbiologización y/o desgenetización», adquiriendo el concepto de filiación unos contornos nuevos que permiten comenzar a hablar de «parentalidad voluntaria» o «voluntad procreacional».

⁴⁷ TORRAL LARA, *DPC*, 2016, p. 330.

yó la aplicación analógica del artículo 97 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia, al reconocimiento de la maternidad por una mujer distinta de la madre gestante. Según el precepto, «[l]os hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la madre se consideran hijos del hombre que la ha consentido previamente en documento público». A juicio del Centro Directivo, aunque en los casos de inseminación con contribución de donante varón el material reproductor procede de un hombre distinto de aquel que consiente la práctica de la técnica de reproducción asistida junto a la usuaria, la paternidad se atribuye mediante un título creado a tal efecto y no basado en la realidad biológica, ficción legal que tan solo se consagra para el supuesto de que el progenitor legal no biológico que consiente la técnica sea el marido o conviviente con la usuaria, y no otra mujer. Sin embargo, dicho cuerpo legal fue derogado por el CCCat., cuyo artículo 235-8 («La fecundación asistida de la mujer casada») establece, en su primer apartado, que «[l]os hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la mujer, practicada con el consentimiento expreso del cónyuge formalizado en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público, son hijos matrimoniales del cónyuge que ha dado el consentimiento». En la misma línea, el artículo 235-13 CCCat. (rubricado «La fecundación asistida de la mujer») dice, en su primer apartado, que «[l]os hijos nacidos de la fecundación asistida de la madre son hijos del hombre o de la mujer que la ha consentido expresamente en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público». Como podemos comprobar, la legislación catalana contempla un régimen jurídico único aplicable a todos los supuestos en que se pretenda determinar la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida, con independencia del carácter matrimonial o *more uxorio* de la relación existente entre la usuaria y su pareja y del sexo de esta última⁴⁸. Asimismo, destaca la interpretación espiritualista que la jurisprudencia

⁴⁸ Este precepto responde al razonamiento contenido en el Preámbulo del CCCat.: «la maternidad derivada del mero consentimiento para la procreación asistida de su esposa o compañera no es una maternidad biológica, por naturaleza, sino una relación jurídica puramente legal. Sin embargo, eso no es ninguna novedad en el ordenamiento jurídico catalán. Se da en la paternidad del hombre, casado o no, que presta el consentimiento para la procreación asistida de su esposa o pareja estable. Por este motivo, se ha creído oportuno no incorporar una nueva categoría jurídica para este tipo de filiación y se ha optado por asimilarla, en cuanto al tratamiento legal, a la paternidad del hombre que consiente la fecundación asistida, dado que en ambas el título de atribución es el consentimiento, y no la relación biológica. Como la posibilidad de que la maternidad de la esposa o compañera que consiente la fecundación asistida de la que será la madre biológica se determine directamente afecta a los medios de determinación de la filiación, ha sido preciso añadir el consentimiento para la procreación asistida a la lista de títulos de atribución de la filiación. A partir de aquí, se ha considerado conveniente extender el

dencia hace del consentimiento a la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida. Como exponente de dicha interpretación podemos citar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal) de 20 de julio de 2017⁴⁹, que resolvió un asunto en el que la actora (ahora recurrida) reclamaba la determinación a su favor de la maternidad no matrimonial de los hijos nacidos de su expareja con fundamento en el artículo 235-13.1 CCCat. El Tribunal analizó si el consentimiento prestado por la actora a las técnicas de reproducción asistida realizadas a su expareja reunía o no los requisitos establecidos en el mencionado precepto. Al tiempo de aplicarse el tratamiento de fertilidad, las litigantes formaban una pareja estable no formalizada y las técnicas de reproducción se iniciaron utilizando un impreso, correspondiente a la fecundación por pareja heterosexual, que no se hizo firmar a la demandante. Sin embargo, el consentimiento de la actora a la realización de las técnicas y a la asunción de la maternidad fue acreditada por otros medios, e incluso reconocido por ambas litigantes ante el Encargado del Registro Civil tras el nacimiento de los niños. El Tribunal declaró que el Derecho catalán se regía por el sistema espiritualista, de suerte que solo excepcionalmente el requisito de forma en los actos y negocios jurídicos tendría carácter constitutivo y condicionaría su validez. Con respecto al consentimiento del artículo 235-13.1 CCCat., el Tribunal admitió que debía ser expreso, previo o simultáneo a la aplicación de las técnicas y formal, pero entendió que tales requisitos se cumplían en el caso de autos, puesto que el precepto no exigía que la documentación del consentimiento también fuera previa o simultánea a las técnicas, siendo suficiente con que se tratase de un consentimiento informado que se fundara en una voluntad correctamente formada y libremente expresada y del que se dejase constancia formal. En el asunto enjuiciado, la actora prestó su consentimiento de manera oral antes o simultáneamente a la implantación de los óvulos a su pareja y asumió la maternidad ante el Encargado del Registro Civil, que dejó constancia documental de ello.

3. EXIGENCIA DE VÍNCULO MATRIMONIAL VIGEN-

régimen de impugnación del reconocimiento, lo que ahorra una aplicación analógica de la legislación sobre técnicas de reproducción humana asistida».

⁴⁹ RJ 2017\6252; Ponente: Ilma. Sra. María Eugenia Alegret Burgues.

TE, SIN SEPARACIÓN LEGAL O DE HECHO

El artículo 7.3 LTRHA 2006 exige, para poder determinar la segunda maternidad legal por naturaleza, que al tiempo de prestarse el consentimiento en él regulado exista vínculo matrimonial vigente, sin separación legal o de hecho, entre la receptora de las técnicas de reproducción asistida y quien el precepto denomina «otra mujer» (aquella a cuyo favor quiere determinarse la segunda maternidad)⁵⁰. Conforme a la redacción original del precepto, que exigía que el consentimiento se otorgara antes de nacer el hijo, era posible que, en el momento del nacimiento, las esposas ya se hallaren divorciadas o separadas; no obstante, aunque así ocurriera, el consentimiento otorgado mantendría su eficacia⁵¹. En caso contrario, esto es, de no existir vínculo matrimonial al otorgarse el consentimiento, el encargado del Registro Civil debería denegar la inscripción de la segunda maternidad por naturaleza, aunque sí existiera matrimonio al nacer el hijo⁵². Conforme a la redacción vigente del artículo 7.3 LTRHA 2006, tales situaciones no son posibles, habida cuenta de que el consentimiento tiene que ser posterior al nacimiento, pero sí podría ocurrir que no existiera vínculo matrimonial al tiempo de nacer el hijo, pero sí al otorgarse el consentimiento, lo que no afectaría a la eficacia de este.

⁵⁰ Postulan FERNÁNDEZ CAMPOS y VERDERA SERVER (2018, p. 41) que la referencia a la separación en esta sede «no deja de ser llamativa por cuanto no hay cohabitación que dé hipotéticamente lugar a la fecundación, a diferencia del matrimonio heterosexual», más aun teniendo en cuenta que «la voluntad relevante no es la de manifestar su conformidad con el sometimiento del cónyuge a las técnicas de reproducción, sino la de consentir “que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”».

⁵¹ QUICIOS MOLINA, 2018, pp. 195-196.

⁵² Distinta conclusión se infiere de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de febrero de 2011 (JUR 2012\74939), dictada en un asunto en el que dos mujeres solicitan, con base en el artículo 7.3 LTRHA 2006, la inscripción de la segunda maternidad por naturaleza a favor de la esposa de la gestante, habiendo contraído matrimonio ambas después del nacimiento del hijo. La Dirección resuelve que «el recurso no puede ser estimado porque no se cumple el presupuesto inicial del apartado 3 del artículo 7 de la ley 14/2006, introducido, como se ha visto, por la Ley 3/2007 de 15 de marzo, es decir, que las promotoras estuvieran casadas con anterioridad al nacimiento del niño». Como podemos comprobar, el Centro Directivo parece admitir la inscripción de la segunda maternidad siempre que exista matrimonio al tiempo del nacimiento, aun cuando se haya producido con posterioridad a la prestación del consentimiento del artículo 7.3 LTRHA 2006. Por su parte, entendiendo DÍAZ MARTÍNEZ, como señalamos anteriormente, que el encargado del Registro Civil no puede negarse a recibir el consentimiento que, *ex artículo 7.3 LTRHA 2006*, otorgue la esposa de la receptora antes de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, y que es en el momento de otorgarse tal consentimiento cuando debe existir el vínculo matrimonial, concluye la autora que «no parece irrelevante, atendiendo a la práctica de los procedimientos de reproducción asistida, tomar en consideración el tiempo transcurrido desde la prestación del consentimiento hasta el nacimiento del hijo, en relación con los modernos procedimientos de crioconservación de preembrios que permiten desarrollar un embarazo años después de la generación de aquéllos» (DÍAZ MARTÍNEZ, *DPC*, 2007, p. 93).

En todo caso, el artículo 7.3 LTRHA 2006, en sus redacciones tanto original como vigente, impide a la conviviente con la usuaria de las técnicas que pueda otorgar un consentimiento válido para la determinación de la segunda maternidad por naturaleza; en otros términos, el precepto impide a la conviviente que pueda inscribir al nacido como su hijo natural⁵³, restándole únicamente la posibilidad de adoptarlo, con la consiguiente necesidad de acudir al correspondiente procedimiento judicial y enfrentar todas las vicisitudes que durante su tramitación puedan producirse (*v. gr.*, la posible ruptura de la pareja en el curso del procedimiento). En puridad, no existe argumento alguno que justifique esta disparidad de régimen, no sirviendo aquel según el cual la determinación de la segunda maternidad en el seno de relaciones *more uxorio* contraviene el interés superior del menor al carecer la pareja de la estabilidad (o propósito de ella) que le proporciona el matrimonio, pues en tal caso no se explica que a las parejas de hecho integradas por un hombre y una mujer sí se les permita que puedan determinar la doble filiación por naturaleza (art. 8.2 LTRHA 2006), cuando carecen también de esa estabilidad⁵⁴.

En este contexto, a nuestro juicio, las relaciones de hecho estables compuestas por dos mujeres son objeto de una evidente discriminación con respecto a las parejas de hecho cuyos miembros son personas de distinto sexo, pues en ambos casos estamos ante uniones *more uxorio* cuya única diferencia radica en la orientación sexual de sus integrantes⁵⁵. Ante ello, voces autorizadas dentro de nuestra doctrina defienden la aplicación analógica del artículo 8.2 LTRHA 2006 a las relaciones *more uxorio* integradas por dos mujeres⁵⁶. Siguiendo esta línea argumental, afirma Díaz Martínez que sería inconstitucional la no aplicación del régimen previsto en el artículo 8.2 LTRHA 2006 a las relaciones estables integradas por dos mujeres una vez admitida la doble maternidad legal en nuestro ordenamiento jurídico⁵⁷. Más allá va Cerdeira Bravo de Mansilla en su argumentación, al postular que resulta más acertado

⁵³ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de enero de 2011 (JUR 2012\64031).

⁵⁴ TORRAL LARA, *DPC*, 2016, p. 325.

⁵⁵ A favor de que esta diferencia de tratamiento jurídico entraña una evidente discriminación de las relaciones estables integradas por dos mujeres se postula un amplio sector de la doctrina. Por todos, DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, *InDret*, 2015, p. 13; LAMM, *RBD*, 2012, p. 85.

⁵⁶ Por todos, JIMÉNEZ MARTÍNEZ, *AC*, 2014. Por el contrario, rechaza BARBER CÁRCAMO (*DPC*, 2014, p. 116) el recurso a la analogía en este caso porque falla la identidad de razón.

⁵⁷ DÍAZ MARTÍNEZ, *DPC*, 2007, pp. 102-103. En el extremo opuesto, defiende BARBER CÁRCAMO que no existe discriminación de las parejas de hecho compuestas por dos mujeres respecto de las heterosexuales, «porque la diferencia objetiva y relevante entre ellas viene dada por la posibilidad de filiación que en estas se da, no presente en las homosexuales». Continúa: «Esta *posibilidad* de relación biológica a partir de la oposición sexual

«fundar la doble maternidad en parejas de hecho lésbicas por aplicación del art. 8.2 LRHA-2006; sin necesidad de acudir a la analogía (art. 4.2 CC), sino por simple extensión (o interpretación expansiva) de tal norma. No se está aplicando dicha norma fuera de la institución que regula (las parejas de hecho, en nuestro caso), lo que sucedería solo tratándose de la analogía, sino dentro de ella, de la misma institución, aunque a un caso particular diverso (al de pareja de hecho lésbica, en nuestro caso, no al de pareja de hecho “hetero”, como contempla *ex laetere* aquel art. 8.2)»⁵⁸.

Por el contrario, no apreciamos discriminación alguna en el distinto tratamiento que reciben las parejas integradas por dos mujeres en atención a la existencia o no de vínculo matrimonial vigente entre ellas, pues el matrimonio y las uniones *more uxorio* no son realidades equivalentes, admitiendo nuestra jurisprudencia que el legislador prevea regímenes jurídicos distintos para uno y otras, siempre que esta disparidad esté justificada y no atente contra el principio de igualdad (art. 14 CE) y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE)⁵⁹. En lo que nos interesa a estos efectos, el artículo 7.3 LTRHA 2006 se aplica en exclusiva a las relaciones de carácter matrimonial, de suerte que, si en el ejercicio de una opción personal dos mujeres deciden no contraer matrimonio, no podrán determinar, con base en dicho precepto, la maternidad por naturaleza de la no gestante, sin que ello resulte discriminatorio⁶⁰.

justifica que el legislador reconduzca los títulos de determinación de la filiación asistida a los habituales, a partir del consentimiento previo del varón a la fecundación heteróloga de la mujer. La imposible relación biológica fértil entre homosexuales (hombres o mujeres) justifica que el legislador excluya tales títulos, que quedan sin base en estos casos» (BARBER CÁRCAMO, *DPC*, 2014, p. 105).

⁵⁸ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, 2011, p. 447.

⁵⁹ Dice el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) en la sentencia de 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005\7148; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta) que «el matrimonio y la unión de hecho no son realidades equivalentes, lo que significa que no puedan atribuirse a las parejas de hecho todos los efectos del matrimonio, mientras el legislador estatal no decida cuáles serán las consecuencias jurídicas de este tipo de uniones». En igual sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional, *inter alia*, en sus sentencias de 15 de noviembre de 1990 (RTC 1990\184; Ponente: D. Jesús Leguina Villa) y 8 de julio de 2014 (RTC 2014\115 (Ponente: D. Juan José González Rivas) y RTC 2014\116 (Ponente: D. Fernando Valdés Dal-Ré)).

⁶⁰ En este sentido, DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, *InDret*, 2015, p. 13; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, 2011, p. 447. Esta problemática no se plantea en el Derecho catalán, donde el párrafo primero del artículo 235-13 CCCat. declara que los hijos nacidos de la fecundación asistida de la madre son hijos del hombre o la mujer que ha consentido la aplicación de dicha técnica en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público. De esta forma, el legislador catalán uniformiza el régimen jurídico aplicable a todos los supuestos en los que se pretenda determinar la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida, con independencia del carácter matrimonial o *more uxorio* de la relación existente entre la usuaria de las técnicas y su pareja y del sexo de esta última.

4. IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE LA DETERMINACIÓN DE LA SEGUNDA MATERNIDAD

Como hemos señalado previamente, el artículo 6.3 LTRHA 2006 exige el consentimiento libre, consciente y formal del marido de la usuaria para la utilización de las técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, dicho consentimiento no constituye el título de determinación de la filiación paterna (que viene establecida por la presunción de paternidad matrimonial del art. 116 CC), sino que funciona como medio para evitar, con base en el artículo 8.1 LTRHA 2006, que la usuaria o su marido puedan impugnar la filiación previamente consentida por falta de coincidencia entre la verdad biológica (inexistencia de vínculo genético entre el marido y el nacido, al tratarse de una fecundación heteróloga) y la realidad jurídica (la paternidad legalmente determinada)⁶¹. Interpretando el precepto *a sensu contrario* deducimos que, si la técnica de reproducción asistida utilizada es heteróloga y no ha sido consentida por el esposo de la usuaria, puede aquel impugnar la filiación establecida a su favor al no estar amparada ni en su voluntad ni en el principio de verdad biológica. Con relación al artículo 8.1 LTRHA 2006 debemos realizar dos observaciones. En primer lugar, entendemos que el consentimiento otorgado por los cónyuges para la utilización de las técnicas de reproducción asistida heterólogas no solo veda la impugnación de la filiación determinada a la usuaria y su esposo (únicos a quienes el precepto menciona), sino también a cualquier otra persona (con inclusión del propio hijo), pues carecería de lógica alguna que se permitiera a alguien distinto de los cónyuges atacar judicialmente por falta de coincidencia biológica una filiación que ha sido debidamente establecida con arreglo a la LTRHA 2006⁶². Como segunda apreciación consideramos que, aun cuando el artículo 8.1 LTRHA 2006 no haga referencia a los supuestos en los que la usuaria y su esposo consienten una fecundación homóloga, tanto la voluntad manifestada ante el centro médico como la coincidencia biológica entre los cónyuges y el hijo impedirían que prosperase la impugnación de la filiación estableci-

⁶¹ De este modo, parafraseando a ÁLVAREZ SARABIA (AD, 2015, pp. 4 y 21), el consentimiento en el ámbito de la reproducción asistida cumple la función de blindar los efectos de la determinación extrajudicial de la filiación al impedir su impugnación. Así, aunque tal consentimiento no constituya un título de determinación de la filiación, influye notablemente en esta al convertirla en una «filiación privilegiada inimpugnable por los cónyuges».

⁶² En esta línea, rechaza FARNÓS AMORÓS (ADC, 2015, p. 17, nota al pie n.º 34) la legitimación del hijo para el ejercicio de la acción de impugnación, dado que la solución opuesta resultaría incoherente con el principio de determinación de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida por la voluntad. *Vid.* también, DÍAZ MARTÍNEZ, DPC, 2007, pp. 90-91.

da. Ésta es la solución adoptada por el legislador catalán en el párrafo segundo del artículo 235-28 CCCat.⁶³

El artículo 8.1 LTRHA 2006 tiene su equivalente en el Derecho catalán, concretamente en el artículo 235-8.2 CCCat. No obstante, el ámbito de aplicación objetivo de este último es más extenso, pues establece un régimen jurídico único aplicable a todas las hipótesis de impugnación de la filiación derivada de la fecundación asistida de la madre, con independencia del carácter matrimonial o *more uxorio* de la relación existente entre la usuaria de las técnicas y su pareja y del sexo de esta última. Por el contrario, el artículo 8.1 LTRHA 2006 restringe su ámbito de aplicación a los casos en que quienes consienten la fecundación heteróloga son la gestante y su marido, conclusión sustentada en los dos argumentos siguientes: de un lado, el precepto no incluye mención alguna a la esposa de la receptora de las técnicas de reproducción asistida como posible prestadora del consentimiento a la fecundación; de otro, el precepto se refiere al consentimiento «a determinada fecundación con contribución de donante o donantes», el cual solo es legalmente exigible a la gestante y su marido (arts. 6.1 y 3, respectivamente, LTRHA 2006), y no a la esposa de aquella, a quien el artículo 7.3 LTRHA 2006 demanda el consentimiento para que se determine a su favor la filiación del hijo de su cónyuge, pero no para la aplicación de la técnica correspondiente. Ahora bien, ¿es posible la aplicación analógica del artículo 8.1 LTRHA 2006 a los casos en los que la esposa de la usuaria haya otorgado el consentimiento regulado en el artículo 7.3 LTRHA 2006? En sentido afirmativo responde Torral Lara, postulando que la analogía se impone desde la entrada en vigor de la Ley 13/2005⁶⁴. Por su parte, defiende Díaz Martínez la aplicación analógica con base en la existencia de identidad de razón entre los dos supuestos,

«pues en ambos el elemento volitivo que sirve para la atribución de una paternidad o maternidad puramente formal, aunque también afectiva y educacional, si bien no biológica, debe entenderse, en términos generales, salvo los matices que después se expondrán, como irrevocable»⁶⁵.

⁶³ Dice el precepto: «Si la filiación se deriva de la fecundación asistida de la madre, la acción de impugnación no puede prosperar si la persona cuya paternidad o maternidad se impugna consintió la fecundación de acuerdo con los artículos 235-8 o 235-13, y tampoco, en ningún caso, si es progenitor biológico del hijo».

⁶⁴ TORRAL LARA, *DPC*, 2016, pp. 330-331. En igual sentido, FARNÓS AMORÓS, *ADC*, 2015, pp. 16-17.

⁶⁵ DÍAZ MARTÍNEZ, *DPC*, 2007, p. 88. También, TAMAYO HAYA, 2015, p. 75.

Esta postura no la contradice la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 4ª) de 5 de diciembre de 2012⁶⁶, en la que el Tribunal, tras reconocer la ausencia de regulación legal al respecto y la inexistencia de precedentes jurisprudenciales directamente aplicables, admitió la impugnación de la segunda maternidad al no cumplir el consentimiento determinante de la filiación los requisitos formales legalmente establecidos, razón por la que devino ineficaz. Con relación a esta sentencia se pronuncia Torral Lara, quien se postula a favor de la necesidad de contemplar legalmente «que ni la usuaria de las técnicas, ni la mujer respecto de la que se determina la segunda maternidad puedan posteriormente impugnarla, siempre que haya sido libremente consentida», entendiéndose inadmisibles, por contrariar el principio de estabilidad del estado civil de la filiación y del interés superior del menor, la invocación de la existencia de vicios formales en la prestación del consentimiento del artículo 7.3 LTRHA 2006 con posterioridad a la determinación de la segunda maternidad⁶⁷. A nuestro parecer, sin embargo, aun en la hipótesis de que el legislador previera expresamente la imposibilidad de impugnar el consentimiento prestado para la determinación de la segunda maternidad, asuntos como el enjuiciado por la Audiencia seguirían siendo problemáticos, ya que la prohibición de impugnar desplegaría sus efectos indudablemente cuando el consentimiento otorgado por la esposa de la receptora de las técnicas de reproducción asistida se ajustase a los requisitos del artículo 7.3 LTRHA 2006, pero no deviene así de evidente que la consecuencia fuera esa misma cuando el consentimiento resultase ineficaz por incumplimiento de las exigencias formales establecidas en el mencionado precepto.

Situación distinta se produciría cuando el consentimiento otorgado por la esposa de la gestante estuviera viciado, lo que ocurri-

⁶⁶ AC 2013\76; Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Aguiló Monjo. Días después del nacimiento de don Agapito, concebido mediante inseminación artificial con semen de donante, la gestante, doña Emilia, contrajo matrimonio con doña Mónica, procediendo ambas el mismo día del enlace a inscribir en el Registro Civil la doble maternidad respecto del hijo. Posteriormente, doña Emilia interpuso contra doña Mónica una acción de impugnación de la filiación solicitando que se dictara sentencia por la que se declarase que la demandada no era la progenitora de don Agapito. La actora sostenía que la inscripción de la doble maternidad en el Registro se debió a una equivocación o error humano, puesto que la legislación únicamente permitía el reconocimiento de la filiación en el caso de dos mujeres casadas al tiempo del nacimiento. La Audiencia no se cuestionó si era posible la constancia de la doble maternidad en la inscripción de nacimiento del hijo (pues ello lo permitía expresamente el artículo 7.3 LTRHA 2006 para el caso de mujeres casadas), sino que se preguntó sobre los requisitos que debía cumplir el consentimiento prestado por la cónyuge no gestante para tuviera eficacia jurídica y sobre la pertinencia de la acción de impugnación de la filiación por la madre biológica frente a su cónyuge cuando no se hubieran cumplido tales exigencias.

⁶⁷ TORRAL LARA, *DPC*, 2016, pp. 331-332.

ría, por ejemplo, cuando se descubriera, tras determinarse la segunda maternidad, que la concepción del hijo no fue fruto de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, sino de las relaciones sexuales mantenidas por la receptora con un varón, supuesto en el que el consentimiento de su cónyuge estaría viciado por error. En hipótesis como la descrita debe permitirse la impugnación de la filiación con arreglo al artículo 138 CC, que se fundamenta en la existencia de vicios del consentimiento que afecten al reconocimiento y demás actos jurídicos que determinen con arreglo a la Ley una filiación, sea o no matrimonial, sin que deba valorarse la existencia de verdad biológica en la filiación impugnada (*id est*, siendo irrelevante la coincidencia biológica entre el hijo y aquel de los progenitores cuya filiación se impugna)⁶⁸. Por imposición del artículo 141 CC, al que se remite el 138 del mismo cuerpo legal, la acción corresponde interponerla a quien haya otorgado el consentimiento afectado de error, violencia o intimidación, gozando para ello de un plazo de caducidad de un año desde el reconocimiento o desde que cesó el vicio del consentimiento.

Mayor problemática plantea, sin embargo, la legitimación activa del propio hijo para impugnar la segunda maternidad. Esta cuestión sería más pacífica si el legislador hubiera configurado la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida como un tercer tipo de filiación a añadir a la que pueda tener lugar por naturaleza y por adopción (art. 108 I CC). En tal hipótesis, la solución lógica pasaría por prohibir al hijo la impugnación de la filiación cuando la esposa de la usuaria hubiera otorgado el consentimiento que regula el artículo 7.3 LTRHA 2006, habida cuenta de que la segunda maternidad se determina con base exclusivamente en el elemento volitivo (ignorando, por ende, la verdad biológica). Sin embargo, la realidad es que el legislador no ha configurado como un tercer tipo de filiación la derivada de la utilización de dichas técnicas, remitiéndose el artículo 7.1 LTRHA 2006 en materia de filiación de los nacidos de este modo a las Leyes civiles⁶⁹, a salvo de las particularidades establecidas en los tres artículos que le

⁶⁸ En los casos en que se descubra que el hijo ha sido concebido, no por la utilización de las técnicas de reproducción asistida, sino mediante las relaciones sexuales mantenidas por la receptora con un varón, DÍAZ MARTÍNEZ sustenta la posibilidad de impugnar la filiación en la propia literalidad del artículo 8.1 LTRHA 2006 (cuya aplicación analógica a los matrimonios entre mujeres defiende), al prohibir el precepto a la mujer y al marido, cuando hayan otorgado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, que puedan impugnar la filiación del hijo nacido «como consecuencia de tal fecundación» (DÍAZ MARTÍNEZ, *DPC*, 2007, p. 88).

⁶⁹ Esta remisión, que en puridad se hace al régimen de determinación de la filiación por naturaleza (y no de la adoptiva), responde al principio de igualdad (art. 14 CE) y a la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos y la igualdad de estos con independencia de su filiación (art. 39.2 CE).

siguen, preceptos que, lejos de contener un sistema alternativo de determinación de la filiación, aportan soluciones específicas a problemas concretos que no encuentran una respuesta satisfactoria en las reglas tradicionales recogidas en el CC e inspiradas en el principio de verdad biológica, muy alejado del criterio voluntarista que rige la filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción asistida. De esta forma, podría sostenerse que, como consecuencia de la mencionada remisión, la impugnación por el hijo de la segunda maternidad quedaría amparada en el artículo 140 CC, que, al igual que toda la normativa reguladora de la filiación en el CC, se inspira en el principio de verdad biológica, el cual, por definición, se contraviene en los supuestos de doble maternidad, dado que naturalmente no es posible la existencia de dos madres biológicas. Con todo ello, y teniendo en cuenta que al impugnar la filiación no actúa el hijo contra sus propios actos (pues él no prestó consentimiento alguno para que la filiación fuera determinada), podría defenderse su legitimación para impugnar la segunda maternidad *ex* artículo 140 CC⁷⁰. Sin embargo, nosotros nos alineamos con aquel sector doctrinal que postula que la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida se fundamenta en la voluntad de los progenitores, y no en la coincidencia biológica de estos con el nacido, con lo que la impugnación de la segunda maternidad con base en la vulneración del principio de verdad biológica carece aquí de fundamento alguno, incluso cuando la acción sea interpuesta por el propio hijo⁷¹.

Como última cuestión relativa a la impugnación debemos referirnos al principio de incompatibilidad de filiaciones contradictorias, recogido en el artículo 113 II CC en los siguientes términos: «No será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria». Este principio opera en sede de filiación por naturaleza, lo que goza de toda lógica si tenemos en cuenta que el principio de verdad biológica inspira toda su regulación en el CC⁷². De este modo, el ejercicio de una acción de reclamación de filiación debe ir acompañado de la impugnación de aquella contradictoria que, en su caso, se haya podido determinar con anterioridad.

⁷⁰ Vid. BARBER CÁRCAMO, *DPC*, 2014, pp. 123-124; NANCLARES VALLE, *RAC*, 2008, pp. 2263-2264 y 2270.

⁷¹ Por todos, JIMÉNEZ MUÑOZ, 2012, p. 73; QUICIOS MOLINA, 2018, pp. 190-191.

⁷² No ocurre lo mismo en el caso de la filiación adoptiva, que, al no fundarse en la realidad biológica, sino en un procedimiento judicial, no resulta contradictoria con la filiación natural (o adoptiva) que previamente se pudiera haber determinado. Asimismo, como bien postula TORRAL LARA (*DPC*, 2016, pp. 333-334), la regla general es que «la adopción supone la ruptura de los vínculos jurídicos con la familia anterior, de manera que nunca pueden resultar contradictorias».

En puridad, sobre la base de la remisión general que a las Leyes civiles prevé el artículo 7.1 LTRHA 2006 en materia de filiación de los nacidos con técnicas de reproducción asistida, el principio de incompatibilidad de filiaciones contradictorias resultaría de plena aplicación a la doble maternidad y determinaría la posibilidad de impugnar la filiación de la cónyuge de la usuaria por contravenir la determinada a favor de esta última. La jurisprudencia salva este escollo resaltando el papel esencial que la voluntad de los progenitores juega para determinar la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida, siendo el elemento volitivo el que permite la «ficción legal» de legitimar la coexistencia de dos maternidades por naturaleza⁷³. A nuestro entender, sin embargo, la solución pasaría de nuevo por configurar legalmente la filiación derivada de la utilización de técnicas de reproducción asistida como un tercer tipo de filiación distinto e independiente de la filiación por naturaleza y en la que lo decisivo para su determinación no fuese la verdad biológica, sino el elemento volitivo, no pudiendo alegarse, por ende, la contradicción entre las filiaciones maternas determinadas a favor de la usuaria y su esposa *ex* artículo 7.3 LTRHA 2006.

5. SUPUESTO PARTICULAR: INSCRIPCIÓN DE LA SEGUNDA MATERNIDAD POR NATURALEZA DEL NACIDO SIN NECESIDAD DE ACREDITAR EL ORIGEN DE LA GESTACIÓN

Parece lógico pensar que únicamente puede inscribirse la segunda maternidad conforme al artículo 7.3 LTRHA 2006 cuando conste en el expediente que el hijo ha sido concebido mediante alguna de las técnicas de reproducción humana asistida recogidas en el anexo de la citada Ley. De hecho, es ésta la cuestión discutida (y resuelta en el sentido indicado) en la resolución de la Dirección General de los Recursos y del Notariado de 7 de enero de 2009⁷⁴, que desestimó el recurso interpuesto contra la providencia de la jueza Encargada del Registro Civil por el que denegó la inscripción

⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 5 de diciembre de 2013 (RJ 2013\7640; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana). En la misma línea, afirma TAMAYO HAYA (2015, pp. 73-74) que el artículo 7.3 LTRHA 2006 implica la ruptura con la regla clásica consagrada en la expresión latina *mater semper certa est*, de suerte que «madre ya no es solo aquella que da a luz, sino también, habiendo matrimonio, aquella que quiso serlo», lo que comporta que «en caso de reclamación de la maternidad por parte de la madre no biológica, no concurra la contradicción de maternidad a la que se refiere el art. 113.2 del CC y, por consiguiente, que no sea precisa la previa impugnación de la maternidad contradictoria».

⁷⁴ JUR 2010\98662.

de la segunda maternidad por naturaleza de un hijo nacido, según los términos utilizados por las propias promotoras del expediente, siguiendo «un tratamiento de fertilización casero»⁷⁵. Sin embargo, el mismo Centro Directivo llegó a una conclusión radicalmente distinta en su resolución de 8 de febrero de 2017⁷⁶, en la que resuelve que, de la literalidad del artículo 44.5 LRC, que prácticamente reproduce el contenido del artículo 7.3 LTRHA 2006, «cabe colegir que la intención del legislador ha sido facilitar la determinación de la filiación de los hijos nacidos en el marco de un matrimonio formado por dos mujeres, independientemente de que hayan recurrido o no a técnicas de reproducción asistida». Y continúa:

«Todo ello sin perjuicio de las acciones de impugnación de la filiación que pudieran tener lugar en caso de que la gestación no lo hubiera sido como consecuencia de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida contempladas en la LTRHA pues la filiación establecida en ese caso no quedaría amparada por la condición de inimpugnable que contempla el artículo 8 de la citada ley».

En definitiva, con base en esta resolución, los encargados de los Registros Civiles no pueden exigir la presentación de un certifica-

⁷⁵ Entre la doctrina se alzan voces que denuncian la «discriminación económica» que entraña la imposición del recurso a las técnicas de reproducción asistida para que pueda determinarse la segunda maternidad, habida cuenta de que tales técnicas, en muchas ocasiones, no son ofertadas por la Seguridad Social. *Vid.* GÓMEZ PERALS, 2019, p. 164.

⁷⁶ JUR 2018\283287. En este mediático asunto, el juez encargado del Registro Civil, mediante auto de 22 de agosto de 2016, denegó la inscripción de la segunda maternidad solicitada por la promotora del expediente. El juzgador sustentó su decisión en la necesidad de acreditar que la gestación del nacido se derivaba del uso de técnicas de reproducción asistida, entendiendo que el artículo 44.5 LRC «no se puede interpretar desconectado del apartado cuarto, según el cual la filiación, a efectos de la inscripción de nacimiento, se determinará conforme a las leyes civiles (que siguen respondiendo al principio de unidad de la maternidad) y a la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción asistida (que introduce una ficción legal no basada en la realidad biológica pero solo cuando la gestación es consecuencia de técnicas de reproducción asistida), no siendo tampoco aplicables las presunciones del Código Civil [...] en tanto que responden a un esquema normativo distinto». Esta decisión fue recurrida por las esposas ante la Dirección General de los Registros y del Notariado con base en los motivos que siguen: 1) la pareja tenía dos hijos mayores que fueron inscritos como matrimoniales en el año 2009 sin requerirse a tal efecto la presentación de un certificado de reproducción asistida; 2) el artículo 44.5 LRC no exige a efectos de la inscripción de la segunda maternidad el recurso a técnicas de reproducción asistida para la concepción del hijo; 3) el propósito del legislador ha de ser que el artículo 44.5 LRC se aplique con carácter general para determinar la filiación de los hijos nacidos en el seno de un matrimonio compuesto por dos mujeres, pues solo así tiene sentido que el mencionado precepto reproduzca el contenido del artículo 7.3 LTRHA 2006; 4) la solución que establecía el auto recurrido atentaba contra el interés superior del menor, colocándolo en una situación de desprotección respecto de sus dos hermanos mayores, y perjudicaba la estabilidad de la familia; 5) el principio de verdad biológica, que ha evolucionado hacia un concepto más social y afectivo, no tiene carácter absoluto, debiendo prevalecer siempre el interés del menor, y 6) la interpretación de las normas ha de realizarse, en virtud del artículo 3 CC, atendiendo al contexto y a la realidad social en que se deben aplicar, debiendo tomarse en consideración las normas que tras la Ley 13/2005 se han aprobado para dar cabida a los matrimonios del mismo sexo (entre ellas, el art. 7.3 LTRHA 2006).

do de reproducción asistida para inscribir una filiación que, sin embargo, puede ser impugnada *a posteriori* por no existir coincidencia biológica entre la «segunda madre» y el hijo. De esta suerte, la Dirección admite la inscripción de «maternidades claudicantes» en aquellos casos en los que, al no derivar la gestación del uso de técnicas de reproducción asistida, no existe donante anónimo y, por ende, el padre biológico puede reclamar su paternidad e impugnar la segunda maternidad inscrita⁷⁷. ¿Realmente resulta esta situación conforme con el interés superior del menor? Por otra parte, debemos considerar que, si bien es cierto que de la literalidad del artículo 44.5 LRC parece inferirse que es posible su aplicación aun cuando el hijo no se haya gestado mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, no hemos de olvidar que el mencionado precepto prácticamente reproduce el contenido del artículo 7.3 LTRHA 2006 y que el ámbito de aplicación de este último se restringe a los casos en los que el origen de la gestación está en el uso de esas técnicas⁷⁸. Coincidimos con Quicios Molina en que la mención expresa a la reproducción asistida en el artículo 44.5 LRC no resulta necesaria, ya que dicho precepto introduce una regla registral de índole meramente adjetiva, «pues solo presuponiendo una reproducción asistida se regula el título de determinación de la segunda maternidad por el artículo 7.3 LTRHA 2006, este sí de naturaleza sustantiva»⁷⁹. Además, como bien señala el encargado del Registro Civil en el asunto de referencia, los apartados cuarto y quinto del artículo 44 LRC deben interpretarse conjuntamente, estableciendo aquel que la filiación se determinará, a los efectos de la inscripción de nacimiento, de conformidad con lo establecido en

⁷⁷ Esto es precisamente lo que ocurrió en el asunto resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª) de 27 de noviembre de 2017 (JUR 2018\56440; Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Esparza Olcina), en el que el actor y las demandadas firmaron un documento que plasmaba el acuerdo por el que aquel donaba su semen a éstas para la inseminación de una de ellas, con renuncia a cualquier derecho de paternidad que le correspondiese con relación al hijo que pudiera nacer. Como consecuencia de dicha inseminación nació una niña que fue inscrita como hija de ambas codemandadas. No obstante, tras el nacimiento, el actor interpuso una demanda de impugnación de la maternidad establecida a favor de la esposa de la gestante y de reclamación de la paternidad extramatrimonial de la menor. La Audiencia estimó ambas acciones rechazando la aplicación analógica de la LTRHA 2006 al entender que, «más que un supuesto análogo al previsto por la ley, ante lo que nos encontramos es una infracción o soslayamiento de la propia norma, que no debe llevar al mantenimiento de la filiación como inicialmente se reflejó en el Registro Civil sino a la declaración de la paternidad extramatrimonial del actor, al amparo del artículo 133-2 del Código Civil en relación con el artículo 134 del mismo cuerpo legal, con respeto a la verdad biológica, conforme al artículo 39-2 de la Constitución Española». Es decir, al no haberse cumplido las exigencias establecidas en la LTRHA 2006, no pueden las codemandadas ampararse en esta norma para lograr la desestimación de la demanda de reclamación de la paternidad con base en la inimpugnabilidad de la filiación legalmente determinada.

⁷⁸ FERNÁNDEZ CAMPOS y VERDERA SERVER, 2018, p. 41.

⁷⁹ QUICIOS MOLINA, 2018, p. 203.

las leyes civiles y en la LTRHA 2006. En la hipótesis estudiada, no resultan de aplicación las leyes civiles por estar inspiradas en el principio de verdad biológica, sino que debemos recurrir a la LTRHA 2006 y, concretamente, a su artículo 7.3, cuyo ámbito de aplicación sí se restringe a los supuestos en los que la gestación se deriva del empleo de técnicas de reproducción asistida. Con base en este razonamiento, entendemos que la decisión de la Dirección General de no exigir que se acredite que la gestación tiene su origen en el empleo de técnicas de reproducción asistida para que pueda inscribirse la segunda maternidad resulta de todo punto des-
acertada.

6. CONSENTIMIENTO DEL ARTÍCULO 7.3 LTRHA 2006 COMO (¿ÚNICO?) TÍTULO DE DETERMINACIÓN DE LA SEGUNDA MATERNIDAD POR NATURALEZA

Los consentimientos prestados ante el centro autorizado por el cónyuge o conviviente con la usuaria de las técnicas de reproducción asistida a que se refieren los artículos 6.3 y 8.2 LTRHA 2006, respectivamente, no establecen la filiación, sino que, para ello, hemos de acudir a los títulos de determinación previstos en las Leyes civiles (por remisión del art. 7.1 LTRHA 2006) y, concretamente, a la presunción de paternidad del artículo 116 CC, de existir vínculo matrimonial vigente y sin separación legal o de hecho entre la usuaria y el varón que consiente la utilización de la técnica, o, en caso contrario, al expediente del artículo 44.7 LRC.

Distinto es el caso del artículo 7.3 LTRHA 2006, que regula un consentimiento que sí constituye un título autónomo de determinación de la filiación, pues el establecimiento de la segunda maternidad por naturaleza no puede tener lugar a través de ninguno de los títulos previstos en el CC, dado que éste, al inspirarse en el principio de verdad biológica, imposibilita la determinación de una doble paternidad o maternidad por naturaleza⁸⁰. Se trata de un título caracterizado por su origen legal y su condición extrajudicial, formal, voluntaria y unilateral⁸¹.

⁸⁰ La filiación de la cónyuge de la usuaria se determina con arreglo al artículo 7.3 LTRHA 2006 también cuando se recurra al método ROPA, de suerte que el óvulo fecundado proceda, no de la gestante, sino de su esposa. En tal caso, la filiación de la madre gestante viene establecida por el parto, y la de su cónyuge por el consentimiento otorgado *ex* artículo 7.3 LTRHA 2006 (y no por haber donado el ovocito).

⁸¹ Estas dos últimas características están conectadas y se traducen en el hecho de que el título hace depender la determinación de la filiación del simple y único deseo de la no gestante, no pudiendo su cónyuge ni exigirle la prestación del consentimiento del artículo 7.3 LTRHA 2006 (de ahí su carácter voluntario, en el sentido de incoercible) ni

En un principio, es el consentimiento del artículo 7.3 LTRHA 2006 el único título legalmente previsto para determinar la segunda maternidad por naturaleza. No obstante, la jurisprudencia modifica considerablemente el panorama, teniendo una especial relevancia la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 5 de diciembre de 2013⁸². Con relación al artículo 7.3 LTRHA 2006, consideró el Tribunal que «garantiza la igualdad de los matrimonios heterosexuales y homosexuales». Sin embargo, no aclaró el Tribunal, a pesar de ser un dato que entendemos de ingente relevancia, que dicha igualdad puede predicarse únicamente respecto de la posibilidad de inscribir la filiación natural de ambos miembros del matrimonio, pero no en lo atinente a

impugnarlo una vez que ha sido prestado, sin que se le confiera instrumento alguno para enervar la eficacia de una filiación determinada unilateralmente por la no gestante y que a su cónyuge le viene impuesta *ope legis* (FABAR CARNERO, *REDUNED*, 2014, p. 190).

⁸² RJ 2013\7640; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana. Doña Santiago y doña Delia tenían una hija en común, doña Adelaida, nacida en 2005 mediante fecundación *in vitro* de la primera, a cuyo favor se inscribió la filiación en el Registro Civil. El 16 de marzo de 2007, ambas consintieron ante un centro autorizado una nueva fecundación *in vitro* de doña Santiago. La pareja contrajo matrimonio el 3 de agosto de 2007, adoptando doña Delia a doña Adelaida por auto de 25 de abril de 2008. Tras celebrarse el matrimonio, en el mismo año 2007 y como consecuencia de la fecundación *in vitro* llevada a cabo, nacieron doña Rebeca y doña Aurora, que se inscribieron en el Registro Civil solo con filiación materna y apellidos de la gestante, doña Santiago, que inició ante el Registro un expediente de rectificación de error en las inscripciones practicadas al objeto de modificar su estado civil (de soltera a casada) e inscribir la filiación también a favor de su esposa a efectos del ejercicio de la patria potestad y de la atribución de los apellidos a las menores. El expediente concluyó mediante auto de 5 de marzo de 2008, que resolvió la rectificación parcial de los asientos, concretamente, solo del estado civil de la madre. Esta recurrió en apelación ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, que, por auto de 26 de noviembre de 2008, desestimó el recurso. En junio de 2009, el matrimonio rompió su relación sentimental, formulando doña Santiago demanda de divorcio y abandonando doña Delia el domicilio conyugal. Por su parte, esta última ejerció contra aquella una acción de reclamación de la filiación de doña Rebeca y doña Aurora sobre la base de la existencia de posesión de estado. En primera instancia, la demanda corrió suerte estimatoria, con la consiguiente rectificación de la inscripción de nacimiento de las menores practicadas en el Registro con el fin de que se inscribiera también la filiación de la demandante y aparecieran como apellidos los de ambas progenitoras. Doña Santiago recurrió en apelación la sentencia de instancia ante la Audiencia Provincial, que desestimó el recurso al entender que existía prueba bastante de la concurrencia de posesión de estado «de manera ininterrumpida, continuada y pública por tiempo suficiente», aduciendo como hechos que acreditaban la posesión de estado los siguientes: 1) la voluntad conforme de las litigantes de que doña Santiago se sometiera a un segundo procedimiento de fecundación *in vitro*, gozando tal consentimiento «de particular significación porque constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigantes del deseo de ser progenitoras mediante consentimiento expreso, hasta el punto de que en casos como este dicho consentimiento debe ser apreciado aunque la posesión de estado hubiera sido escasa o no suficientemente acreditada como de ordinario se exige»; 3) la demandada actuó contra sus propios actos, puesto que fue ella quien instó ante el Registro Civil el expediente de rectificación de error en las inscripciones practicadas en aras de que corrigiera su estado civil y que se inscribiera la filiación también a favor de su cónyuge, y 4) la demandante ha llevado a cabo diversas actuaciones judiciales con el propósito de mantener el contacto con las menores y, como reconocen varios testigos, durante un año ha compartido su vida con las menores en calidad de madre, hasta que la separación de la pareja produjo también la ruptura de la relación con las niñas. La decisión de la Audiencia fue recurrida en casación por doña Santiago, resolviendo el Tribunal Supremo en sentido desestimatorio.

los requisitos formales que debe cumplir el cónyuge de la usuaria para inscribir a su favor la filiación, pues tales requerimientos se tornan más exigentes cuando el cónyuge es una mujer que pretende inscribir la segunda maternidad por naturaleza del nacido.

Por lo que respecta a la acción de reclamación de la filiación del artículo 131 CC, el Tribunal Supremo legitimó su ejercicio en los supuestos de concepción a través del uso de técnicas de reproducción asistida con fundamento en la remisión que el artículo 7.1 LTRHA 2006 hace a las Leyes civiles en sede de filiación⁸³, si bien reconociendo que, en la práctica, la posesión de estado como causa para otorgar la filiación jurídica queda superada por la prestación del consentimiento para la aplicación de la técnica correspondiente (esto es, por la voluntad de ser progenitores manifestada ante el centro autorizado por los cónyuges), debiendo ser apreciado tal consentimiento incluso cuando la posesión de estado hubiera sido escasa o insuficientemente acreditada. De esta forma, en la sentencia comentada el Tribunal legitimó a la esposa de la gestante (aun cuando no hubiera otorgado el consentimiento del art. 7.3 LTRHA 2006) para reclamar la segunda maternidad del nacido mediante el ejercicio de la acción regulada en el artículo 131 CC, señalando como elemento decisivo para determinar la filiación el consentimiento de las cónyuges ante el centro autorizado para la práctica de las técnicas de reproducción asistida –pese a que tal consentimiento no es legalmente exigido a la esposa de la gestante, a diferencia de al marido (art. 6.3 LTRHA 2006)–, aun cuando no se acredite la existencia de constante posesión de estado⁸⁴. Así pues, la misión de la posesión de estado es integrar y reforzar el consentimiento otor-

⁸³ Rechaza FARNÓS AMORÓS (*ADC*, 2015, pp. 27-28) la aplicación del artículo 131 CC para determinar la segunda maternidad porque, «como anuncia el propio [artículo 7.1 LTRHA 2006] dicha remisión no opera ni respecto de los artículos 8 a 10 LTRHA, que son a los que se refiere expresamente, ni tampoco respecto del artículo 7.3, que contiene otra norma especial en sede de filiación derivada de TRA». A la misma conclusión, si bien con otro razonamiento distinto, llega QUICIOS MOLINA (II, 2014, p. 63): «no me parece correcta la utilización del artículo 7.1 LTRHA, que se remite a las leyes civiles para regular la determinación de la filiación de los hijos nacidos con las técnicas de reproducción asistida, por la STS de 5 de diciembre de 2013 para fundar su decisión, en un supuesto en que la demandante podría haber conseguido que quedase determinada su maternidad de acuerdo con el artículo 7.3 LTRHA. No hay laguna legal y, en cualquier caso, el Código civil no permite que una filiación por naturaleza quede determinada judicialmente si queda acreditado en el proceso que no responde a la verdad biológica; ni aun concurriendo posesión de estado». *Vid.* también, QUICIOS MOLINA, I, *CCJC*; 2018, pp. 216-217.

⁸⁴ Como bien afirma TAMAYO HAYA (2015, pp. 89-90): «el Tribunal Supremo hace una interpretación amplia de la norma para considerar al consentimiento prestado por la pareja para llevar a cabo la fecundación, criterio de atribución de la filiación, al tiempo que la prueba de la posesión de estado refuerza la voluntad así expresada y sirve de medio para su constatación. Otorga, por consiguiente, mayor valor al consentimiento en cuanto expresión de la voluntad de la madre y de su pareja de querer asumir los papeles de progenitoras que a la propia posesión de estado como fundamento de la acción de reclamación de la filiación matrimonial».

gado ante el centro sanitario para la realización de las técnicas de reproducción.

La solución a la que llega el Tribunal puede resultar discutible, pues parece vaciar de contenido el artículo 7.3 LTRHA al ampliar la legitimación de la acción de reclamación de la filiación por posesión de estado del artículo 131 CC a las parejas homosexuales (y, en concreto, a la ex esposa de la usuaria de las técnicas de reproducción asistida), aun cuando, en su concepción tradicional, el propósito perseguido con el ejercicio de esta acción era el establecimiento de una filiación coincidente con la verdad biológica. Esta correspondencia resulta inexistente en el asunto enjuiciado, en el que la actora reclamó la determinación de un vínculo de filiación manifiestamente contrario a las leyes de la naturaleza⁸⁵. No obstante, el Tribunal Supremo justificó su postura al reconocer que, si bien es cierto que cuando se reclama una filiación lo determinante es ver si se cumplen las condiciones legalmente establecidas para su establecimiento, en el caso enjuiciado existían ciertos intereses que merecían protección, a saber, el interés de las hijas y el de la unidad y estabilidad familiar entre las tres hermanas, debiendo preservarse las vinculaciones conseguidas y reconducirse las discrepancias existentes entre las litigantes al ámbito de la ruptura de las relaciones personales. Por nuestra parte, no dudamos de las loables intenciones del Tribunal, que, consciente de las carencias de la LTRHA 2006, pretendió evitar que el incumplimiento de las formalidades establecidas en el artículo 7.3 impidiera la determinación de una filiación coincidente con la voluntad expresada por las progenitoras. Sin embargo, consideramos que es el legislador el que debería haber tomado las riendas de la situación y dar al elemento volitivo la importancia que merece a través de la configuración de la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida como un tipo autónomo de filiación. Pero, ante la inactividad del legislador, fue el Tribunal Supremo el que reaccionó e intentó dar al caso concreto una solución más acorde con la justicia material, aunque más discutible conforme al principio de seguridad jurídica. Así, con fundamento en la protección del interés superior del menor, ignoró el precepto expresamente previsto para determinar la segunda maternidad (el art. 7.3 LTRHA 2006) y, en su lugar,

⁸⁵ DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, *InDret*, 2015, p. 15. Sostiene ÁLVAREZ SARBIA (*AD*, 2015, p. 47, nota al pie n.º 171), con relación a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013, que, «[a] la vista de esta sentencia, vemos cómo la interpretación del Tribunal Supremo responde a la intuición de lo que sería una regulación más acertada de esta materia, más justa e igualitaria entre las parejas homosexuales y heterosexuales pero que se aleja mucho (por no decir totalmente) del texto de la Ley», aproximándose bastante «a una forma de legislación por parte del Tribunal peligrosa e indeseable».

aplicó otro (el art. 131 CC) enraizado en el principio de verdad biológica, que no se respeta cuando se pretende la determinación de un vínculo de filiación abiertamente contrario a las leyes de la naturaleza. Además, si se legitima a la ex esposa de la usuaria de las técnicas de reproducción asistida para que ejercite la acción del artículo 131 CC, el principio de igualdad parece exigir que también se permita la reclamación de la filiación por posesión de estado en los supuestos de copaternidad, en los que, por razón de una infertilidad estructural, no cabe la filiación biológica común.

En todo caso, habida cuenta de que la acción de reclamación de la filiación del artículo del 131 CC se basa en una realidad social preexistente (la posesión de estado), la sentencia firme estimatoria que ponga fin al procedimiento tiene carácter declarativo en lo referente al establecimiento de la filiación, pero constitutivo con respecto a los efectos que de dicha filiación se derivan⁸⁶.

Con relación a la sentencia comentada (y a otra de 15 de enero de 2014, también del Tribunal Supremo, pero referida a un supuesto de determinación de una segunda maternidad no matrimonial⁸⁷),

⁸⁶ Vid. también la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) de 24 de octubre de 2011 (JUR 2012\14522; Ponente: Ilmo. Sr. D. Modesto Valentín Adolfo Fernández del Viso Blanco).

⁸⁷ RJ 2014\1265; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno. Se planteó en este asunto la posibilidad de que doña Eufrasia pudiera determinar judicialmente, por la vía de la posesión de estado, la filiación extramatrimonial del hijo gestado por su expareja (doña María Virtudes, con la que no había contraído matrimonio) y nacido, constante la relación sentimental, mediante fecundación asistida con material genético de donante anónimo. En primera instancia el juzgador consideró viable la pretensión de doña Eufrasia con fundamento en el artículo 7.3 LTRHA 2006 y estimó la demanda con amparo en el artículo 131 CC, al entender acreditada la posesión de estado sobre la base de los siguientes hechos: 1) el apellido de la reclamante se incorporó como nombre del menor; 2) la actora y su ámbito familiar trataron como un hijo al menor, no solo constante la relación de pareja, sino también tras la ruptura, habiendo interpuesto doña Eufrasia las acciones judiciales pertinentes para mantener las relaciones materno-filiales con el menor, y 3) finalmente, se acreditó en el proceso que las convivientes tenían un «proyecto en común» durante su relación. La sentencia de instancia fue recurrida en apelación por doña María Virtudes ante la Audiencia Provincial, que estimó el recurso argumentando, en esencia, estos motivos: 1) la filiación solo puede tener lugar por naturaleza o adopción (art. 108 CC); 2) la acción que se ejercitó no estaba amparada en el artículo 7.3 LTRHA 2006, sino en el 131 CC; 3) la LTRHA 2006 no puede aplicarse retroactivamente al no preverlo la propia Ley; 4) el artículo 7.3 LTRHA 2006 está pensado para parejas casadas estables; 5) los efectos de la mencionada Ley son meramente registrales, y 6) la Audiencia no consideró probada la posesión de estado debido al poco tiempo de estabilidad de la pareja desde el nacimiento del menor (tres años), aun cuando la actora se comportase como madre. Doña Eufrasia recurrió la sentencia de apelación ante el Tribunal Supremo, aduciendo, como único motivo de casación, la infracción del artículo 131 CC en relación con el 7.3 LTRHA 2006. En el asunto enjuiciado, el Tribunal consideró acreditada la posesión de estado argüida por la recurrente con fundamento en los hechos probados en ambas instancias, los cuales eran reveladores del *tractatus* que impulsa la posesión de estado, particularmente en los casos en los que se reclama la filiación no matrimonial, como ocurrió en este caso. Asimismo, sostuvo el Tribunal Supremo que, en el curso de la acción ejercitada, debía ponderarse el interés superior del menor en su doble configuración, a saber, como principio constitucional y como pauta o función de tutela desplegada por el mismo. Sobre esta base, el Tribunal concluyó, en orden a la viabilidad de la acción ejercitada, que ambas facetas del interés superior del menor concurrían positivamente en la relación de familiaridad de este con la actora. Así pues, en suma, el Tribunal permiti-

sostiene Farnós Amorós que, «[a] anunciar la compatibilidad entre la posesión de estado y la normativa especial de la LTRHA (art. 7.3), el TS convierte erróneamente a la posesión de estado en título de atribución de la filiación»⁸⁸. A nuestro parecer, en el asunto de referencia el título de determinación de la filiación es la sentencia firme en la que se declara, constituyendo la posesión de estado una mera situación fáctica que permite al Tribunal presumir la filiación pretendida por la reclamante⁸⁹. En todo caso, coincidimos con De la Fuente Núñez de Castro en que

tío la determinación de la filiación extramatrimonial de la recurrente mediante el ejercicio de la acción regulada en el artículo 131 CC con fundamento en la existencia de constante posesión de estado, no aclarando la sentencia si las esposas habían manifestado su voluntad de ser progenitoras ante el centro médico con carácter previo a la utilización de las técnicas de reproducción asistida. A este pronunciamiento formularon los magistrados don Francisco Marín Castán, don Antonio Salas Carceller y don Ignacio Sancho Gargallo un voto particular en el que concluyeron que el fallo del Tribunal tendría que haber sido desestimatorio con base, en esencia, en los motivos siguientes. Por un lado, la estimación del recurso no podía ampararse en la precitada sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013, en la que se consideró la posesión de estado como una situación fáctica que integraba y reforzaba el consentimiento prestado por las cónyuges para la utilización de las técnicas de reproducción asistida, creando tal voluntad un título de atribución de la filiación a favor de la esposa de la receptora. En este contexto, «lo que primordialmente tuvo en cuenta [...] esta Sala fue que el requisito temporal del consentimiento previo ante el Encargado del Registro Civil no podía prevalecer sobre el hecho indiscutible de la voluntad conjunta, que se mantuvo después de haber contraído matrimonio». Ahora bien, en el voto particular los magistrados declararon que «no cabe invocar la posesión de estado para justificar por sí, al amparo del art. 131 CC [...], una filiación que se determina necesariamente por el consentimiento de la mujer, cumplidos unos determinados requisitos, si por las razones que sean ese consentimiento no se prestó en su día y ahora no es posible hacerlo». En otros términos, «[d]esde el momento en que la determinación de la filiación ex art. 7.3 LTRHA depende del consentimiento de la mujer y, en ningún caso, puede exigírsele ni en ese momento (antes del nacimiento del hijo), ni después, pasado unos años en que de facto hubiera desarrollado las funciones propias de una madre, la posesión de estado no puede contribuir a presumir que existe esta filiación, al margen de que quien pretenda ahora reclamarla sea la mujer». De igual modo, al basarse el título de determinación de la filiación plasmado en el artículo 7.3 LTRHA 2006 en el consentimiento de la esposa de la gestante, «no cabe en ningún momento que se le pueda imponer esta maternidad, de tal forma que no podría prosperar ninguna reclamación de la filiación contra ella, ni siquiera por parte del hijo, aunque se cumplieran el resto de los requisitos legales y durante años se hubiera comportado como madre». Por otro lado, postulan los magistrados que «en atención a los hechos probados, incluido el de las circunstancias traumáticas de la ruptura entre las litigantes y el hecho evidente de que, pese a haber podido contraer matrimonio antes de su ruptura, no lo hicieron, la estimación del recurso de casación de la demandante satisface no el interés superior del menor sino la “aspiración de ser madre” de la demandante». *Vid.* también la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7.ª) de 12 de noviembre de 2019 (JUR 2020\32695; Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Martín del Peso García), que atribuyó la filiación por posesión de estado con base en el artículo 131 CC en un supuesto de unión extramatrimonial integrada por dos mujeres.

⁸⁸ FARNÓS AMORÓS, *ADC*, 2015, p. 27.

⁸⁹ En puridad, conforme al tenor del artículo 113 CC, la posesión de estado no constituye un título de determinación de la filiación (que vienen enumerados en los arts. 115 y 120 CC), sino una situación fáctica que permite al juez presumir la filiación pretendida por la reclamante, siendo el título de determinación de la misma la sentencia firme que la declare. En este sentido, establece el artículo 767.3 LEC que, «[a]unque no haya prueba directa, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo». Abundan en esta línea los magistrados don Francisco Marín Castán, don Antonio Salas Carceller y don Ignacio San-

«ambos pronunciamientos sirven como punto de partida en esta reflexión que llevará a defender la creación jurisprudencial del Derecho gracias a la aplicación de una cláusula general al Derecho de Familia, en concreto, el interés del menor»⁹⁰.

De hecho, es el interés del menor el que fundamenta el interés legítimo que requiere el artículo 131 CC para el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación por posesión de estado, pues el interés legítimo de la actora se proyecta en el beneficio del menor. Así, el interés del menor constituye la cláusula general⁹¹ que permitió al Tribunal Supremo, en las sentencias comentadas, corregir la deficiente regulación que para el ejercicio de las acciones de filiación contempla el CC. Para ello, realizó un juicio de ponderación de todos los intereses concurrentes (el del menor, el de la madre biológica y el de la actora que reclama la filiación) del que resultó la conveniencia de estimar la acción, permitiéndose de este modo la determinación de la segunda maternidad por naturaleza a favor de la demandante, si bien no con base en el artículo 7.3 LTRHA 2006, sino en el 131 CC. El juez realizó el mismo juicio de ponderación que llevaría a cabo si la acción se hubiera ejercitado en el marco de una relación heterosexual, interpretando el Derecho de filiación con arreglo a los principios constitucionales que inspiran la regulación de las acciones de filiación. Así pues, como afirma De la Fuente Núñez de Castro, el juez aplicó el mecanismo corrector en que consiste la cláusula general del interés del menor y, para ello, interpretó de manera flexible el ordenamiento jurídico en su conjunto al objeto de dar respuesta a una situación no cubierta legalmente como es la determinación de la segunda maternidad por naturaleza cuando no se cumplen los presupuestos para la aplicación del artículo 7.3 LTRHA 2006⁹².

Podemos concluir afirmando que, en la actualidad, existen dos títulos para determinar la segunda maternidad por naturaleza, de origen legal uno y jurisprudencial el otro. El primero consiste en el

cho Gargallo en el voto particular formulado a la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014: «la posesión de estado no tiene, propiamente, eficacia acreditativa de la filiación, sino que constituye un medio de prueba de carácter presuntivo o indirecto, en cuanto ofrece una sólida base de hecho para apreciar la existencia de la relación biológica que constituye el objeto de las acciones judiciales de reclamación de la filiación».

⁹⁰ DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, *InDret*, 2015, p. 5.

⁹¹ La formulación genérica del principio del interés superior del menor la contiene el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que, en su primer inciso, señala que «[t]odo 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». Una redacción similar tiene el artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

⁹² DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, *InDret*, 2015, p. 23.

consentimiento prestado por la cónyuge de la usuaria siguiendo las pautas del artículo 7.3 LTRHA 2006. El segundo es la sentencia firme dictada en el proceso iniciado con el ejercicio de la acción del artículo 131 CC, siendo el aspecto decisivo para declarar la filiación pretendida la voluntad manifestada por la madre biológica y la reclamante ante el centro autorizado en orden a la utilización de las técnicas de reproducción asistida, relegándose a un segundo plano la constante posesión de estado, si bien su existencia puede inclinar la balanza en favor de la determinación judicial de la segunda maternidad con base en el interés del menor⁹³.

7. CONCLUSIONES

La primera y más elemental conclusión que podemos extraer del presente trabajo es que la determinación de la segunda maternidad por naturaleza sigue planteando multitud de interrogantes. Así, por ejemplo, existen dudas sobre el momento y la forma en que la esposa de la usuaria de las técnicas debe consentir que se establezca a su favor la filiación del nacido. El artículo 7.3 LTRHA 2006 deja claro que el consentimiento debe otorgarse tras el nacimiento del hijo, pero ¿ha de hacerse dentro de algún plazo? Y, ¿cómo ha de prestarse? Bajo nuestro punto de vista, teniendo en cuenta que el mencionado precepto declara que el consentimiento se ha de otorgar conforme a la legislación del Registro Civil, y haciendo una interpretación sistemática de esta, consideramos que deben respetarse los plazos y mecanismos previstos en la LRC y el RRC para la inscripción de nacimiento. En ningún modo nos parece admisible, por contrariar el interés del menor, el dar libertad absoluta a la no gestante para que consienta la determinación de la segunda maternidad a su favor cuando desee. Sin embargo, pese a su evidente relevancia, ni la LTRHA 2006 ni la legislación del Registro Civil resuelven esta cuestión con carácter definitivo.

La determinación de la segunda maternidad conforme al artículo 7.3 LTRHA 2006 plantea un segundo problema: la evidente e injustificada discriminación que sufre la esposa de la usuaria de las técnicas con respecto al marido y al conviviente varón, quedando aquella sujeta a formalidades más estrictas para el establecimiento de la filiación. Esta discriminación se hace aún más patente cuando quien pretende determinar a su favor la filiación del nacido es la conviviente con la usuaria, pues a ella la LTRHA 2006 no le permi-

⁹³ Vid. JIMÉNEZ MUÑOZ, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 2014, p. 62; FABAR CARNERO, *RDUNED*, 2014, pp. 190-191.

te la determinación de su maternidad ni mediante el consentimiento al empleo de las técnicas ante el centro sanitario, que se reserva al varón, ni a través del consentimiento del artículo 7.3, que exige para su aplicación que entre la receptora de las técnicas y la «otra mujer» exista vínculo matrimonial vigente, sin separación legal o de hecho. ¿Por qué esta disparidad de tratamientos? ¿Porque entre mujeres no opera la presunción del artículo 116 CC? Tampoco se aplica esta presunción a las parejas *more uxorio* de mujer y varón y, sin embargo, al conviviente con la usuaria le resulta más fácil que a su esposa la determinación de la filiación respecto del nacido mediante el uso de las técnicas de reproducción asistida. ¿Por qué? No encontramos explicación lógica alguna y, por ello, consideramos que la solución óptima es aquella a la que llega el legislador catalán al contemplar un régimen único aplicable a todos los casos en los que se pretenda determinar la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida, con independencia del carácter matrimonial o *more uxorio* de la relación existente entre la usuaria y su pareja y del sexo de esta última.

Plantea dudas también la posible impugnación de la segunda maternidad por el propio hijo, porque, si bien la lógica nos conduce a excluir tal posibilidad al tratarse de una filiación legalmente determinada, el artículo 140 CC (aplicable en virtud de la remisión contenida en el artículo 7.1 LTRHA 2006) parece admitirla, ya que la segunda maternidad no responde a la verdad biológica, principio inspirador de toda la regulación que el CC contempla de la filiación por naturaleza (incluyendo, por supuesto, el art. 140).

De igual modo, sobre la base de la remisión general a las Leyes civiles que contempla el artículo 7.1 LTRHA 2006, el principio de incompatibilidad de filiaciones contradictorias del artículo 113 II CC resultaría aplicable a la doble maternidad y determinaría la posibilidad de impugnar la filiación de la esposa de la receptora de las técnicas por contravenir la establecida a favor de esta última.

Por último, resulta destacable la legitimación que el Tribunal Supremo reconoce a la ex esposa de la usuaria de las técnicas para ejercitar la acción de reclamación de filiación por posesión de estado del artículo 131 CC. En otros términos, el Tribunal, anteponiendo la protección del interés superior del menor al cumplimiento de la legalidad vigente, permite a la ex esposa de la receptora que determine a su favor la filiación del nacido mediante el uso de técnicas de reproducción asistida pese a no haber otorgado el consentimiento del artículo 7.3 LTRHA 2006, concediendo una relevancia capital a tales efectos al consentimiento otorgado por las cónyuges ante el centro autorizado para la prác-

tica de las técnicas, aun cuando no resulte acreditada la existencia de constante posesión de estado. Bajo nuestro punto de vista, esta solución redunda en perjuicio de la seguridad jurídica, puesto que permite la determinación de la segunda maternidad, no con fundamento en el precepto expresamente previsto para ello (art. 7.3 LTRHA 2006), sino en otro (art. 131 CC) inspirado en el principio de verdad biológica, que por definición no se respeta en los supuestos de comaternidad.

Como podemos comprobar, la inmensa mayoría de los problemas que plantea la determinación de la segunda maternidad derivan del hecho de que la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida no se configura en nuestro ordenamiento jurídico como un tipo autónomo de filiación y de la consiguiente remisión general que a las Leyes civiles contempla el artículo 7.1 LTRHA 2006. Esta situación provoca que, en materia de filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida, quedando a salvo las particularidades establecidas en los artículos 8, 9 y 10 LTRHA 2006, se apliquen las normas que en el CC regulan la filiación por naturaleza, lo que genera distorsiones, contradicciones e incoherencias ante el distinto fundamento de uno y otro tipo de filiación: el elemento volitivo en el primer caso, y la verdad biológica en el segundo. Es en el caso de la doble maternidad donde de manera más obvia se evidencia esta deformación, pues resulta absolutamente artificial su encaje en la filiación por naturaleza debido a que por definición no va a existir coincidencia biológica entre (al menos) una de las progenitoras y el nacido. Ante esta situación, entendemos que la conclusión más palpable que se extrae de nuestro trabajo es la necesidad de configurar *de lege ferenda* la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida como un tercer tipo de filiación con un régimen jurídico propio cuyos fundamentos sean tanto el interés superior del menor como el elemento volitivo, es decir, la mera voluntad de los progenitores de crear un proyecto de vida común.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBA FERRÉ, Esther: «El valor del consentimiento en la determinación de la filiación en la reproducción asistida», *AC*, n.º 7-8, 2019, ed. digital.
- ÁLVAREZ SARABIA, Marina: «Alcance y significado de las técnicas de reproducción humana asistida», *AD*, vol. 33, 2015, n.º 1, pp. 1-68.
- ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina: «Doble maternidad. Reclamación de filiación matrimonial por posesión de estado. Maternidad biológica y maternidad por ficción legal: concurrencia y simultaneidad. Comentario a la STS 740/2013,

- de 5 de diciembre (RJ 2013, 7566)», *Revista boliviana de derecho*, n.º 18, 2014, pp. 378-399.
- ANDREU MARTÍNEZ, María Belén, «La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la resolución de la DGRN de 8 de febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido?», *InDret*, n.º 2, 2018, pp. 1-35.
- «Auto-inseminación, doble maternidad y autonomía de la voluntad en la determinación de la filiación: a propósito de la SAP Valencia de 27 de noviembre de 2017», en *Mujer, Maternidad y Derecho*, García Rubio, María Paz (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 379-397.
- ARECHEDERRA, Luis Ignacio: «Nadie tiene dos madres, aunque lo diga la ley», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel*, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis (Coords.), vol. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 371-386.
- «Realidad, ilusión y delirio en el derecho de filiación. Las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013 y 15 de enero de 2014», Dykinson, Madrid, 2017.
- BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles: «Nuevos retos ante el Derecho español de filiación», *RDP*, julio-agosto 2009, pp. 3-47.
- «Reproducción asistida y determinación de la filiación», *REDUR*, n.º 8, 2010, pp. 25-37.
- «Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales», *DPC*, n.º 28, 2014, pp. 93-136.
- BENAVENTE MOREDA, Pilar: «La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual», *ADC*, tomo LXIV, 2011, fasc. 1, pp. 75-124.
- «Los errores de legislar en paralelo: la problemática aplicación de las reglas sobre filiación (determinación, acciones de reclamación e impugnación) en la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción humana asistida (mistakes of learning)», *Otañi Socio-Legal Series*, vol. 7, n.º 1, 2017, pp. 1-36.
- «Registro y filiación en parejas LGTB», en *La protección de los derechos fundamentales de personas LGTBI*, Matia Portilla, Francisco Javier et. al (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, ed. digital, pp. 313-382.
- CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen: «La llamada doble maternidad “por naturaleza”: la prevalencia de la voluntad de ser progenitoras», *La Ley*, año XXXV, 30.1.2014, n.º 8240.
- CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: «La inscripción de la doble maternidad matrimonial», *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*, n.º 64, 2017 pp. 17-42.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «La “comaternidad”: matrimonio entre mujeres y filiación», en *El levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho Privado*, García Rubio, María Paz y Valpuesta Fernández, María del Rosario (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, ed. digital, pp. 423-450.
- DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, María Soledad: «Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal. A propósito de las SSTs de 5.12.2013 y 15.1.2014», *InDret*, n.º 1, 2015, pp. 1-35.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: «La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida», *DPC*, n.º 21, 2007, pp. 75-129.
- «Acción de reclamación de filiación ejercitada por la mujer que no fue la madre gestante: nuevo paso en la doble maternidad derivada de reproducción asistida», *ACM*, vol. 1, 2014, n.º 10, ed. digital.

- DÍEZ SOTO, Carlos Manuel: «Artículo 6. Usuarios de las técnicas. Comentario jurídico», en *Comentarios científico-jurídicos. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, Lledó Yagüe, Francisco (Dir. jurídico), Dykinson, Madrid, 2007, ed. digital, pp. 104-110.
- FABAR CARNERO, Alberto: «El consentimiento para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y la doble maternidad legal. Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo 740/2013, de 5 de diciembre de 2013», *RDUNED*, n.º 15, 2014, pp. 173-201.
- FARNÓS AMORÓS, Esther: *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011, ed. digital.
- «La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología», *ADC*, tomo LXVIII, 2015, fasc. I, pp. 5-61.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio y VERDERA SERVER, Rafael: «Retos actuales de la determinación extrajudicial de la filiación», en *Retos actuales de la filiación*, Barber Cárcamo, Roncesvalles *et al.* (Coords.), Tecnos, Madrid, 2018, pp. 15-68.
- FORCADA RUBIO, Amaia: *La autoinseminación: decisiones reproductivas privadas y formación de relaciones familiares*, tesis doctoral dirigida por Ferrer Riba, Josep y Farnós Amorós, Esther, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2019.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª del Carmen y SOLÉ RESINA, Judith: *Filiación y potestad parental*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- GÓMEZ PERALS, Miguel: «Doble maternidad legal en parejas homosexuales femeninas», en *Mujer, Maternidad y Derecho*, García Rubio, María Paz (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, ed. digital, pp. 161-171.
- GOÑI HUARTE, Elena: «La doble maternidad en mujeres no casadas: situación en España y referencia al derecho comparado», *AC*, n.º 5, 2016, pp. 74-80.
- JIMÉNEZ MARTÍNEZ, María Victoria: «Los problemas planteados por la filiación del nacido en los casos de parejas del mismo sexo», *AC*, n.º 7-8, 2014, ed. digital.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier: *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Reus, Madrid, 2012, ed. digital.
- «La atribución de la filiación de los hijos a la esposa o compañera de la madre en las parejas de lesbianas», *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, n.º 6, 2014, pp. 51-63.
- LAMM, Eleonora: «La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida», *RBD*, n.º 24, 2012, pp. 76-91.
- NANCLARES VALLE, Javier: «Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza», *RAC*, tomo XVII, 2008, vol. I, pp. 2243-2270.
- PANIZA FULLANA, Antonia: «Doble maternidad de hecho y su problemática», *ACM*, n.º 7, 2011, pp. 35-45.
- «Impugnación de la filiación extramatrimonial por la madre biológica contra la madre no gestante», *ACM*, vol. 2, 2013, n.º 4, ed. digital.
- QUICIOS MOLINA, María Susana (I): «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013. ¿Cómo puede determinarse la maternidad de la esposa de la mujer que ha dado a luz un hijo concebido utilizando alguna técnica de reproducción asistida?», *CCJC*, n.º 95, 2014, ed. digital.
- (II): *Determinación e impugnación de la filiación*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

- «Determinación de una segunda maternidad no adoptiva: estado de la cuestión», en *Retos actuales de la filiación*, Barber Cárcamo, Roncesvalles *et al.* (Coords.), Tecnos, Madrid, 2018, pp. 185-227.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «Los reconocimientos de complacencia (Con ocasión de unas sentencias recientes)», *ADC*, tomo LVIII, 2005, fasc. 3, pp. 1049-1114.
- TAMAYO HAYA, Silvia: «Doble maternidad legal y novedades jurisprudenciales en la determinación de la filiación», en *La maternidad y la paternidad en el siglo XXI*, Tamayo Haya, Silvia (Dir.), Comares, Granada, 2015, pp. 59-108.
- TOMÁS MARTÍNEZ, Gema: «El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro», *AC*, n.º 7, 2010, ed. digital.
- TORRAL LARA, Estrella: «Las últimas reformas en materia de determinación extrajudicial de la filiación: las importantes omisiones del legislador y sus consecuencias», *DPC*, n.º 30, 2016, pp. 289-336.
- VERDERA IZQUIERDO, Beatriz: «La ley de reproducción asistida y el matrimonio homosexual. La doble maternidad», en *El principio de igualdad ante el derecho privado: una visión multidisciplinar*, Verdera Izquierdo, Beatriz (Dir.), Dykinson, Madrid, 2013.
- VERDERA SERVER, Rafael: *La reforma de la filiación: su nuevo régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, ed. digital.
- ZURITA MARTÍN, Isabel: «Reflexiones en torno a la determinación de la filiación derivada de la utilización de las técnicas de reproducción asistida por una pareja de mujeres», *La Ley*, año XXVII, 22.2.2006, n.º 6427, pp. 1-6.
- «La doble filiación materna: de la imposibilidad a la presunción de maternidad», *RCDI*, año 94, n.º 770, 2018, pp. 3071-3116.

ANEXO DE JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Tribunal y Fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1. ^a , 24.10.2011	JUR 2012\14522	Ilmo. Sr. D. Modesto Valentín Adolfo Fernández del Viso Blanco	Dña. Cándida v. Dña. Maribel
Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 4. ^a , 5.12.2012	AC 2013\76	Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Aguiló Monjo	Dña. Emilia v. Dña. Mónica
Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10. ^a , 27.11.2017	JUR 2018\56440	Ilmo. Sr. D. Carlos Esparza Olcina	D. Gerónimo v. Dña. Sonsoles
Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7. ^a , 12.11.2019	JUR 2020\32695	Ilmo. Sr. D. Rafael Martín del Peso García	Dña. Raimunda v. Dña. Rebeca
Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1. ^a , 20.7.2017	RJ 2017\6252	Ilma. Sra. María Eugenia Alegret Burgues	Dña. Noelia v. Dña. Zaira
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1. ^a , 12.9.2005	RJ 2005\7148	Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	D. Mauricio v. Dña. Mari Trini y Ministerio Fiscal
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 5.12.2013	RJ 2013\7640	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Santiago v. Dña. Delia

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Pleno, 15.1.2014	RJ 2014\1265	Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno	Dña. Eufrasia v. Dña. María Virtudes
Tribunal Constitucional, Pleno, 15.11.1990	RTC 1990\184	D. Jesús Leguina Villa	Magistratura de Trabajo n.º 1 de Álava vs. Fiscalía General del Estado y Administración General del Estado
Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 8.7.2014	RTC 2014\115	D. Juan José González Rivas	D.J.M.G.C.R. v. INSS
Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 8.7.2014	RTC 2014\116	D. Fernando Valdés Dal-Ré	D.M.B.V. v. Seguridad Social y INSS

Dirección General de los Registros y del Notariado y Fecha	Ref.
Dirección General de los Registros y del Notariado, 5.6.2006	JUR 2007\130356
Dirección General de los Registros y del Notariado, 22.5.2008	JUR 2009\389849
Dirección General de los Registros y del Notariado, 14.10.2008	JUR 2009\443280
Dirección General de los Registros y del Notariado, 7.1.2009	JUR 2010\98662
Dirección General de los Registros y del Notariado, 12.1.2011	JUR 2012\64031
Dirección General de los Registros y del Notariado, 28.2.2011	JUR 2012\74939
Dirección General de los Registros y del Notariado, 8.2.2017	JUR 2018\283287

Discapacidad intelectual y redes sociales: el difícil equilibrio entre accesibilidad y protección*

JAVIER MARTÍNEZ CALVO

Profesor ayudante doctor de Derecho civil (Acreditado profesor contratado doctor)
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

Las redes sociales pueden proporcionar importantes beneficios a las personas que padecen una discapacidad intelectual, pero también comportan ciertos riesgos. Ello exige buscar un equilibrio entre la accesibilidad a las redes sociales y la salvaguarda de los derechos de las personas con discapacidad. La nueva configuración de la discapacidad que ha introducido 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 prevé que la protección de estas personas se lleve a cabo mediante el establecimiento de una serie de apoyos que se ajusten a sus necesidades específicas; y, en el caso de su actividad en redes sociales, los apoyos habrán de adaptarse también a las peculiaridades que presenta el entorno virtual, de modo que pueda brindarse a las personas con discapacidad intelectual una protección adecuada tanto en la utilización regular de las redes sociales como en la emisión del consentimiento para autorizar el tratamiento de sus datos personales o determinadas intromisiones en sus derechos de la personalidad por parte de terceros.

PALABRAS CLAVE

Discapacidad. Accesibilidad. Redes sociales. Protección. Apoyos.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón «Ius Familiae», IP. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz; y del Proyecto de Investigación MINECO: PID2019-105489RB-I00 «Vulnerabilidad patrimonial y personal: retos jurídicos», IIPP. M.^a Victoria Mayor del Hoyo / Sofía De Salas Murillo.

Intellectual disability and social networks: the difficult balance between accessibility and protection

ABSTRACT

Social networks can provide important advantages for people with intellectual disability, but they also carry some risks. This requires a balance between accessibility to social networks and safeguarding the rights of persons with disabilities. The new configuration of disability intended to be introduced by Law 8/2021 of 2 June, which reforms civil and procedural legislation to support persons with disabilities in the exercise of their legal capacity foresees that the protection of these persons is carried out through the establishment of a series of supports that are adjusted to their specific needs; and, in the case of their activity on social networks, the supports will also have to be adapted to the peculiarities of the virtual environment, so that persons with intellectual disability can be provided with adequate protection both in the regular use of social networks and in the issue of consent to allow the processing of their personal data or certain intrusions into their personality rights by third parties.

KEYWORDS

Disability. Accessibility. Social networks. Protection. Supports.

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Accesibilidad de las personas con discapacidad intelectual a las redes sociales.*—III. *Los peligros de las redes sociales para las personas con discapacidad intelectual.*—IV. *Mecanismos para la protección de las personas con discapacidad intelectual en el ámbito de las redes sociales.* 1. Breve referencia al nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad diseñado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. 2. El ejercicio de los apoyos en el ámbito de las redes sociales. A) Persona encargada de prestar los apoyos. B) Modo en el que han de prestarse los apoyos. a) Emisión del consentimiento en el ámbito de las redes sociales. i) Aceptación de los términos y condiciones de uso y de la política de privacidad. ii) Autorización de intromisiones por parte de terceros en los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. b) Utilización ordinaria de las redes sociales. i) Regla general. ii) Intensificación de los apoyos en situaciones de peligro. iii) Límites en el ejercicio de los apoyos. C) Prescendencia de los apoyos por parte de la persona con discapacidad como principal problema para su protección en el ámbito de las redes sociales.—V. *A modo de conclusión.*—*Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 14 de julio de 2021 el Gobierno presentó la denominada «Carta de Derechos Digitales»², cuyo principal objetivo es reconocer los retos que plantea la adaptación de los derechos actuales al entorno virtual y proponer un marco de referencia para contribuir a su protección. A tal fin, recoge un conjunto de principios y derechos para guiar futuros proyectos normativos y el desarrollo de las políticas públicas de forma que se garantice la protección de los derechos individuales y colectivos en los nuevos escenarios digitales.

Entre dichos principios, se incluye el compromiso de combatir la brecha digital por razón de discapacidad (punto IX.2) y de garantizar la accesibilidad de los entornos digitales a las personas con discapacidad, tanto desde el punto de vista del diseño tecnológico como respecto de sus contenidos, asegurando que la información relativa a las condiciones legales de los servicios sea accesible y comprensible para ellas (punto XI.1); así como su derecho a la educación digital (punto XVII.3.b)).

En las siguientes líneas me voy a centrar en la accesibilidad al entorno digital de las personas con discapacidad intelectual como presupuesto de su derecho de acceso a los servicios de Internet, pues cuanto más accesible resultan estos más se potencia el derecho de acceso de la persona. Igualmente, me detendré en los potenciales riesgos que pueden derivarse de dicho derecho de acceso para sus derechos de la personalidad. Y es que, aun cuando el acceso a Internet puede ofrecerles innumerables beneficios (aprendizaje, interacción social, acceso a información, etc.), la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran hace que también deban enfrentarse a muchos peligros.

Y la presencia de dichos peligros exige que se adopten mecanismos que garanticen la salvaguarda de sus derechos cuando acceden al entorno virtual. Al respecto, el Título XI del Libro I del Código Civil –en adelante: Cc.–(arts. 249 y ss.), en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica –en adelante: Ley 8/2021– (cuyo objeto ha sido adaptar nuestro ordenamiento a lo dispuesto en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York en el año 2006 y ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 –en adelante:

² Disponible en: https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf, (fecha de última consulta: 16/07/2021).

Convención de Nueva York de 2006–), recoge una serie de medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica, que se ejercen a través de las figuras de la curatela, la guarda de hecho y el defensor judicial. Pero, como veremos, el principal problema consiste en determinar cómo se van a prestar dichos apoyos en el entorno virtual.

A ello dedicaré buena parte de este trabajo, en el que comenzaré refiriéndome al principio de accesibilidad de las personas con discapacidad intelectual a los servicios de redes sociales y a los principales peligros ante los que se pueden encontrar, centrándome en los relativos a la posible vulneración de sus derechos de la personalidad. Posteriormente haré una breve mención al nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad diseñado por la Ley 8/2021 y, acto seguido, pasaré a analizar su aplicación concreta en el ámbito de Internet, abordando diferentes aspectos, como quién ha de ser la persona encargada de prestar los apoyos, el modo en el que estos han de prestarse o la posibilidad de que la persona con discapacidad intelectual decida prescindir de los mismos. Además, al referirme al modo en el que se han de prestar los apoyos, abordaré dos cuestiones por separado: por un lado, las vicisitudes que se plantean en la emisión del consentimiento, tanto para la aceptación de los términos y condiciones de utilización y de la política de privacidad de estos servicios como para la eventual autorización de intromisiones por parte de terceros en los derechos de la personalidad de la persona con discapacidad intelectual; y, por otro lado, la utilización ordinaria de las redes sociales, incidiendo en tres aspectos: la forma habitual en la que han de prestarse los apoyos, la posible intensificación de los mismos ante situaciones de peligro objetivo y los límites a los que habrá de quedar sujeta en todo caso la actuación de la persona a la que corresponda el ejercicio de los apoyos.

II. ACCESIBILIDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL A LAS REDES SOCIALES

El enorme desarrollo tecnológico experimentado en las últimas décadas nos ha traído importantes ventajas al conjunto de la sociedad, proporcionándonos mayores posibilidades de ocio, comunicación y formación. En el caso de las redes sociales, permiten a las personas estar en contacto permanente con otros usuarios con intereses comunes, interactuando con ellos y compartiendo todo tipo de información. En este sentido, el denominado Grupo de Trabajo

del Artículo 29³, en su Dictamen 5/2009 de 12 de junio, sobre redes sociales en línea (WP 163)⁴, define las redes sociales como «plataformas de comunicación en línea que permiten a los individuos crear redes de usuarios que comparten intereses comunes»; y, a continuación, recoge sus principales características: «los usuarios deben proporcionar datos personales para generar su descripción o perfil, proporcionan también herramientas que permiten a los usuarios poner su propio contenido en línea (contenido generado por el usuario como fotografías, crónicas o comentarios, música, vídeos o enlaces hacia otros sitios) y funcionan gracias a la utilización de herramientas que proporcionan una lista de contactos para cada usuario, con las que los usuarios pueden interactuar». En términos parecidos, el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación nos proporciona el siguiente concepto de redes sociales en su «Estudio sobre la privacidad de los datos y la seguridad de la información en las redes sociales *online*» del año 2009⁵: «servicios prestados a través de Internet que permiten a los usuarios generar un perfil público, en el que plasmar datos personales e información de uno mismo, disponiendo de herramientas que permiten interactuar con el resto de usuarios afines o no al perfil publicado».

En el mercado existen diferentes tipos de redes sociales, cada una con sus propias funcionalidades (para entablar relaciones, ya sea de amistad o incluso amorosas, promoción profesional, etc.). Cabe citar algunas de las que más importancia tienen en la actualidad, como Facebook, Twitter, YouTube, Instagram, Google+, Tuenti, Myspace,

³ El Grupo de Trabajo del Artículo 29 constituía un órgano consultivo independiente integrado por las Autoridades de Protección de Datos de todos los Estados Miembros y debía su nombre a que fue creado por el artículo 29 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Recientemente ha sido sustituido por el Comité Europeo de Protección de Datos (artículo 68 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).

⁴ Disponible en: <https://studylib.es/doc/3549090/dictamen-5-2009-sobre-las-redes-sociales> (fecha de última consulta: 03/02/2021).

⁵ Disponible en: <https://www.uv.es/limprot/boletin9/inteco.pdf> (fecha de última consulta: 03/02/2021). *Vid.* también, en el mismo sentido, la definición de redes sociales ofrecida por Boyd y Ellison: «servicios dentro de las webs que permiten al usuario 1) construir un perfil público o semipúblico dentro de un sistema limitado, 2) articular una lista de otros usuarios con los que comparte una conexión y 3) visualizar y rastrear su lista de contactos y las elaboradas por otros usuarios dentro del sistema» (BOYD y ELLISON, *Journal of Computer-Mediated Communication*, 2007, p. 2; disponible en: <https://www.danah.org/papers/JCMCIntro.pdf> –fecha de última consulta: 03/02/2021–). Traducción tomada del Estudio sobre «Las Redes Sociales en Internet» elaborado en el año 2011 por el Observatorio Nacional de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información (disponible en: http://www.ontsi.red.es/ontsi/sites/ontsi/files/redes_sociales-documento_0.pdf –fecha de última consulta: 03/02/2021–).

Badoo, Hi5, Netlog, Tinder, LinkedIn, Meetic, Meneame, Fotolog, Xing, Bebo, etc.; aunque existen muchas otras y a buen seguro que en los tiempos venideros irán apareciendo más.

Cuando se trata de personas con discapacidad intelectual las ventajas ligadas al uso de las redes sociales se multiplican, pues les permiten acceder a un mundo virtual que les puede proporcionar innumerables beneficios, favoreciendo su autonomía personal y su aprendizaje (mejorando sus habilidades y capacidades) y disminuyendo su riesgo de exclusión social. Además, facilitan la interacción social, constituyendo una herramienta útil para mantenerse en contacto con su círculo social y familiar, para retomar la comunicación con personas con las que se había perdido el contacto e incluso para ampliar su círculo de amistades; evitando con todo ello los sentimientos de soledad y aislamiento que en muchas ocasiones adolecen a los integrantes de este colectivo.

Sin embargo, lo cierto es que, en la práctica, las personas con discapacidad intelectual suelen hacer menor uso de las nuevas tecnologías que el resto de individuos, tal y como han puesto de manifiesto algunos estudios, como el llevado a cabo por Pedro Gutiérrez Recacha (Profesor del Departamento de Periodismo y Comunicación Audiovisual de la Universidad Carlos III de Madrid) y Almudena Martorell Cafranga (Directora de la Fundación Carmen Pardo-Valcarce), en el que se revela que más de la mitad de las personas con discapacidad intelectual no utilizan nunca Internet⁶. De hecho, dentro del grupo de personas con discapacidad, aquellas cuya discapacidad es de tipo intelectual son las que presentan una mayor exclusión digital⁷. Y creo que ello puede deberse a diversos factores:

En muchos casos, son las familias y profesionales que están a su cargo quienes terminan limitando o impidiendo el acceso de estos colectivos a Internet por temor a los riesgos presentes en el mundo virtual (a los que haré referencia en el siguiente apartado). De hecho, más de una cuarta parte de las familias y los profesionales a cargo de personas con discapacidad intelectual manifiestan abiertamente que restringen o impiden totalmente su acceso a la red⁸, por considerar que los problemas con los que pueden encontrarse en Internet superan las posibles ventajas.

En otros casos, son las propias personas con discapacidad intelectual las que encuentran serias dificultades para acceder y usar correctamente los distintos servicios de internet, como las redes sociales. En el supuesto de que el grado de discapacidad sea muy

⁶ Vid. GUTIÉRREZ RECACHA, y MARTORELL CAFRANGA, *Comunicar*, 2011, p. 176.

⁷ Vid. CHINER SANZ, GÓMEZ PUERTA y CARDONA-MOLTÓ, *Journal of New Approaches in Educational Research*, 2017, p. 153.

⁸ Vid. GUTIÉRREZ RECACHA, y MARTORELL CAFRANGA, *Comunicar*, 2011, p. 178.

leve no suelen presentarse problemas para acceder a los servicios de internet⁹, pues normalmente pueden comprender sin mayor dificultad su dinámica de funcionamiento, pero cuando el grado de discapacidad intelectual es alto, no siempre resulta sencillo el acceso y utilización de estos servicios¹⁰. En este sentido, un estudio llevado a cabo por las profesoras de la Universidad de Jaén M.^a del Carmen Pegalajar Palomino y M.^a Jesús Colmenero Ruiz muestra que más de 65% de las personas con discapacidad intelectual que acceden a redes sociales se ven obligadas a solicitar ayuda para comprender ciertas utilidades de las mismas, como escribir un comentario, publicar una foto, crear un perfil o publicar un evento¹¹; y en muchos casos pueden verse saturadas por su profusión de funcionalidades, mensajes, exceso de contactos, etc.¹². Los mencionados problemas de accesibilidad y el esfuerzo que supone para estos colectivos participar en los distintos servicios de internet en muchos casos terminan provocando que abandonen el intento de adentrarse en el mundo virtual, renunciando con ello a importantes oportunidades tanto en el terreno personal como profesional¹³. Además, las dificultades se multiplican cuando a la discapacidad intelectual se le une algún tipo de discapacidad funcional (visual, auditiva, etc.).

Todo ello exige que desde los poderes públicos se adopten medidas que favorezcan la accesibilidad de estos colectivos al entorno digital. De hecho, ya hemos visto que es uno de los principales objetivos perseguidos por la «Carta de Derechos Digitales», que en el primer párrafo de su punto undécimo recoge el derecho a la accesibilidad de los entornos digitales a las personas con discapacidad. Además, en su punto decimosegundo menciona de forma específica a las personas mayores, garantizando igualmente su derecho de acceso a los entornos digitales. Téngase en cuenta que, en su caso, junto a las posibles discapacidades psíquicas, sigue estando presente una brecha digital que afecta en general a las personas que se encuentran en la etapa de senectud, lo que provoca que las dificultades de acceso sean principalmente acusadas para este colectivo, pues en su mayoría carecen de conocimientos sobre Internet y permanecen ajenos al mundo virtual.

El fundamento constitucional de la accesibilidad de las personas con discapacidad a los diferentes entornos sociales, ya sean físicos o virtuales, se encuentra en los artículos 14 y 49 de la Constitución Española –en adelante CE–. El primero de ellos recoge el principio

⁹ Vid. GUTIÉRREZ RECACHA, y MARTORELL CAFRANGA, *Comunicar*, 2011, p. 178.

¹⁰ Vid. RODRÍGUEZ FUENTES y GARCÍA GÚZMAN, *Revista Icono*, 2010, pp. 311-312.

¹¹ Vid. PEGALAJAR PALOMINO y COLMENERO RUIZ, *RETE*, 2014, p. 6.

¹² Vid. BASCONES SERRANO, *REDIS*, 2014, p. 190.

¹³ Vid. BASCONES SERRANO, *REDIS*, 2014, p. 180.

de no discriminación por cualquier condición o circunstancia personal, mientras que el segundo exige a los poderes públicos que pongan en marcha una política de integración social de las personas con discapacidad. Hay quien incluso ha llegado a considerar que la accesibilidad se erige como un nuevo derecho de la personalidad¹⁴.

En su origen, el concepto de accesibilidad estaba muy vinculado a la supresión de barreras (normalmente de tipo arquitectónico) para las personas que padecen algún tipo de discapacidad física o sensorial¹⁵ (por ejemplo, visual o auditiva), pero a lo largo de los años ha ido adquiriendo matices más amplios¹⁶. De hecho, en los últimos tiempos se ha comenzado a hablar de una accesibilidad cognitiva, que consistiría en la adaptación de los entornos, bienes, productos y servicios para eliminar barreras de acceso y uso a las personas con discapacidad intelectual y del desarrollo¹⁷. Y aunque la mayoría de las normas no aluden a ella de forma específica, creo que cuando hablan de accesibilidad lo hacen en sentido amplio, de modo que en las referencias genéricas a dicho principio han de entenderse amparadas también las personas que padecen una discapacidad de tipo intelectual.

La Convención de Nueva York de 2006 menciona expresamente el principio de accesibilidad en su artículo 3 f) y lo desarrolla en su artículo 9, en el que señala que «a fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones». Incluso puede intuirse una referencia al principio de accesibilidad en su artículo 19, en el que alude al Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad¹⁸. En este sentido, la Observación general N.º 5 (2017) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹⁹ señala que «vivir de forma independiente significa que las personas con discapacidad cuenten con todos los medios necesarios para que puedan tomar opciones y ejercer el control sobre sus vidas, y adoptar todas las decisiones que las afecten. La autonomía personal y la libre deter-

¹⁴ Vid. VIVAS TESÓN, 2019, p. 413.

¹⁵ Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2013, pp. 137-160.

¹⁶ Vid. VIVAS TESÓN, 2019, p. 413.

¹⁷ Vid. RODRIGO RUIZ, y ANAUT BRAVO, 2016, p. 3.

¹⁸ Vid. VIVAS TESÓN, 2019, p. 413.

¹⁹ Disponible en: <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observacion-5-Art%C3%ADculo-19-Vida-independiente.pdf>, (fecha de última consulta: 15/01/2021).

minación son fundamentales para la vida independiente, incluidos el acceso al transporte, la información, la comunicación y la asistencia personal» (punto 16.a), mientras que «el derecho a ser incluido en la comunidad se refiere al principio de inclusión y participación plenas y efectivas en la sociedad consagrado, entre otros, en el artículo 3 c) de la Convención. Incluye llevar una vida social plena y tener acceso a todos los servicios que se ofrecen al público» (punto 16.b). Además, la Observación general N.º 1 (2014)²⁰, al referirse a los apoyos que pueden establecerse en favor de la persona con discapacidad (una cuestión sobre la que posteriormente volveré²¹) incluye las medidas relacionadas con el diseño y la accesibilidad universales (punto 17)²². Creo que no cabe duda de que estas definiciones de accesibilidad están pensadas también para las personas con discapacidad intelectual, pues ya hemos visto que, al igual que ocurre con las personas que padecen una discapacidad física, pueden encontrar dificultades de acceso a los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y, por ende, a los servicios disponibles en internet.

En términos semejantes, la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020 define la accesibilidad como «el acceso de las personas con discapacidad, en las mismas condiciones que el resto de la población, al entorno físico, al transporte, a las tecnologías y los sistemas de la información y las comunicaciones (TIC), y a otras instalaciones y servicios»²³; y poco después, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social –en adelante: Real Decreto Legislativo 1/2013– incluyó en su artículo 2 k) la siguiente definición de accesibilidad: «es la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible», imponiendo en su artículo 22.1 a los poderes públicos la obligación de adoptar «las medidas pertinentes para asegurar la accesibilidad universal, en igualdad de condiciones con las demás personas, en los entornos, procesos, bienes, productos y

²⁰ Disponible en: <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>, (fecha de última consulta: 15/01/2021).

²¹ *Vid.* epígrafe IV.

²² *Vid.* más ampliamente: DE SALAS MURILLO, *RDACM*, 2018, pp. 71-120.

²³ *Vid.* Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020, p. 6. Disponible en: https://www.mscbs.gob.es/ssi/discapacidad/docs/estrategia_europea_discapacidad_2010_2020.pdf. (fecha de última consulta: 03/02/2021).

servicios, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones (...). Conceptos que, de nuevo, parecen pensados también para las personas afectadas por una discapacidad de tipo intelectual.

Ha de mencionarse en este punto la Directiva (UE) 2019/882 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los requisitos de accesibilidad de los productos y servicios, cuyo objeto es «contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior mediante la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en lo relativo a los requisitos de accesibilidad exigibles a determinados productos y servicios». Este texto va un paso más allá e incluye expresamente a las personas con discapacidad intelectual entre los sujetos amparados por el principio de accesibilidad, disipando cualquier tipo de duda al respecto (artículo 3.1 y Considerandos 3 y 4).

No obstante, pese a los distintos esfuerzos legislativos, todavía queda un largo camino por recorrer, pues muchos de los problemas de accesibilidad a los que se han de enfrentar las personas con discapacidad intelectual siguen presentes, debido a la falta de adaptación de los diferentes servicios de internet, tanto públicos como privados. De hecho, aunque no se cuenta con datos actualizados, para que el lector pueda hacerse una idea, en el momento de publicación de la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020, se estimaba que solo el 5 % de los sitios web públicos se ajustaban completamente a las normas de accesibilidad de internet (si la situación es así en los sitios web públicos, podemos imaginar que en los privados no sea mucho mejor). Y aunque es probable que dicho porcentaje haya crecido sensiblemente en los últimos tiempos, todavía existen muchos sitios web que carecen de medidas que garanticen la accesibilidad a las personas con discapacidad intelectual.

Son varios los aspectos a mejorar y muchas las medidas que pueden adoptarse para revertir esta situación y favorecer la accesibilidad de las personas con discapacidad intelectual al entorno virtual. A modo de ejemplo, y sin ánimo de exhaustividad, entre las posibles medidas a adoptar pueden señalarse algunas, como imponer a los servicios de redes sociales que utilicen un lenguaje comprensible²⁴ (tal y como promueve la última parte del primer párrafo del undécimo punto de la «Carta de Derechos Digitales») o que simplifiquen su utilización, por ejemplo, siendo más intuitivos, cumpliendo así el principio de diseño universal o diseño para todas las personas, que el artículo 2 1) del Real Decreto Legislativo

²⁴ *Vid.* también: epígrafe IV.2.B).a).i).

1/2013 define como «la actividad por la que se conciben o proyectan desde el origen, y siempre que ello sea posible, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, programas, dispositivos o herramientas, de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas, en la mayor extensión posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado». También se les podría exigir que cuenten con instrucciones detalladas acerca de su utilización (por ejemplo, a través de tutoriales fácilmente comprensibles que expliquen el funcionamiento de la aplicación, incluso estableciendo algunos tutoriales específicos para las personas con discapacidad intelectual). Además, habría que proporcionar a estas personas más formación sobre el modo en el que han de utilizarse los servicios de internet (una cuestión prevista en la letra b) del tercer párrafo del decimoséptimo punto de la «Carta de Derechos Digitales») y concienciar a familias y profesionales acerca de los beneficios que puede tener la utilización de las redes sociales y otros servicios de internet para las personas con discapacidad intelectual, evitando así la situación de sobreprotección que ya hemos visto que se produce en muchos casos y que, en la práctica, supone una limitación de su derecho de acceso al entorno virtual y a todos los beneficios que este puede acarrearles. A tal fin, convendría proporcionar también a familias y profesionales las nociones necesarias para que puedan prestar a las personas con discapacidad intelectual los apoyos que estas requieran durante la utilización de las redes sociales y traten de garantizarles de este modo una navegación segura por Internet (cuestión sobre la que posteriormente volveré²⁵). Igualmente, convendría que los servicios de redes sociales dispusieran de canales que permitieran a los usuarios notificar errores y reclamaciones relativas a la accesibilidad, y, obviamente, que dichos canales fueran accesibles (pues, aunque resulte paradójico, cuando existen no siempre lo son²⁶).

III. LOS PELIGROS DE LAS REDES SOCIALES PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL

Ya hemos visto que las mayores posibilidades de acceso a Internet conllevan innumerables ventajas para el conjunto de la ciudadanía, y, en particular, para las personas con discapacidad intelectual. Pero la otra cara de la moneda está representada por el riesgo que implica Internet para los derechos de la personali-

²⁵ Vid. epígrafe IV.2.A).

²⁶ Vid. BASCONES SERRANO, *REDIS*, 2014, p. 188.

dad, que se acentúa en el caso de las personas con discapacidad intelectual, tal y como ponen de manifiesto algunos estudios²⁷. Ello se debe en buena medida a la ingenuidad y credulidad que caracterizan normalmente el comportamiento de estas personas, lo que les puede dificultar la identificación de las situaciones de peligro para la salvaguarda de sus derechos y llevarles a que, como consecuencia del desconocimiento acerca de las consecuencias de sus acciones, asuman ciertos riesgos que terminen poniéndoles en peligro.

Ello justifica la creciente preocupación de familias y profesionales respecto al uso de Internet por parte de las personas con discapacidad intelectual (y que ya hemos visto que en muchos casos les lleva a adoptar la drástica decisión de impedirles el acceso a Internet²⁸). En este sentido, un estudio llevado a cabo en el año 2016 por varios profesores de la Universidad de Alicante revela que el 96 % de las personas encuestadas, dedicadas todas ellas al cuidado de personas con discapacidad (ya sean familiares o cuidadores profesionales) consideran que Internet es un entorno poco o nada seguro para las personas con discapacidad intelectual²⁹. Entre las cuestiones que más les preocupan, y en lo que tiene que ver con la posible vulneración de los derechos de la personalidad a través de las redes sociales, encontramos el riesgo de que usen su información personal de forma inadecuada, que les pidan fotos (en muchos casos comprometidas, en el marco del fenómeno conocido como *sexting*³⁰), que reciban contenidos inapropiados (por ejemplo, de carácter sexual o violento) o que sean insultados o menospreciados (ya sea como consecuencia de su capacidad –disfobia– o por cualquier otro motivo).

Las propias personas con discapacidad intelectual son conscientes de muchos de estos peligros o incluso en numerosas ocasiones ya los han padecido en primera persona, lo que puede provocar que sientan cierta inseguridad a la hora de navegar por el entorno virtual. En este sentido, los estudios muestran que más de la mitad de los usuarios de redes sociales que padecen una discapacidad intelectual han experimentado experiencias negativas en su utilización, que normalmente han consistido en recibir insultos o amena-

²⁷ Vid. GÓMEZ PUERTA y CHINER SANZ, Esther, *International Journal of Developmental and Educational Psychology*, 2018, p. 193; MONTIEL JUAN y AGUSTINA SANLLEHÍ, *REML*, 2019, p.1; y CASADO DEL RÍO, GARMENDIA LARRAÑAGA y GARITAONANDIA GARNACH, *RLCS*, 2019, p. 655.

²⁸ Vid. epígrafe II.

²⁹ Vid. CHINER SANZ, GÓMEZ PUERTA, MERMA MOLINA, y LOZANO CABEZAS, 2016, pp. 2865-2872.

³⁰ El término *sexting* es una contracción de *sex* y *texting* y que está referido a la difusión de imágenes de contenido erótico

zas o en que otros usuarios hayan difundido fotos suyas sin su consentimiento o difamado su buen nombre inventando historias sobre ellas³¹. Conductas que en los casos más graves pueden derivar en delitos de ciberacoso o sextorsión (amenazando con la difusión no consentida de imágenes íntimas si no se atiende a determinadas exigencias económicas)³².

En otras ocasiones, pueden ser las personas con discapacidad intelectual las que cometan conductas ilícitas como consecuencia del desconocimiento, vulnerando la normativa de protección de datos (ej. publicando fotos o vídeos de otras personas sin su consentimiento) o la normativa de propiedad intelectual (ej. compartiendo música, películas, libros, etc.).

Todos estos riesgos (y otros muchos en los que no voy a entrar por trascender de la posible vulneración de los derechos de la personalidad, como puede ser perder dinero participando en apuestas online o celebrando contratos electrónicos perjudiciales para ellos, la adicción a las redes sociales o a otros servicios de Internet o las situaciones de peligro para su integridad física derivadas de encuentros reales con contactos no deseados que hayan conocido a través de Internet) justifican que se adopten mecanismos que permitan otorgar a estas personas una cierta protección, cuestión que como vamos a ver no siempre es sencilla.

IV. MECANISMOS PARA LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL EN EL ÁMBITO DE LAS REDES SOCIALES

1. BREVE REFERENCIA AL NUEVO SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DISEÑADO POR LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO, POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA

Sin ánimo de extenderme en exceso en el nuevo marco regulador de la discapacidad configurado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capa-

³¹ Vid. PEGALAJAR PALOMINO y COLMENERO RUIZ, *RETE*, 2014, p. 7.

³² Vid. MONTIEL JUAN y AGUSTINA SANLLEHÍ, *REML*, 2019, p.2.

cidad jurídica³³, creo que sí resulta conveniente exponer algunas de las notas principales del nuevo sistema, pues ello nos permitirá entender mejor el modo en el que ha de articularse la protección de las personas con discapacidad intelectual en el ámbito de las redes sociales.

Tradicionalmente, la protección de las personas con discapacidad intelectual en nuestro país se ha llevado a cabo a través de tres figuras: la tutela, la curatela y el defensor judicial –artículo 215 de la redacción del Código Civil anterior a la entrada en vigor de la Ley 8/2021–. Sin embargo, nuestra normativa ha sido objeto de reforma para adaptarse a lo dispuesto en la Convención de Nueva York de 2006 (ratificada por España el 23 de noviembre de 2007), que en su artículo 12 establece que las personas que padecen una discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados parte a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. La Observación general N.º 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad³⁴ ha interpretado el mencionado precepto en el sentido de que «la obligación de los Estados parte de reemplazar los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutivas por otros que se basen en el apoyo a la adopción de decisiones exige que se supriman los primeros y se elaboren alternativas para los segundos. Crear sistemas de apoyo a la adopción de decisiones manteniendo paralelamente los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva no basta para cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención» (punto 28), una interpretación que creo que resulta excesiva (al equiparar la capacidad jurídica y su ejercicio, sobrepasando claramente el tenor de la Convención³⁵) y que plantea dudas que tenga carácter preceptivo para los Estados³⁶, pero que en cualquier caso pone de manifiesto que la nueva tendencia en materia de discapacidad consiste en el establecimiento de un sistema de apoyos en el que sea la persona con discapacidad intelectual la

³³ Pues ya lo hice en un trabajo anterior, al analizar el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, que, con alguna adaptación, ha derivado en la Ley 8/2021 (*vid.* MARTÍNEZ CALVO, 2019, pp. 415-429).

³⁴ Disponible en: <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>, (fecha de última consulta: 02/02/2021).

³⁵ Tal y como defendí en un trabajo anterior: MARTÍNEZ CALVO, *REDIS*, 2020, pp. 54 y ss. *Vid.* también en el mismo sentido: PEREÑA VICENTE, *RDP*, 2016, pp. 17 y ss.

³⁶ *Vid.* DE SALAS MURILLO, *RCDI*, 2020, p. 2231; MAYOR DEL HOYO, *RCDI*, 2020, pp. 3367-3369; y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2021, pp. 88 y ss.

que adopte sus propias decisiones, prescindiendo siempre que resulte posible de los mecanismos de representación, que, hasta la fecha, venían siendo la principal herramienta de protección de las personas con discapacidad intelectual.

Con el fin adaptar la normativa estatal a dichas prescripciones se ha promulgado recientemente 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, que supone un nuevo paradigma en materia de protección de las personas con discapacidad intelectual en nuestro país, pues suprime la tutela del ámbito de la discapacidad³⁷ –quedando limitada a los menores de edad no emancipados que se encuentren en situación de desamparo o que no estén sujetos a patria potestad (artículo 199 del Código Civil, en la redacción dada por el artículo 2.21 de la Ley 8/2021)– y dota a la curatela de una nueva configuración, convirtiéndola en la principal medida de apoyo para las personas con discapacidad. Así, prevé que la protección de las personas con discapacidad intelectual se articule en torno a tres instrumentos: la guarda de hecho –que se refiere a aquellos casos en los que una persona ejerce el apoyo de otra con discapacidad, sin que existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente–, la curatela –que se aplica a quienes precisen el apoyo de modo continuado– y el defensor judicial –cuyo objeto es atender a situaciones coyunturales, como la necesidad de apoyo ocasional que no esté garantizado por otra medida voluntaria o fáctica, las situaciones de conflictos de intereses entre quien ejerza el apoyo y la persona con discapacidad, o la imposibilidad temporal de la persona que ejerza el apoyo– (art. 250 CC, en la redacción dada por el art. 2.23 de la Ley 8/2021).

En cuanto al contenido concreto de la nueva curatela, que, como digo, es la principal medida para la protección de las personas con discapacidad intelectual en el nuevo sistema, deberá venir perfectamente determinado en la resolución que la establezca (artículos 250 y 269 del Código Civil, en la redacción dada por el artículo 2.23 de la Ley 8/2021), que recogerá de manera precisa los actos en los que el curador deba prestar asistencia o ejercer la representación (artículo 269 del Código Civil, en la redacción dada por el artículo 2.23 de la Ley 8/2021) –teniendo en cuenta que, únicamente en situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo, la curatela puede concretarse en la representación o sustitución–.

³⁷ Así como la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada –*vid.* Preámbulo 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–.

ción en la toma de decisiones, que solo de manera excepcional y ante casos especialmente graves de discapacidad, podrá tener alcance general (artículo 269 del Código Civil, en la redacción dada por el artículo 2.23 de la Ley 8/2021)–. Por su parte, la persona con discapacidad intelectual podrá realizar todos aquellos actos no incluidos expresamente en la resolución judicial. Además, cuando el curador deba intervenir, lo hará respetando la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad (artículo 282 CC, en la redacción dada por el artículo 2.23 de la Ley 8/2021). De este modo, se ha pasado de un sistema caracterizado por la sustitución en la toma de las decisiones a uno basado en la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, que, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones.

En definitiva, se huye de regímenes tipo y se trata de crear un proyecto personalizado para atender a las necesidades específicas del sujeto necesitado de protección, de modo que la persona con discapacidad conserva la capacidad para realizar por sí misma todos los actos que, de acuerdo con lo previsto en la correspondiente resolución, no requieran de representación (admitida únicamente en casos excepcionales) o asistencia.

2. EL EJERCICIO DE LOS APOYOS EN EL ÁMBITO DE LAS REDES SOCIALES

Ya hemos visto en su momento que los estudios muestran que más del 65 % de las personas con discapacidad que acceden a redes sociales se ven obligadas a solicitar ayuda para llevar a cabo ciertas tareas básicas, como escribir un comentario, subir una foto, crear un perfil o publicar un evento³⁸. Además, aunque en muchos casos puedan realizar sin dificultad todas o algunas de estas actividades, los riesgos que representa Internet para la salvaguarda de sus derechos pueden provocar que en ocasiones no resulte aconsejable que naveguen por las redes sociales con plena autonomía³⁹.

Ello pone de manifiesto la necesidad de prever un sistema de apoyos que pueda servirles de ayuda y que a su vez trate de garantizar la salvaguarda de sus derechos. Unos apoyos que, lógicamente, solo habrán de establecerse si la persona con discapacidad precisa de ellos, y solo en la medida en que los necesite (respetando así los principios de necesidad y proporcionalidad que, como sabemos, han de guiar al sistema de protección de las personas con

³⁸ *Vid.* epígrafe II.

³⁹ *Vid.* epígrafe III.

discapacidad⁴⁰). Y es que, como pone de manifiesto VIVAS TESÓN, «la Convención de Nueva York no obliga a establecer apoyos a la persona con diversidad funcional en todo caso, esto es, de manera automática por el hecho mismo de la discapacidad, sino solo cuando sean imprescindibles y necesarios para llevar a cabo una vida independiente. Las ayudas o apoyos (personales, económicos, sociales, educacionales, etc.) son meros complementos ortopédicos que proceden solo cuando la persona los necesite para el ejercicio efectivo de sus derechos»⁴¹. No se trata, por tanto, de coartar su autonomía, sino de auxiliarle, a la vez que se le ofrece una protección eficaz. El objetivo último es hacer de Internet un entorno seguro para la persona con discapacidad intelectual, de modo que pueda beneficiarse de todas las ventajas que ofrece la red sin que quede comprometida por ello la salvaguarda de sus derechos.

El principal problema que se plantea consiste en determinar cómo se van a prestar dichos apoyos en el entorno virtual, pues se trata de un ámbito en el que la representación es ciertamente complicada y en el que la asistencia tampoco está exenta de dificultad⁴². A ello voy a tratar de dar respuesta en las siguientes líneas, advirtiendo de que lo expuesto a partir de aquí vale para todos los casos en los que la persona con discapacidad intelectual requiera de apoyos para la utilización de las redes sociales, ya provengan estos de un guardador de hecho, de un curador o de un defensor judicial.

A) Persona encargada de prestar los apoyos

Antes de centrarme en el modo concreto en el que pueden prestarse los apoyos en el entorno virtual, conviene detenerse brevemente en su aspecto subjetivo, es decir, en la cuestión de qué persona ha de considerarse más idónea para desempeñar la citada tarea. Y es que, aunque no cabe establecer reglas absolutas (debido a las peculiaridades que puede presentar cada supuesto concreto), en el caso de las redes sociales, cabría plantearse que quien prestara los apoyos a la persona con discapacidad intelectual fuera alguien de su círculo de amistades, de edad semejante a la suya (siempre eso sí, que haya alcanzado la mayoría de edad), en quien

⁴⁰ Vid. PEREÑA VICENTE, *RD*, 2016, pp. 19-24.

⁴¹ Vid. VIVAS TESÓN, 2019, p. 421.

⁴² No es el único ámbito en el que existe dificultad para acudir a sistemas de asistencia o representación, de hecho, hay otros en los que se manifiesta de forma todavía más acusada, en particular en la realización de determinados actos personalísimos, como celebrar matrimonio (vid. SANTILLÁN SANTA CRUZ, 2020, p. 233-237), reconocer a un hijo u otorgar testamento, para los que la ley exige unas cautelas especiales, como la exigencia de dictamen médico, la aprobación del juez, etc. (vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, *RDACM*, 2018, pp. 141-166).

confíe y con quien comparta habitualmente ciertas intimidades. De este modo será más probable que acuda a ella ante cualquier peligro o para pedir asesoramiento acerca de la conveniencia o no de llevar a cabo una determinada actuación en la red (compartir una foto, enviar un archivo, autorizar una intromisión en sus derechos de la personalidad, etc.). Téngase en cuenta que en un ámbito tan personal e íntimo como es este, en el que todas las personas tienen un cierto recelo a que sus actuaciones puedan ser conocidas por familiares u otras personas de su entorno, es posible que por ejemplo sus padres no resulten las personas más idóneas para prestar los apoyos. De hecho, los datos muestran que cuando las personas con discapacidad tienen necesidad de apoyo en el uso de las redes sociales suelen preferir acudir a sus amigos antes que a sus padres⁴³.

En este sentido, la Observación general N.º 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁴⁴ señala que «las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen para que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica respecto de determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como el apoyo entre pares [...]» (punto 17); por lo que parece que nada impide que se designe a una persona específica para prestar los apoyos en redes sociales, distinta de aquella que resulte encargada de prestar los apoyos en otros ámbitos de la vida.

En todo caso, entiendo que la persona que ha de prestar los apoyos debería contar con cierta disponibilidad para asesorar a la persona con discapacidad intelectual en aquello que necesite, pues no resultaría lógico que quien asuma dicha tarea carezca de la disponibilidad necesaria para que la persona con discapacidad pueda dirigirse a ella en busca de ayuda o acompañamiento mientras navega por las redes sociales.

Además, habrá algunos casos específicos en los que los apoyos deban prestarse en todo caso por alguien que conviva con la persona que padece la discapacidad. Me estoy refiriendo a aquellos supuestos excepcionales en los que, debido a la existencia de un riesgo objetivo para sus derechos, se establezca un sistema de apoyos que consista en la supervisión constante de su actuación en redes sociales. Y es que, aunque dicha supervisión puede llevarse a cabo de distintas formas, en la mayoría de estos casos resultará necesario que la persona que ejerce los apoyos se encuentre cerca

⁴³ Vid. CASADO DEL RÍO, GARMENDIA LARRAÑAGA y GARITONANDIA GARNACH, *RLCS*, 2019, p. 663.

⁴⁴ Disponible en: <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>, (fecha de última consulta: 15/01/2021).

de la persona con discapacidad o incluso que se siente junto a ella mientras utiliza las redes sociales. Posteriormente volveré sobre esta cuestión⁴⁵.

Por lo demás, parece recomendable que la persona que se vaya a encargar de prestar los apoyos adquiera una cierta formación que le permita desempeñar dicha función en un modo eficiente⁴⁶. De hecho, los datos muestran que profesionales y familiares manifiestan frecuentemente no sentirse preparados para auxiliar a la persona con discapacidad en Internet y tratar de ayudarle a evitar los innumerables riesgos a los que se enfrenta cuando navega por el entorno virtual⁴⁷. Por ello, creo que resulta fundamental fomentar la formación de todos los sujetos implicados, no solo de la propia persona con discapacidad intelectual, sino también de los familiares, amigos, profesionales, profesores, etc. que en cada momento asuman la tarea de prestar los correspondientes apoyos. A tal efecto, además de las acciones formativas que puedan impulsarse desde los poderes públicos, sería interesante que las redes sociales dispusieran de tutoriales en los que se explicara de forma clara los eventuales riesgos a los que pueden enfrentarse las personas con discapacidad intelectual y los posibles medios para solventarlos.

B) Modo en el que han de prestarse los apoyos

La amplitud con la que se refiere a los apoyos la Ley 8/2021 hace pensar que estos pueden englobar todo tipo de actuaciones cuyo objeto sea la protección de la persona con discapacidad intelectual, como, por ejemplo, el asesoramiento técnico o personal o el acompañamiento en la realización de diferentes tareas cotidianas y en la adopción de decisiones de índole personal o patrimonial. De hecho, su Preámbulo señala expresamente que «la nueva regulación trata de atender no solo a los asuntos de naturaleza patrimonial, sino también a los aspectos personales, como pueden ser los relativos a decisiones sobre las vicisitudes de su vida ordinaria – domicilio, salud, comunicaciones, etc.»⁴⁸.

Esta idea de acompañar sin sustituir que marca la nueva filosofía en materia de protección de las personas con discapacidad⁴⁹ se

⁴⁵ Vid. epígrafe IV.2.B).b).ii).

⁴⁶ Vid. también: epígrafe II.

⁴⁷ Vid. CHINER SANZ, GÓMEZ PUERTA, MERMA MOLINA, y LOZANO CABEZAS, 2016, p. 2870.

⁴⁸ Algo que ya se venía reclamando desde la doctrina: *vid.* ÁLVAREZ LATA, y SEOANE RODRÍGUEZ, *DPyC*, 2010, p. 62; y desde la jurisprudencia: *vid.* STS de 27 de noviembre de 2014 (RJ 2014\6032).

⁴⁹ Vid. LEGERÉN-MOLINA, 2019, p. 166.

acompaña bien con la actividad en las redes sociales, un ámbito en el que parece complicado pensar en mecanismos de sustitución (pues en las relaciones personales difícilmente puede existir sustitución), pero en el que la persona con discapacidad intelectual requiere en muchas ocasiones de algún tipo de acompañamiento o ayuda para poder comprender el funcionamiento de las redes sociales y, sobre todo, para superar los innumerables riesgos presentes en la red.

Obviamente, al igual que ocurre con otros aspectos de la vida, los apoyos que se presten en Internet pueden abarcar tanto el ámbito personal como el patrimonial, pero aquí me voy a centrar en el primero, por ser el predominante en la actividad en redes sociales (sin perjuicio de que en ocasiones también pueda tener efectos patrimoniales, por ejemplo, si se utilizan estos medios para celebrar cualquier tipo de contrato).

A continuación, me voy a referir al modo de ejercicio de los apoyos, distinguiendo dos situaciones específicas: por un lado, la emisión del consentimiento para la aceptación de los términos y condiciones de uso y para la autorización de posibles intromisiones de terceros en los derechos de la personalidad de la persona con discapacidad intelectual, y, por otro, la utilización ordinaria de las redes sociales.

a) EMISIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN EL ÁMBITO DE LAS REDES SOCIALES

i) *Aceptación de los términos y condiciones de uso y de la política de privacidad*

Cuando una persona accede por vez primera a las redes sociales, el paso previo para comenzar a utilizarlas es aceptar tanto los términos y condiciones de uso como la política de privacidad del servicio. Con ello asume habitualmente una serie de compromisos, como el de utilizar el servicio en la forma prevista y sin vulnerar las condiciones establecidas o el de ceder sus datos personales para que puedan ser objeto de tratamiento por parte de sus responsables. Dado que este último aspecto es el que más controversias genera, en las siguientes líneas me voy a centrar en él.

El artículo 4.11 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 –en adelante: Reglamento (UE) 2016/679– señala que el consentimiento para el tratamiento de los datos personales con-

siste en «toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen» (*vid.* en el mismo sentido: artículo 6.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales –en adelante: LOPD–). El hecho de que la manifestación de voluntad haya de ser específica, informada e inequívoca excluye el consentimiento presunto⁵⁰. De hecho, parece que también ha de descartarse el consentimiento tácito, pues el Considerando 32 del Reglamento (UE) 2016/679 dispone que «el consentimiento debe darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen, como una declaración por escrito, inclusive por medios electrónicos, o una declaración verbal. Esto podría incluir marcar una casilla de un sitio web en Internet [...] o cualquier otra declaración o conducta que indique claramente en este contexto que el interesado acepta la propuesta de tratamiento de sus datos personales. Por tanto, el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción no deben constituir consentimiento [...]».

Se echa de menos una referencia expresa en la normativa de protección de datos (tanto europea como española) a los supuestos en los que el objeto del consentimiento es autorizar el tratamiento de los datos personales pertenecientes a una persona que padece una discapacidad de tipo intelectual (de hecho, en todo el articulado de ambas normas, solo es posible encontrar alguna tímida referencia a la discapacidad⁵¹), algo que sí hace en el caso de los menores de edad, respecto de los que señala que «merecen una protección específica de sus datos personales, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de datos personales. Dicha protección específica debe aplicarse en particular, a la utilización de datos personales de niños con fines de mercadotecnia o elaboración de perfiles de personalidad o de usuario, y a la obtención de datos

⁵⁰ *Vid.* MARTÍNEZ ROJAS, *RADyNT*, 2016, p. 62.

⁵¹ Así, el Reglamento (UE) 2016/679 solo menciona la discapacidad para incluirla entre los datos relativos a la salud y que, por tanto, han de gozar de una especial protección (Considerandos 35 y 54); mientras que la LOPD únicamente se refiere a ella para imponer a responsables y encargados del tratamiento de los datos personales que adopten medidas que garanticen que el tratamiento de los datos de las personas con discapacidad sea conforme a lo dispuesto tanto en el Reglamento (UE) 2016/679 como en la LOPD (art. 28.2 e) y para incluir a la persona encargada de prestar los apoyos entre los sujetos legitimados para ejercer en nombre de la persona con discapacidad los derechos de acceso, rectificación o supresión de sus datos personales tras su fallecimiento (arts. 3.3 y 96.1 d)). Como anticipaba, no encontramos en las mencionadas normas ninguna referencia a las reglas para la emisión del consentimiento para el tratamiento de los datos de personas con discapacidad.

personales relativos a niños cuando se utilicen servicios ofrecidos directamente a un niño» –Considerando 38 Reglamento (UE) 2016/679–. Una protección específica de la que, desde luego, también son merecedoras las personas que padecen una discapacidad intelectual, precisamente porque en muchos casos, al igual que ocurre con los menores, pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de datos personales.

En el caso de aquellas personas que debido a su elevado grado de discapacidad no puedan emitir consentimiento válido y para las que se establezca que, excepcionalmente, el curador asuma su representación, parece que este habría de ser el encargado de emitir el consentimiento. Esta posibilidad de que el consentimiento sea emitido por el representante del interesado ha sido expresamente prevista por la normativa de protección de datos para el caso de los menores de una determinada edad (artículo 8 del Reglamento (UE) 2016/679, que fija dicha edad en 16 años y artículo 7.1 de nuestra LOPD, que, con la habilitación del propio Reglamento comunitario, la rebaja a 14 años); pero no ha sido contemplada en cambio para las personas con discapacidad sujetas a la denominada curatela representativa, lo que creo que debería replantearse.

En cualquier caso, fuera de estos supuestos excepcionales, no hay duda de que será la propia persona que padece la discapacidad intelectual la encargada de emitir el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales, contando para ello con los oportunos apoyos (en caso de que precise de ellos), con objeto de tratar de garantizar que el consentimiento sea consciente y libre. Al respecto, entiendo que en este caso los apoyos consistirán normalmente en prestar el asesoramiento debido, explicando el objeto del consentimiento que se emite y advirtiendo de los posibles riesgos que conlleva. Por tanto, la labor de la persona encargada de prestar los apoyos será básicamente de carácter informativo.

Y para facilitar esta labor de información que incumbe a la persona que presta los apoyos, creo que habría de exigirse que las condiciones de uso y las políticas de privacidad fueran redactadas utilizando un lenguaje que resultara fácilmente comprensible, en vez de recogerse en interminables documentos en los que abundan los términos de carácter técnico. En este sentido, una vez más, sería de interés trasladar al ámbito de la discapacidad intelectual una previsión que realiza el Reglamento (UE) 2016/679 para la minoría de edad, que dice lo siguiente: «dado que los niños merecen una pro-

tección específica, cualquier información y comunicación cuyo tratamiento les afecte debe facilitarse en un lenguaje claro y sencillo que sea fácil de entender» –Considerando 58 del Reglamento (UE) 2016/679–. De hecho, la utilización de un lenguaje comprensible para recabar el consentimiento de las personas con discapacidad intelectual vendría exigida también por el artículo 6.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, que señala que «las personas con discapacidad tienen derecho a la libre toma de decisiones, para lo cual la información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados y de acuerdo con las circunstancias personales, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño universal o diseño para todas las personas, de manera que les resulten accesibles y comprensibles»⁵².

Además, la Observación general N.º 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁵³ señala que entre las previsiones que han de establecer los Estados para el apoyo de las personas con discapacidad se «puede incluir medidas relacionadas con el diseño universal y la accesibilidad –por ejemplo, la exigencia de que las entidades privadas y públicas, como los bancos y las instituciones financieras, proporcionen información en un formato que sea comprensible u ofrezcan interpretación profesional en la lengua de señas–, a fin de que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para abrir una cuenta bancaria, celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones sociales» (punto 17). Aunque algunos de los aspectos a los que se refiere el Comité están claramente referidos a las discapacidades de carácter físico (por ejemplo, cuando menciona la lengua de señas), el resto pueden extrapolarse sin mayor dificultad a las discapacidades de tipo intelectual.

Además, proporcionando la información en modo que resulte fácilmente comprensible para todos los usuarios se garantizaría que el consentimiento pueda ser emitido bajo unos estándares siquiera mínimos de consciencia y libertad cuando este se presta sin los apoyos necesarios, bien por tratarse de una persona con discapacidad intelectual respecto de la que no existe ningún sistema legal o voluntario de apoyos o bien porque estando previstos prescinde de ellos, una posibilidad a la que posteriormente me referiré⁵⁴.

⁵² Respecto al concepto de principio de diseño universal o diseño para todas las personas, *vid.* epígrafe II.

⁵³ Disponible en: <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>, (fecha de última consulta: 15/01/2021).

⁵⁴ *Vid.* epígrafe IV.2.C).

ii) *Autorización de intromisiones por parte de terceros en los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*

Más problemática resulta la emisión del consentimiento para autorizar determinadas intromisiones por parte de terceros en los derechos de la personalidad de la persona con discapacidad intelectual, una cuestión de enorme trascendencia en la práctica de Internet. Aunque la casuística puede ser muy amplia, cabe mencionar algunos ejemplos a título ilustrativo, como tolerar a otras personas que graben imágenes de la persona con discapacidad intelectual o que accedan a los datos de su ordenador (admitiendo directamente el acceso remoto o descargando voluntariamente programas que lo permitan), consentir que compartan videos o fotografías comprometidas que previamente ha enviado o que revelen datos privados que la persona con discapacidad intelectual ha suministrado voluntariamente y que pueden atentar contra sus derechos de la personalidad o incluso ponerle en una situación de peligro, etc.

Al respecto, hay que señalar que, aunque de acuerdo con el artículo 1.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen –en adelante: LOPDH– los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen son irrenunciables, inalienables e imprescriptibles, el artículo 2 de dicha norma autoriza a su titular para que determine su propia esfera de protección y tolere ciertos actos de intromisión, para lo que habrá de emitirse en todo caso un consentimiento expreso. Y cuando se trata de intromisiones en los derechos de la personalidad de una persona que padece una discapacidad intelectual, el artículo 3 LOPDH prevé unas reglas específicas, disponiendo que el consentimiento de los «incapaces» (posteriormente me referiré a las necesarias adaptaciones terminológicas que requiere el precepto) deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, mientras que en los restantes casos la intromisión en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de las personas con discapacidad exige que el consentimiento sea prestado por su representante legal y puesto en conocimiento del Ministerio Fiscal; y si este se opone en el plazo de ocho días, corresponderá decidir al juez.

En este punto ha de hacerse obligada referencia a la archiconocida Sentencia del Tribunal Constitucional 208/2013, de 16 de diciembre (RTC 2013\208), que sentó las bases para la interpretación del artículo 3 LOPDH. Aunque no me voy a detener en exceso en su análisis (remitiendo a quien precise de mayor información a los numerosos comentarios de los que ha sido objeto por parte de

nuestra doctrina⁵⁵), creo que sí resulta de interés hacer una breve mención a los hechos que dieron lugar a dicho pronunciamiento y a la solución alcanzada por el Tribunal Constitucional, sobre todo para analizar posteriormente su anclaje en el sistema de protección de las personas con discapacidad diseñado por la Ley 8/2021.

Los hechos traían causa de la demanda interpuesta por los padres de una persona con discapacidad intelectual diagnosticada en un 66 % respecto de la que no se había dictado declaración judicial de incapacitación contra «Gestevisión Telecinco S.A.» y el director y un colaborador del programa televisivo «Crónicas Marcianas», por una entrevista que este programa había realizado a dicha persona. Aunque esta había participado voluntariamente en la misma, los demandantes consideraban que había constituido una intromisión ilegítima en su derecho al honor y a la propia imagen, por entender que el consentimiento emitido no era válido. Cabe advertir que la entrevista tenía un tono jocoso y su objeto no era otro que la burla y mofa del entrevistado, ridiculizándole e induciéndole a que cometiera errores, poniendo de relieve en todo momento sus signos evidentes de discapacidad.

En primera y en segunda instancia se estimó la pretensión de los demandantes y se condenó a los demandados al pago de una indemnización de 15.000 € y a difundir la sentencia en el mismo medio de comunicación en el que se había emitido la entrevista: Sentencia de 27 de diciembre de 2004 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Arona (JUR 2010\249199) y Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 1 de febrero de 2006 (JUR 2006\128740), respectivamente. Sin embargo, el Tribunal Supremo casó y dejó sin efecto dichos pronunciamientos en su Sentencia de 19 de enero de 2010 (RJ 2010\157)⁵⁶, al considerar que, ante la ausencia de sentencia de incapacitación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3 LOPDH, el consentimiento emitido por la persona con discapacidad para autorizar la intromisión, al realizar voluntariamente dicha entrevista, era perfectamente válido, y, por tanto, se excluía el carácter ilegítimo de la intromisión.

El Ministerio Fiscal recurrió en amparo el Tribunal Constitucional, que en su Sentencia 208/2013, de 16 de diciembre (RTC 2013\208), cuyo fallo fue adoptado por unanimidad, anuló la Sen-

⁵⁵ Vid. a modo de ejemplo: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *RDACM*, 2014, pp. 45-49; CLEMENTE MEORO, *DPyC*, 2014, pp. 173-199; MARTÍNEZ OTERO, *RBD*, 2015, pp. 366-377; CABEZUELO ARENAS, *RAD*, 2014, pp. 103-113; SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, *Diario La Ley*, 2014; ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, *La Ley DF*, 2014, pp. 92-101; DE PRADA RODRÍGUEZ, *AC*, 2014, pp. 455 y ss.; y ROMERO GALLARDO, *RJCyL*, 2015, pp. 1-40.

⁵⁶ Comentada por: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *RDACM*, 2010, pp. 19-28; CABEZUELO ARENAS, *DPyC*, 2010, pp. 163-195; ESCRIBANO TORTAJADA, 2011, pp. 919-935; y CASTILLA BAREA, *CCJC*, 2011, pp. 91-117.

tencia del Tribunal Supremo por estimar que se había producido una vulneración de los derechos al honor y a la propia imagen de la persona con discapacidad: en cuanto al derecho al honor, lo consideró vulnerado por el propósito burlesco por parte del programa, y, respecto al derecho a la propia imagen, por la difusión no consentida de la imagen de la persona con discapacidad. Para llegar a tal conclusión, argumentó que la valoración de si existe o no el consentimiento expreso exigido por el artículo 3 LOPDH como causa excluyente de la ilicitud de la intromisión no podía hacerse depender únicamente de una declaración judicial de incapacidad, y que en el caso enjuiciado no había existido un consentimiento válido y eficaz que permitiera excluir la ilicitud de la intromisión en el derecho al honor y a la propia imagen. Además, tuvo en cuenta el factor de que el déficit cognitivo e intelectual de la persona entrevistada fuera evidente, por lo que el entrevistador podría haber advertido que no estaba en condiciones de prestar un consentimiento válido para la intromisión en sus derechos al honor y a la propia imagen.

A mi modo de ver, la interpretación del Tribunal Constitucional resulta acertada, y de hecho ha recibido una crítica favorable por parte de la doctrina⁵⁷. Es más, creo que es plenamente compatible con el nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad, pese a haber sido dictada varios años antes de la entrada en vigor la Ley 8/2021. Y es que, aunque esta predique la autonomía de la persona con discapacidad intelectual para actuar por sí misma, considero que lo razonable es que si se demuestra la ausencia efectiva de la necesaria capacidad natural para entender y querer dicho acto quede excluida la validez de la declaración de voluntad por la que se autoriza la intromisión ilegítima⁵⁸ (y destruida la presunción de capacidad prevista en el artículo 322 Cc.⁵⁹), con independencia de que se haya previsto o no la necesidad de algún tipo de apoyo para realizar el acto en cuestión. Téngase en cuenta que la existencia de un consentimiento consciente y libre es un presupuesto ineludible para la validez y eficacia jurídica de toda declaración de voluntad; en otro caso, independientemente de la causa (edad, discapacidad intelectual, presencia de un vicio del consentimiento, etc.), dicha declaración de voluntad será inválida⁶⁰. Por tanto, como pone de manifiesto el Tribunal Constitucional en su Sentencia 208/2013, de 16 de diciembre (RTC 2013\208), la vali-

⁵⁷ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *RDACM*, 2014, pp. 2 y 3; SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, *Diario La Ley*, 2014, p. 3; y DE VERDA Y BEAMONTE, 2015, pp. 5 y 6.

⁵⁸ Vid. DÍAZ ALABART, *RDP*, 2013, p. 16.

⁵⁹ De hecho, así lo ha reconocido el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones: *vid.* a modo de ejemplo: SSTs de 15 de febrero de 2001 (RJ 2001\2051), de 14 de febrero de 2006 (RJ 2006\887) y de 26 de abril de 2008 (RJ 2008\2680).

⁶⁰ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2019, p. 261.

dez del consentimiento emitido por una persona con discapacidad intelectual será una cuestión casuística, no resultando válido el consentimiento prestado por quien carece de madurez suficiente para ello, pese a que no se haya establecido un sistema de representación o asistencia para emitir tal consentimiento⁶¹.

El problema es que para que la intromisión se considere ilegítima por falta de consentimiento parece necesario que la invalidez del consentimiento pudiera ser conocida por quien lleva a cabo dicha intromisión. De hecho, ya hemos visto que el Tribunal Constitucional señaló como elemento relevante para calificar la intromisión como ilegítima que la discapacidad del entrevistado fuera apreciable a simple vista. Pero cuando de Internet se trata, resulta más difícil para el interlocutor conocer que está tratando con una persona que padece algún tipo de discapacidad intelectual. Y ello, que desde luego presenta una vertiente positiva, pues favorece la inclusión de las personas con discapacidad intelectual⁶², conlleva un importante problema: en muchas ocasiones las personas con las que interactúen no van a ser conscientes de su falta de capacidad natural para emitir válidamente el consentimiento.

Aplicando la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional al ámbito de las redes sociales, creo que solo cuando el sujeto que lleva a cabo la intromisión en los derechos de la personalidad de la persona con discapacidad hubiera podido advertir objetivamente que esta padece una discapacidad intelectual y que probablemente requiere de apoyos para prestar consentimiento válido, habría que reputar la intromisión como ilegítima por falta de consentimiento, pudiendo derivarse entonces las correspondientes responsabilidades. En otro caso, parece que el sujeto no responderá sino desde el instante preciso en el que hubiera tenido noticia de que la persona que ha emitido el consentimiento estaba naturalmente impedida para ello. Así, de continuar con la intromisión una vez conozca la falta de capacidad natural de la otra persona para emitir consentimiento válido, esta pasará automáticamente a considerarse ilegítima (y lo mismo ocurrirá si en cualquier momento se revoca el consentimiento: art. 2.3 LOPDH). Obviamente, lo anterior no supone que mientras el interlocutor desconozca la falta de capacidad natural de entender y querer de la persona que ha prestado el consentimiento este sea válido (no lo es, porque no ha sido emitido de forma consciente y libre), sino únicamente que durante ese periodo queda excluido el carácter ilegítimo de la intromisión.

⁶¹ Vid. DE TORRES GUAJARDO, *La Ley DF*, 2018.

⁶² Vid. ROMÁN SAN MIGUEL, 2015, pp. 13 y 19.

Finalmente, como anticipaba, el artículo 3 de la LOPDH requiere de adaptación a la nueva regulación de la discapacidad⁶³. Aunque la primera parte es perfectamente compatible con el sistema instaurado por la Ley 8/2021, toda vez que permite que sea la propia persona con discapacidad la que preste el consentimiento para la intromisión ilegítima en sus derechos de la personalidad cuando cuente con madurez suficiente para ello; no ocurre lo mismo con la segunda parte. Al respecto, debería eliminarse en todo caso el término «incapaces», sustituyéndolo por otro que resulte más acorde con la nueva terminología, como por ejemplo personas necesitadas de apoyo, o mejor aún, siguiendo la interpretación que viene haciendo del precepto el Tribunal Constitucional, podría referirse directamente a las personas que carezcan de la suficiente capacidad natural de entender y querer el acto de intromisión⁶⁴. Y es que, es perfectamente posible que una persona con discapacidad intelectual que precise de apoyos para determinados actos cuente con capacidad natural de entender y querer para autorizar por sí sola una concreta intromisión en sus derechos de la personalidad; lo mismo que puede suceder que, no necesitando de apoyos para otro tipo de actos, no cuente con la capacidad natural necesaria para emitir el consentimiento por el que autorice una intromisión en sus derechos de la personalidad. Así mismo, con el fin de adaptarse a la nueva regulación de la discapacidad, el artículo 3 de la LOPDH debería establecer con carácter general un sistema de asistencia para los supuestos en los que la persona que ha de emitir el consentimiento para admitir una intromisión en sus derechos de la personalidad carezca de capacidad natural para ello, reservando la representación para aquellos casos especialmente graves en los que la asistencia no resulte suficiente.

b) UTILIZACIÓN ORDINARIA DE LAS REDES SOCIALES

i) *Regla general*

Centrándome en los apoyos que pueden prestarse a la persona con discapacidad intelectual en el ámbito de las redes sociales, como he señalado al referirme al nuevo sistema de protección diseñado por la Ley 8/2021, este se caracteriza por admitir un amplio abanico de posibilidades⁶⁵, por lo que los apoyos que hayan de establecerse dependerán de las necesidades específicas de la perso-

⁶³ Vid. MATEO SANZ, 2016, p. 146; y GARCÍA RUBIO, RDC, 2018, pp. 194-195.

⁶⁴ Vid. SOLÉ RESINA, 2015, p. 209.

⁶⁵ Vid. epígrafe IV.1.

na en cada situación concreta (de su grado de discapacidad, de la actuación concreta para la que precise de los apoyos, etc.). De hecho, uno de los propósitos principales de la nueva normativa de protección de las personas con discapacidad es huir de regímenes estereotipados, tratando de hacer una especie de traje a medida que se adapte a las necesidades específicas de cada persona.

Por poner algunos ejemplos de los apoyos concretos que se pueden proporcionar a la persona con discapacidad intelectual en su actividad regular en redes sociales, como primer paso (tras aceptar los términos y condiciones de uso y la política de privacidad⁶⁶), sería interesante que se le ayudara a configurar adecuadamente las opciones de privacidad de la red social. También a elaborar su perfil, pues constituirá su carta de presentación en el entorno virtual. Una vez realizado lo anterior, los apoyos se pueden materializar en ofrecerle consejo antes de tomar decisiones relevantes, intercambiar impresiones sobre diversos aspectos de las redes sociales, advertirle de los peligros (para que los conozca y los tenga en cuenta), conversar acerca de cómo mejorar su seguridad o sobre el modo en el que ha de comportarse con otras personas en Internet, etc. Como se puede observar, para cualquier tipo de apoyo que se preste, la comunicación fluida entre la persona con discapacidad intelectual y aquella que ha de prestarle los apoyos se torna crucial.

Pero habrá supuestos en los que los mencionados apoyos no resulten suficientes para salvaguardar los derechos de la persona con discapacidad intelectual en su actividad en redes sociales, por existir un riesgo objetivo e inminente de que estos resulten menoscabados. Y ello hará necesario establecer apoyos más intensos, una cuestión a la que paso a referirme en el siguiente apartado.

ii) *Intensificación de los apoyos en situaciones de peligro*

La mayor autonomía de las personas con discapacidad que predica la Ley 8/2021 implica lo que la Observación general N.º 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁶⁷ ha denominado «derecho a asumir riesgos y a cometer errores» (punto 22), y al que nuestra doctrina suele referirse como «derecho a equivocarse»⁶⁸.

Ahora bien, cabe preguntarse si este derecho a equivocarse no habría de estar sujeto a ciertos límites, especialmente, en aquellos

⁶⁶ Vid. epígrafe IV.2.B).a).i).

⁶⁷ Disponible en: <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>, (fecha de última consulta: 15/01/2021).

⁶⁸ Vid. LEGERÉN-MOLINA, 2019, p. 196.

casos en los que un tercero pudiera abusar de la situación de falta de capacidad cognitiva o volitiva en la que se encuentra una persona⁶⁹ o en los que la propia actuación de la persona con discapacidad intelectual le esté causando perjuicios o poniéndole en peligro (imaginemos, por ejemplo, que está utilizando las redes sociales para compartir imágenes comprometidas o para participar en grupos que promueven prácticas violentas o peligrosas): ¿no cabría pensar en adoptar medidas para evitar que comparta ese tipo de fotos o para impedir que forme parte de esos grupos?

Siguiendo a LEGERÉN MOLINA, considero que el límite a la autonomía de actuación habría de situarse en el «peligro objetivo» para la persona en su dimensión personal o patrimonial⁷⁰ (aquí nos interesa especialmente la dimensión personal), una cuestión que a mi modo de ver está indisolublemente ligada a la protección de lo que tradicionalmente hemos conocido como interés superior de la persona con discapacidad. El Tribunal Supremo define dicho interés superior en su Sentencia de 8 de noviembre de 2017 (RJ 2017\4745) como «la suma de los distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico de su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión [...]»; lo que pone de relieve la necesidad de asegurar la protección de sus derechos más básicos, a mi modo de ver, incluso cuando ello pueda suponer limitar en cierta medida el derecho a la libre autonomía o a la accesibilidad.

Sin embargo, en los últimos años ha surgido una corriente en ciertos sectores jurídicos que muestra un rechazo frontal hacia el concepto del interés superior de la persona con discapacidad, hasta el punto de abogar por su supresión de nuestro ordenamiento jurídico y por su sustitución por el criterio de los deseos y preferencias de la persona con discapacidad, que se erigiría, así como el único parámetro aceptable en materia de discapacidad. En ese sentido, resulta reveladora (a la par que sorprendente, al menos para quien escribe) la vehemencia con la que la Observación general N.º 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁷¹ llama a la supresión del concepto del interés superior de la persona con discapacidad de las normativas de los distintos Estados. Al respecto, señala en su punto 21 que «cuando, pese a haber-

⁶⁹ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2014, p. 38; y PARRA LUCÁN, 2015, p. 135.

⁷⁰ Vid. LEGERÉN-MOLINA, 2019, p. 197.

⁷¹ Disponible en: <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>, (fecha de última consulta: 15/01/2021).

se hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del interés superior debe ser sustituida por la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias». Y poco después, continúa diciendo que «el principio del interés superior no es una salvaguardia que cumpla con el artículo 12 en relación con los adultos. El paradigma de la voluntad y las preferencias debe reemplazar al del interés superior para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás». Además, en su artículo 29 b) dispone que «todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, incluidas las formas más intensas, deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo».

A mi modo de ver, relegar el interés superior de la persona con discapacidad a un segundo plano (o incluso eliminarlo de la normativa, como parece sugerir el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad) y sustituirlo para todos los supuestos por los deseos y preferencias de la persona con discapacidad supone una apuesta muy arriesgada, e incluso me atrevería a decir que tremendamente peligrosa, pues es tanto como decir que el respeto a dichos deseos y preferencias ha de anteponerse a su propia seguridad personal. No creo que se hayan medido bien las consecuencias de esta nueva orientación, que, llevada hasta el último extremo, podría conducirnos a concluir que ha de permitirse que, quien carece de discernimiento para conocer la trascendencia de determinados actos, pueda llevarlos a cabo igualmente, aunque con ello corra peligro su propia integridad e incluso su vida.

No parece desde luego que sea esta la *ratio legis* del texto de la Convención de Nueva York de 2006 y tampoco creo que pueda deducirse de ningún punto de su tenor literal. Es más, pese a que la Convención solo alude de forma expresa al interés superior de las personas con discapacidad en sus artículos 7 y 23, que se refieren específicamente a los niños con discapacidad, en nuestra doctrina hay voces que consideran (creo que con razón) que está implícito también en su artículo 12, de modo que ha de generalizarse a todas las personas que padezcan una discapacidad⁷². Por ello, considero que, una vez más, la interpretación que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad hace del texto de la Convención trasciende tanto su tenor literal como su espíritu y finalidad, pues no parece que de ella se derive la necesidad de que los Estados miembros eliminen de sus respectivas normativas toda

⁷² Vid. PAU PEDRÓN, *RDC*, 2018, p. 12.

referencia al interés superior de la persona con discapacidad, tal y como sostiene el mencionado Comité.

Y si atendemos a nuestra normativa interna, me parece que la pervivencia del interés superior de la persona con discapacidad resulta palmaria, pues, a mi modo de ver, cuenta incluso con reconocimiento constitucional, al estar implícitamente previsto en el artículo 49 de la Constitución, que señala que «los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos»⁷³.

Por todo ello, no considero acertado que el tenor de la Ley 8/2021 prescindiera del interés superior de la persona con discapacidad y se haga partícipe de esta nueva corriente que encuentra su máximo exponente en el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. No creo que ello sea compatible con nuestra Constitución y ya hemos visto que resulta bastante dudoso que constituya una exigencia que se derive directamente de la Convención de Nueva York del año 2006 (pese a la particular interpretación que ha hecho de ella la Observación general N.º 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que, en todo caso, tampoco parece tener carácter vinculante para los Estados⁷⁴). No en vano, la falta de referencia al interés superior de las personas con discapacidad ha sido ya objeto de crítica por parte de la doctrina, abogando por su inclusión en la misma⁷⁵. Incluso el Consejo General del Poder Judicial en su Informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad puso de manifiesto la inconveniencia de prescindir de forma absoluta del concepto del interés superior de la persona con discapacidad⁷⁶.

En cualquier caso, pese a la falta de referencia expresa en la Ley 8/2021, entiendo que el interés superior de la persona con discapacidad seguirá presente en nuestro Derecho, pues como he apuntado, es un principio que parece derivarse directamente del

⁷³ Vid. en este sentido: DE LA IGLESIA MONJE, *RCDI*, 2013, p. 4128; y RODRÍGUEZ ESCUDERO, *AC*, 2016, pp. 18-31.

⁷⁴ Vid. epígrafe IV.1.

⁷⁵ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, 2019, p. 268.

⁷⁶ Vid. Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, p. 36. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/stfils/CGPJ/COMISI%C3%93N%20DE%20ESTUDIOS%20E%20INFORMES/INFORMES%20DE%20LEY/FICHERO/20181129%20Informe%20Anteproyecto%20Ley%20reforma%20legislaci%C3%B3n%20civil%20y%20procesal%20sobre%20discapacidad%2017.18.pdf> (fecha de última consulta: 12/01/2021).

artículo 49 de la Constitución. Es más, creo que no solo continuará formando parte de nuestro ordenamiento, sino que, además, el interés superior de la persona con discapacidad debería ser el principio que inspirara todo el sistema de protección de las personas con discapacidad, tanto en la actuación de la persona encargada de prestar los apoyos como en la de los poderes públicos en el momento de establecerlos.

Y es que, llámese interés superior de la persona con discapacidad o llámese protección de sus derechos fundamentales de la personalidad (dado el rechazo que últimamente parece generar en ciertos sectores la primera expresión), de lo que no hay duda es de que debe existir algún límite a la autonomía de actuación de quien carece de capacidad de discernimiento suficiente para conocer la trascendencia de sus actos y lleva a cabo determinadas conductas que le ponen en peligro, ya no solo a efectos patrimoniales (respecto de los que también es ciertamente discutible desproveerle de una protección adecuada), sino también a efectos personales, llegando a poner en peligro su integridad física y psíquica.

Además, si el único criterio a tener en cuenta por la persona que presta los apoyos fuera el de respetar los deseos y preferencias de la persona con discapacidad (como hemos visto que defiende el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), entonces carecería de sentido hablar de una labor de supervisión y acompañamiento, pues en realidad su función se agotaría desde el momento que proporcionara a la persona con discapacidad intelectual la información necesaria acerca de las redes sociales y se pusiera a su disposición para resolver sus posibles dudas.

Parece que lo correcto sería tratar de buscar un equilibrio entre el interés superior de la persona con discapacidad (o la protección de sus derechos fundamentales de la personalidad, si se prefiere) y el respeto a sus deseos y preferencias, o lo que es lo mismo, a su libre autonomía de actuación. Por tanto, los esfuerzos han de centrarse en determinar qué medidas van a permitir alcanzar ese equilibrio en cada supuesto concreto.

Y es que, las medidas a las que me he referido en el apartado anterior no siempre van a resultar adecuadas, pues, aunque es cierto que cumplen con el requisito de ser perfectamente respetuosas con los deseos y preferencias de la persona con discapacidad intelectual, en ocasiones no son suficientes para asegurar que sus derechos fundamentales de la personalidad queden protegidos; y en ese caso no nos permitirán alcanzar el deseado equilibrio.

Tampoco serán adecuadas las medidas que se sitúen en el extremo contrario, es decir, aquellas que por resultar excesivamente

garantistas y estar enfocadas exclusivamente a la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad, terminan prescindiendo totalmente de sus deseos y preferencias, o incluso vulnerando otros derechos. Es lo que ocurre, por ejemplo, con las medidas que consisten en impedirle de forma absoluta el acceso a Internet, o incluso con aquellas que se limitan a prohibirle el acceso únicamente a determinadas redes sociales. Estas medidas no solo no toman en consideración los deseos y preferencias de la persona con discapacidad intelectual, sino que además suponen una vulneración de su derecho de acceso al mundo virtual y a participar libremente en la sociedad⁷⁷, por lo que creo que han de ser descartadas.

Por ello, no me parece oportuna la previsión que recoge el artículo 222-36.3 del Código Civil de Cataluña, en la redacción dada por La Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña, que señala que «los tutores también pueden promover las medidas adecuadas y oportunas ante los prestadores de servicios digitales y, entre otras, instarlos a suspender provisionalmente el acceso de los tutelados a sus cuentas activas, siempre y cuando exista un riesgo claro, inmediato y grave para su salud física o mental, habiéndolos escuchado previamente» (téngase en cuenta que por el momento el Código Catalán no ha suprimido la figura de la tutela para las personas con discapacidad –art. 222-1–⁷⁸, por lo que la citada previsión resulta aplicable también a estas). Y es que, el mencionado precepto no solo faculta al tutor de la persona con discapacidad para solicitar que se suspenda su acceso a determinadas redes sociales, sino que además permite que lo haga sin contar para ello la correspondiente autorización del juez, unas previsiones que creo que no se compadecen bien con la nueva filosofía instaurada por la Convención de Nueva York de 2006 en materia de protección de las personas con discapacidad ni con el principio de accesibilidad, al que me he referido en el segundo apartado de este escrito⁷⁹. De hecho, en el nuevo régimen que se ha introducido en el Código Civil, creo que ni siquiera sería admisible que el juez autorizara a la persona encargada de prestar los apoyos para que impidiera totalmente el acceso a las redes sociales a la persona con discapacidad intelectual, pues el artículo 269 Cc. dispone que «en ningún caso podrá incluir la resolución judicial la mera privación de derechos».

⁷⁷ Vid. epígrafe II.

⁷⁸ Aunque se están llevando a cabo diferentes movimientos en dicho territorio para adaptar su regulación a la Observación general N.º 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (vid. MAYOR DEL HOYO, *RCDI*, 2020, pp. 3373-3375).

⁷⁹ Vid. epígrafe II.

Sin embargo, considero que sí cabría establecer un sistema de supervisión del acceso a las redes sociales por parte de la persona con discapacidad intelectual cuando el objetivo sea apartarle de algún peligro concreto; siempre eso sí, con la correspondiente autorización judicial. Además, me parece una medida que, ejecutada de forma correcta, puede facilitar que se alcance el equilibrio que se busca entre la salvaguarda de los derechos fundamentales de la personalidad de quien padece una discapacidad intelectual y el respeto a su autonomía de actuación.

Así, cuando se detecte que la persona afectada por una discapacidad intelectual está llevando a cabo prácticas en Internet que pueden comprometer su seguridad personal o su propia dignidad, considero que podría recurrirse al juez con el fin de que autorice a la persona encargada de prestarle los apoyos para que supervise su acceso a los servicios de redes sociales. En todo caso, el juez habrá de ser especialmente cauteloso a la hora de adoptar tal decisión, pues, como señala el Tribunal Supremo en su Sentencia de 30 de septiembre de 2014 (RJ 2014\4864), la determinación de que realmente existe un perjuicio objetivo que justifique la adopción de este tipo de medidas «debe ser el resultado de un estudio muy riguroso [...]».

La autorización concedida por el juez debería facultar a la persona encargada de prestar los apoyos para ponerse en contacto con los responsables de la red social en cuestión a fin de solicitarles que le auxilien en el ejercicio de la función de control que le ha sido encomendada, a través de la adopción de mecanismos que garanticen que pueda llevarla a cabo con éxito.

En todo caso, salvo que se trate de supuestos de extrema gravedad, creo que habría que comenzar por el establecimiento de medidas que sean lo menos invasivas posible para los derechos de la persona con discapacidad intelectual, como por ejemplo, incluir el perfil de la persona encargada de prestar los apoyos en su círculo de contactos en la red social (o de «amigos», si se prefiere emplear la expresión que utiliza la red social dominante en la actualidad), de modo que pueda supervisar su actuación de forma remota, aun con las limitaciones que ello implica (ej. podría conocer qué información pública en las redes, pero no todos los usuarios con los que se relaciona o la información que comparte con ellos en privado).

Cuando estas medidas se revelen insuficientes, o cuando se trate de casos en los que exista un peligro extremo e inminente para los derechos de la persona con discapacidad intelectual, cabría pensar en el establecimiento de otras medidas de supervisión más drásticas, pudiendo llegar incluso a limitar el acceso autónomo de

la persona con discapacidad intelectual a los servicios de redes sociales y estableciendo que deba acceder acompañada en todo momento por la persona encargada de prestar los apoyos, de modo que pueda controlar su actuación y evitar toda conducta susceptible de lesionar gravemente los derechos de la persona con discapacidad intelectual: por ejemplo, sentándose a su lado mientras utiliza las redes sociales⁸⁰.

Con el fin de garantizar la eficacia de estas últimas medidas, creo que lo más práctico sería habilitar a la persona encargada de prestar los apoyos para que pudiera requerir a los responsables de la red social de que se trate para que imposibiliten que la persona con discapacidad intelectual pueda acceder a su cuenta sin supervisión (en términos semejantes a lo previsto en la norma catalana, pero en vez de suspendiendo la cuenta o impidiendo totalmente el acceso a la misma, garantizando que este tenga lugar bajo la debida supervisión). A modo de ejemplo, podría modificarse la clave de acceso a la cuenta, de modo que la persona con discapacidad intelectual solo pudiera acceder a ella cuando la persona que presta los apoyos introduzca la nueva contraseña que le hayan proporcionado los responsables de la red social (obviamente, sin que el hecho de contar con la clave de acceso le autorice en ningún caso a acceder a la cuenta sin el permiso de su titular⁸¹). Es cierto que ello no garantiza en modo absoluto que la persona con discapacidad intelectual no vaya a acceder a las redes sociales sin supervisión, pues podría idear mecanismos para salvar las limitaciones establecidas: por ejemplo, creando otra cuenta; pero cuanto menos sí que lo dificulta, haciendo que resulte más arduo para la persona con discapacidad poner en práctica este tipo de actuaciones que le ponen en peligro.

En el ejercicio de esta labor de supervisión y acompañamiento (que, repito, en todo caso habría de ser autorizada por el juez), entiendo que la persona que presta los apoyos podría impedir determinados actos (ej. enviar fotos comprometidas o relacionarse con determinadas personas) aun cuando ello fuera en contra de los deseos y preferencias de la persona con discapacidad intelectual, por ser lo más conveniente para la salvaguarda de sus derechos fundamentales o de su interés superior, si se me permite utilizar esta expresión recientemente proscrita desde algunos sectores. El propio Tribunal Supremo señaló en su Sentencia de 30 de septiembre de 2014 (RJ 2014\4864) que «la voluntad de la persona discapacitada debe ser respetada salvo que razones objetivas permitan concluir que ello le perjudicaría».

⁸⁰ *Vid.* también: epígrafe IV.2.A).

⁸¹ *Vid.* epígrafe IV.2.B).b).iii).

Ahora bien, creo que habría que exigir a la persona encargada de supervisar la actividad en redes sociales de la persona con discapacidad intelectual que sea especialmente cautelosa en el ejercicio de dicha función, procurando salvaguardar en la medida de lo posible sus derechos a la accesibilidad y a la intimidad. Para garantizar el derecho de accesibilidad podría, por ejemplo, tratar de contar con la mayor disponibilidad posible para ejercer su labor de control y que, por tanto, la persona con discapacidad intelectual pudiera acceder a estos servicios con la frecuencia deseada. Y en cuanto al derecho a la intimidad, entiendo que la persona que presta los apoyos tendría que limitar su control a aquellas situaciones que realmente puedan poner el peligro a la persona con discapacidad intelectual, permitiendo que la mayor parte de relaciones que entable en las redes sociales tengan un carácter reservado. Así, a modo de ejemplo, creo que no estaría autorizada para inmiscuirse en las conversaciones que mantiene o en las informaciones que comparte con personas de confianza, que no plantean ningún tipo de peligro para ella y que, de hecho, normalmente serán conocidas también por la persona encargada de prestar los apoyos.

Junto a ello, quien asume la tarea de supervisar la actividad de la persona con discapacidad intelectual en Internet ha de tratar de garantizar que esta adquiera las competencias necesarias para que progresivamente pueda utilizar las redes sociales con mayor autonomía, dando cumplimiento así el mandato que ha introducido el artículo 2.23 de la Ley 8/2021 en el artículo 249.2 del Código Civil, que le exige que fomente que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro.

Antes de cerrar este apartado me gustaría apuntar que, con el objeto de proporcionar mayor seguridad a todas las partes implicadas, sería deseable que la nueva regulación hubiera previsto mecanismos de protección que permitieran atender de forma específica a estos supuestos en los que se constate que la persona con discapacidad intelectual, actuando con plena autonomía y de acuerdo a sus deseos y preferencias (tal y como predica la norma), esté llevando a cabo actuaciones que le coloquen en una situación objetiva de peligro. Y es que, pese a que aquí se han realizado diferentes propuestas, creo que lo apropiado sería que la normativa se ocupara expresamente de esta cuestión. Téngase en cuenta que las personas que han de prestar los apoyos se encuentran frecuentemente perdidas ante este tipo de situaciones y no saben muy bien cómo han de afrontarlas, terminando en no pocas ocasiones por impedir totalmente el acceso a las redes sociales a la persona con discapacidad intelectual, tal y como hemos visto en su momento, sacrificando

por completo su derecho de acceso a estos servicios⁸². Creo que ello podría evitarse si la propia ley les proveyera de herramientas útiles que les permitieran hacer frente a estas situaciones, como las que aquí se han propuesto.

iii) *Límites en el ejercicio de los apoyos*

Independientemente del tipo de apoyos que se establezcan o de su intensidad, en ningún caso deberían servir como pretexto para vulnerar derechos de la persona con discapacidad intelectual, pues el artículo 22 de la Convención de Nueva York de 2006 señala expresamente que «ninguna persona con discapacidad, independientemente de cuál sea su lugar de residencia o su modalidad de convivencia, será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación, o de agresiones ilícitas contra su honor y su reputación. Las personas con discapacidad tendrán derecho a ser protegidas por la ley frente a dichas injerencias o agresiones» (*vid.* también: punto 29.f de la Observación general N.º 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁸³). Una previsión que en realidad ya había sido recogida mucho antes con carácter general por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que en su artículo 12 dispone que «nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques»⁸⁴.

Ello implica que la persona a la que corresponda prestar los apoyos ha de abstenerse de llevar a cabo cualquier actuación que pueda suponer una injerencia injustificada en los derechos de la persona con discapacidad intelectual. En este punto cabe hacer una referencia específica al derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), pues es el que se puede ver amenazado en mayor medida cuando los apoyos en el ámbito de las redes sociales no se ejercen en la forma adecuada. A modo de ejemplo, hay que excluir la posibilidad de que la persona encargada de prestar dichos apoyos pueda acceder a las cuentas que la persona con discapacidad tenga en las distintas

⁸² *Vid.* epígrafe II.

⁸³ Disponible en: <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>, (fecha de última consulta: 15/01/2021).

⁸⁴ *Vid.* en términos semejantes: artículo 8 del Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de 1950 y artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

redes sociales y servicios de Internet sin su consentimiento expreso (incluso aunque cuente con las claves de acceso a las mismas, porque le hayan sido proporcionadas para garantizar la supervisión de la actividad de la persona con discapacidad en redes sociales con objeto de apartarla de un peligro concreto⁸⁵), precisamente porque supondría una intromisión ilegítima en su derecho fundamental a la intimidad. Cuestión distinta sería que la propia persona con discapacidad consintiera expresamente la injerencia en su derecho a la intimidad (art. 2.2 LOPDH), permitiendo o incluso requiriendo el acceso a sus cuentas (siempre que cuente con capacidad suficiente para consentir la mencionada intromisión en sus derechos de la personalidad⁸⁶). Además, ya hemos visto que en los casos excepcionales en los que la persona que presta los apoyos haya de supervisar constantemente la actividad de la persona con discapacidad intelectual en redes sociales, deberá hacerlo en la forma menos invasiva para sus derechos, tratando de salvaguardar en la medida de lo posible su derecho a la intimidad⁸⁷.

C) PRESCINDENCIA DE LOS APOYOS POR PARTE DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD COMO PRINCIPAL PROBLEMA PARA SU PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO DE LAS REDES SOCIALES

Uno de los principales problemas que plantea la protección de las personas con discapacidad intelectual en el ámbito de las redes sociales es que, con carácter general, la decisión acerca de si recurrir o no a los apoyos de terceras personas (en caso de que los precisen) va a depender exclusivamente de su voluntad. De hecho, un estudio elaborado por dos profesoras de la Universidad de Jaén, al que ya se ha hecho referencia *ut supra* (aunque a otros efectos), pone de manifiesto que la mayoría de los usuarios de redes sociales que padecen algún tipo de discapacidad intelectual (alrededor del 52 %) acceden a las mismas sin contar con ningún tipo de apoyo⁸⁸.

Al respecto, la Observación general N.º 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁸⁹ ha interpretado que la persona con discapacidad tiene derecho a prescindir libremente de los apoyos que se hayan establecido (punto 29.g). Así parece deducirse también del tenor de la nueva redacción que

⁸⁵ Vid. epígrafe IV.2.B).b).ii).

⁸⁶ Vid. epígrafe IV.2.B).a).ii).

⁸⁷ Vid. epígrafe IV.2.B).b).ii).

⁸⁸ Vid. PEGALAJAR PALOMINO y COLMENERO RUIZ, *RETE*, 2014, p. 6.

⁸⁹ Disponible en: <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>, (fecha de última consulta: 15/01/2021).

ha dado el artículo 2.52 de la Ley 8/2021 al artículo 1302 del Código Civil, que dispone que «los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar prescindiendo de ellas cuando fueran precisas, podrán ser anulados por ellas, con el apoyo que precisen». De este modo, como expone DE SALAS MURILLO, aunque no existiría un derecho a rechazar la imposición de un sistema de apoyos, una vez establecido sí que se podría prescindir del mismo por la sola voluntad de la persona con discapacidad⁹⁰.

En el caso de las redes sociales, ello incluiría, por ejemplo, el derecho de la persona con discapacidad intelectual a no recibir información acerca del modo en que ha de manejarlas o sobre los peligros a los que se enfrenta cuando accede a ellas; así como a no obtener asesoramiento a la hora de consentir las condiciones fijadas por los servicios de Internet para el acceso a los mismos.

El rechazo de los apoyos por parte de quien ha de recibirlos revela claramente que dichos apoyos resultan ineficaces en el caso concreto para garantizar su protección⁹¹, dejando a la persona con discapacidad intelectual en una situación de gran vulnerabilidad ante los diferentes peligros presentes en la red. Por ello, con el objeto de evitar que se den estas situaciones de prescindencia de los apoyos, sería conveniente adoptar medidas para tratar de concienciar a las personas afectadas por una discapacidad intelectual y que precisen de apoyos para que eviten utilizar estos servicios sin contar con ellos. Además, como adelantaba en el apartado dedicado a la persona que ha de considerarse idónea para prestar los apoyos, sería recomendable que se encomendara su ejercicio a alguien en quien la persona que padece la discapacidad confíe y con quien suela compartir ciertas intimidades, como, por ejemplo, una persona que pertenezca a su círculo de amigos y cuente con una edad similar a la suya⁹². E independientemente de la persona a la que se designe para prestar los apoyos, si el rechazo a los mismos es sistemático y continuado, quizás cabría pensar en sustituirla por otra persona, pues es probable que dicho rechazo responda a algún motivo de carácter personal, como por ejemplo que la persona con discapacidad no confíe en ella.

Por último, entiendo que esta posibilidad de prescindir de los apoyos que el tenor de la Ley 8/2021 parece amparar quedaría sujeta a un límite: la constatación de que la actuación de la persona con discapacidad intelectual le está colocando en una situación de

⁹⁰ Vid. DE SALAS MURILLO, *RCDI*, 2020, pp. 2253, 2254 y 2258.

⁹¹ Vid. MAYOR DEL HOYO, *BMJ*, 2014, p. 10.

⁹² Vid. epígrafe IV.2.A).

peligro objetivo. De hecho, ya hemos visto que en estos supuestos resulta conveniente establecer un sistema de supervisión que permita garantizar la salvaguarda de sus derechos; y dicho sistema de supervisión habría de ir acompañado de las oportunas medidas que impidan que la persona con discapacidad pueda prescindir de él voluntariamente, tal y como he expuesto en su momento⁹³.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

A lo largo de estas páginas hemos podido observar que son muchos los beneficios que las redes sociales pueden proporcionar a las personas con discapacidad intelectual, lo que ha llevado a los poderes públicos a no escatimar en esfuerzos a la hora de garantizar su derecho de accesibilidad a las mismas. Buen ejemplo de ello es la «Carta de Derechos Digitales», cuyo undécimo punto tiene por objeto precisamente reconocer a las personas con discapacidad el derecho de accesibilidad a los entornos digitales; así como las numerosas referencias a este principio que encontramos en la normativa reguladora de la discapacidad, tanto en el ámbito internacional como en nuestro Derecho interno, en el que puede llegar a aseverarse que el principio de accesibilidad cuenta con reconocimiento constitucional.

Sin embargo, la otra cara de la moneda está representada por los riesgos que las redes sociales comportan para la salvaguarda de los derechos de la personalidad, unos riesgos que se multiplican en el caso de las personas que padecen algún tipo de discapacidad intelectual.

Ello hace que en muchos casos sea desaconsejable su plena autonomía a la hora de utilizar estos servicios de Internet y exige que se adopten medidas tendentes a garantizar la protección de sus derechos, que se materializarán en el establecimiento de un sistema de apoyos, cuya intensidad dependerá de las circunstancias específicas de la persona afectada por la discapacidad intelectual. En los casos más graves, en los que exista un peligro objetivo para la persona con discapacidad, será necesario adoptar medidas de apoyo especialmente intensas, pudiendo llegar a implicar no solo el asesoramiento, sino también la supervisión constante de la actividad de la persona con discapacidad intelectual en redes sociales. Siempre tratando de alcanzar el difícil equilibrio entre la protección del interés superior de la persona con discapacidad (o de sus derechos

⁹³ *Vid.* epígrafe IV.2.B).b).ii).

fundamentales de la personalidad, dado el rechazo que parece generar últimamente la primera expresión) y el respeto a su autonomía en la utilización de estos servicios.

Y es que, creo que hay que distinguir entre lo que sería un modelo ideal, en el que todas las personas pudieran navegar con plena autonomía por las redes sociales sin necesidad de ningún tipo de asistencia y sin que por ello quedara comprometida la protección de sus derechos; y el modelo real, en el que muchas personas carecen de la capacidad natural necesaria para comprender el funcionamiento de estos servicios o los peligros que conllevan, especialmente cuando se hace un uso inadecuado de los mismos.

El vacío normativo y la falta de previsión de medidas de protección específicas no parecen la mejor solución, pues la práctica demuestra que lo que terminan provocando es que en muchos casos las familias y profesionales que están a cargo de personas con discapacidad intelectual opten por restringir o incluso por impedir totalmente su acceso a las redes sociales ante el temor de que sufran cualquier tipo de perjuicio, lo que supone una vulneración de su derecho a la accesibilidad y les priva de los innumerables beneficios que Internet les ofrece.

Por ello, creo que es el momento de ponerse manos a la obra y adoptar medidas que garanticen que las personas con discapacidad intelectual puedan acceder en condiciones de igualdad a estos servicios, pero no a costa de desatender la protección de sus derechos, sino de un modo seguro, contando con los apoyos de los que precisen en las diferentes situaciones y con la intensidad requerida: ya sea a la hora de emitir el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales o para autorizar ciertas intromisiones en sus derechos de la personalidad, o ya sea para la utilización regular de los servicios.

Solo de esta forma se pueden conciliar eficazmente el respeto a la autonomía de las personas que padecen una discapacidad intelectual y su protección ante los potenciales riesgos que presenta Internet, un nuevo escenario que desde luego exige nuevas soluciones.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, Mercedes: «El derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen de las personas discapacitadas», *La Ley Derecho de Familia*, N.º 2, 2014, pp. 92-101. *La Ley n.º 1585/2014*, pp. 1-12.
- ÁLVAREZ LATA, Natalia y SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio: «El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los

- modelos de representación y guarda a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Derecho Privado y Constitución*, N.º 24, 2010, pp. 11-66.
- BASCONES SERRANO, Luis Miguel: «Compartir la vida. En torno a la adopción de las redes sociales entre las personas con discapacidad y mayores», *Revista Española de Discapacidad*, N.º 2 (I), 2014, pp. 175-191.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «La discapacidad como espectáculo», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, N.º 1, 2010, pp. 19-28. *Aranzadi BIB 2010/582*, pp. 1-5.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «La Protección del honor y de la imagen de los discapacitados», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, N.º 11, 2014, pp. 45-49. *Aranzadi BIB 2014/555*, pp. 1-3.
- BOYD, Danah y ELLISON, Nicole: «Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship», *Journal of Computer-Mediated Communication*, 2007, 23 pp.
- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: «Controversias suscitadas por el consentimiento de discapacitados psíquicos no incapacitados en la LO 1/1982: cuando lo censurable desde la ética no es reprochable para el derecho», *Derecho Privado y Constitución*, N.º 24, 2010, pp. 163-195.
- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: «Discapacitado no incapacitado judicialmente: intromisión ilegítima en su honor e imagen. Consentimiento no válido aunque no medie Sentencia de incapacitación», *Revista Aranzadi Doctrinal*, N.º 11, 2014, pp. 103-113. *Aranzadi BIB 2014/659*, pp. 1-7.
- CASADO DEL RÍO, Miguel Ángel, GARMENDIA LARRAÑAGA, Maialen y GARITAO-NANDIA GARNACH, Carmelo: «Internet y la infancia española con problemas de aprendizaje, de comportamiento y otras discapacidades», *Revista Latina de Comunicación Social*, N.º 74 (4), 2019, pp. 653-667.
- CASTILLA BAREA, Margarita: «Sentencia de 19 de enero de 2010», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N.º 85, 2011, pp. 91-117. *Aranzadi BIB 2011/25*, pp. 1-15.
- CHINER SANZ, Esther, GÓMEZ PUERTA, José Marcos, MERMA MOLINA, Gladys y LOZANO CABEZAS, Inés: «Internet y discapacidad intelectual: riesgos y preocupaciones desde la perspectiva de las familias y de los profesionales», en CASTEJÓN COSTA, Juan Luis (coord.), *Psicología y Educación: Presente y Futuro*, ACIPE, Alicante, 2016, pp. 2865-2872.
- CHINER SANZ, Esther, GÓMEZ PUERTA, José Marcos, y CARDONA-MOLTÓ, María Cristina: «Internet and people with intellectual disability: Internet and people with an approach to caregivers' concerns, prevention strategies and training needs», *NAER: Journal of New Approaches in Educational Research*, Vol. 6, N.º 2, 2017, pp. 153-158.
- CLEMENTE MEORO, Mario Enrique: «Consentimiento prestado por persona discapacitada no incapacitada y derechos fundamentales al honor y a la propia imagen. Consideraciones en torno a la STC 208/2013, de 16 de diciembre», *Derecho Privado y Constitución*, N.º 28, 2014, pp. 173-199.
- DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel: «La curatela y el discapacitado desde el prisma del "principio del superior interés de la persona con discapacidad". Estudio jurisprudencial», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 740, 2013, pp. 4119-4133.
- DE PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes: «Derecho al honor y discapacidad: Tribunal constitucional versus Tribunal Supremo», *Actualidad Civil*, N.º 4, 2014, pp. 455 y ss. *La Ley n.º 1352/2014*, pp. 1-15.
- DE SALAS MURILLO, Sofía: «Significado jurídico del «apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica» de las personas con discapacidad: presente tras diez años

- de convención», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, N.º 5, 2018, pp. 71-120. *Aranzadi BIB 2018/8655*, pp. 1-32.
- DE SALAS MURILLO, Sofía: «¿Existe el derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 780, 2020, pp. 2227-2268.
- DE TORRES GUAJARDO, Ignacio: «Tratamiento de la discapacidad en la ley de jurisdicción voluntaria», *La Ley Derecho de Familia*, N.º 18, 2018, *La Ley n.º 5018/2018*, pp. 1-13.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: *El consentimiento de los menores e incapacitados a las intromisiones de los derechos de la personalidad: a propósito de dos recientes casos decididos por la jurisprudencia*, Instituto de Derecho Iberoamericano: Cuestiones de interés jurídico, 2015, pp. 1-7.
- DÍAZ ALABART, Silvia: «La protección jurídica de las personas con discapacidad psíquica no incapacitadas», *Revista de derecho privado*, N.º 97, 2013, pp. 3-24.
- ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia: «El consentimiento de las personas con discapacidad en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, la Intimidad Personal y Familiar y el Derecho a la Propia Imagen», en DE PAULA BLASCO GASCÓ, Francisco, CLEMENTE MEORO, Mario Enrique, ORDUÑA MORENO, Francisco Javier, PRATS ALBENTOSA, Lorenzo y VERDERA SERVER, Rafael (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Tirant lo blanch, Valencia, 2011, pp. 919-935.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Jesús: «Integración social de los menores con discapacidad a través de Internet», en PÉREZ ÁLVAREZ, Salvador, BURGUERA AMEAVE, Leyre y PAUL LARRAÑAGA, Kepa (coords.), *Menores e Internet*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 137-160. *Aranzadi BIB 2013/14854*, pp. 1-14.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», *Revista de Derecho civil*, Vol. 5, N.º 3, 2018, pp. 173-197.
- GÓMEZ PUERTA, José Marcos y CHINER SANZ, Esther: «Comparación de las percepciones de estudiantes de magisterio sobre los riesgos de Internet para personas con y sin discapacidad intelectual y del desarrollo», *International Journal of Developmental and Educational Psychology*, N.º 1, 2018, pp. 189-198.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: «Algunas consideraciones sobre el consentimiento de las personas con discapacidad mental e intelectual», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, N.º 11, 2018, pp. 141-166. *Aranzadi BIB 2013/14854*, pp. 1-14.
- GUTIÉRREZ RECACHA, Pedro y MARTORELL CAFRANGA, Almudena: «Las personas con discapacidad intelectual ante las TIC», *Comunicar*, N.º 36, 2011, pp. 173-180.
- LEGERÉN-MOLINA, Antonio: «La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos», en DE SALAS MURILLO, Sofía, y MAYOR DEL HOYO, María Victoria (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant lo blanch, Valencia, 2019, pp. 165-212.
- MARTÍNEZ CALVO, Javier: «La ampliación de la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad», en MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio Luis, MIRANDA ERRO, Javier y FLORES, Miriam (coords.), *Avanzando en la inclusión: balance de logros alcanzados y agenda pendiente en el derecho español de la discapacidad*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 415-429.

- MARTÍNEZ CALVO, Javier: «La protección de las personas con discapacidad en el derecho italiano: interdizione, inabilitazione y amministrazione di sostegno», *Revista Española de Discapacidad*, N.º 8 (I), 2020, pp. 43-61.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos: «La tensión entre autonomía y protección en el tratamiento legal de la discapacidad psíquica», en MUÑOZ FERNÁNDEZ, Alberto (coord.), *Las nuevas herramientas de protección jurídico-privada de las personas dependientes: un estudio comparado*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 25-42.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos: «Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote», en DE SALAS MURILLO, Sofía, y MAYOR DEL HOYO, María Victoria (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant lo blanch, Valencia, 2019, pp. 253-270.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos: «La Observación general primera del Comité de Derechos de la Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, y PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (dirs.) y GARCÍA MAYO, Manuel (coord.), *Un nuevo Derecho para las personas con discapacidad*, Ediciones Olejnik, Santiago (Chile), 2021, pp. 85-112.
- MARTÍNEZ ROJAS, Ángela: «Principales aspectos del consentimiento en el reglamento general de protección de datos de la Unión Europea», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, N.º 42, 2016, pp. 59-88
- MARTÍNEZ OTERO, Juan María: «Vulneración del honor y la propia imagen de una persona con discapacidad, por nulidad del consentimiento otorgado para aparecer en un programa televisivo de carácter humorístico. Comentario a la STC 208/2013, de 16 de diciembre (RTC 2013, 208)», *Revista Boliviana de Derecho*, N.º 18, 2015, pp. 366-377.
- MATEO SANZ, Jacobo B.: «El derecho al honor de las personas con discapacidad», en GARCÍA MEDINA, José Javier y GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina (coords.), *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 109-154.
- MAYOR DEL HOYO, María Victoria: «La interrelación de los aspectos jurídico-civiles de la discapacidad y la minoridad: clave en la reforma de la discapacidad», *Boletín del Ministerio de Justicia*, N.º 2173, 2014, pp. 1-26.
- MAYOR DEL HOYO, María Victoria: «Los Derechos civiles en España ante la Convención de Naciones Unidas sobre discapacidad. Especial referencia al Derecho civil aragonés: ¿una adaptación condicionada por la reforma estatal?», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 782, 2020, pp. 3359-3415.
- MONTIEL JUAN, Irene y AGUSTINA SANLLEHÍ, José R.: «Cibervíctimas con discapacidad: cuestiones victimológicas y retos forenses», *Revista Española de Medicina Legal*, N.º 45 (1), 2019, pp. 1-3.
- PARRA LUCÁN, M.ª Ángeles: *La voluntad y el interés de las personas vulnerables: modelos para la toma decisión en asuntos personales*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2015.
- PAU PEDRÓN, Antonio: «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil», *Revista de Derecho civil*, Vol. 5, N.º 3, 2018, pp. 5-28.
- PEGALAJAR PALOMINO, M.ª del Carmen y COLMENERO RUIZ, M.ª Jesús: «Estudio piloto sobre el uso de las redes sociales en jóvenes con discapacidad intelectual», *Revista Electrónica de Tecnología Educativa*, N.º 48, 2014, pp. 1-14.

- PEREÑA VICENTE, Montserrat: «Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa», *Revista de derecho privado*, N.º 100, 2016, pp. 3-40.
- RODRIGO RUIZ, Adriana y ANAUT BRAVO, Sagrario: «Accesibilidad cognitiva, un derecho invisible: Guía adaptada de recursos para la inclusión de las personas con discapacidad intelectual», en CARBONERO MUÑOZ, Domingo, RAYA DÍEZ, Esther, CAPARRÓS CIVERA, Neus y GIMENO MONTERDE, Chabier (coords.), *Respuestas transdisciplinares en una sociedad global: aportaciones desde el Trabajo Social*, Universidad de La Rioja, Logroño, 2016, pp. 1-16.
- RODRÍGUEZ ESCUDERO, Victoria: «El reconocimiento de la dignidad en la protección de los derechos al honor y a la propia imagen de la persona con discapacidad», *Actualidad Civil*, N.º 7-8, 2016, pp. 18-31. *La Ley n.º 5878/2016*, pp. 1-18.
- RODRÍGUEZ FUENTES, Antonio y GARCÍA GÚZMAN, Antonio: «Medios de comunicación y discapacidad: entre la accesibilidad y la interactividad», *Revista Icono*, N.º 1, 2010, pp. 303-319.
- ROMÁN SAN MIGUEL, Aránzazu: «Redes sociales y discapacidad», en ROMÁN SAN MIGUEL, Aránzazu, DEL POZO CRUZ, José Teodoro y ALCÁNTARA LÓPEZ, Rocío (coords.), *Nuevas formas en comunicación para la discapacidad: una visión periodística*, Astigi, Sevilla, 2015, pp. 13-24.
- ROMERO GALLARDO, Alfredo: «Comentario sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional 208/2013, de 16 de diciembre (Asunto «Crónicas Marcianas»: entrevista a una persona con discapacidad psíquica para ridiculizarla, emitida por televisión e Internet)», *Revista jurídica de Castilla y León*, N.º 35, 2015, pp. 1-40.
- SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, Miguel: «TC vs TS en relación con la vulneración de los derechos de un discapacitado. Comentario a la STC de 16 de diciembre de 2013», *Diario La Ley*, N.º 8346, 2014, *La Ley n.º 4457/2014*, pp. 1-4.
- SANTILLÁN SANTA CRUZ, Romina: «Discapacidad psíquica y régimen económico matrimonial», en GALLARDO RODRÍGUEZ, Almudena, ESTACONA PÉREZ, Araya Alicia y BERTI DI MARINIS, Giovanni (coords.), *Los nuevos retos del Derecho de familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 229-243.
- SOLÉ RESINA, Judith: «La protección de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de los menores y discapacitados», en FAYOS GARDÓ, Antonio y CONDE COLMENERO, Pilar (coords.), *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 199-213.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada: «El ejercicio de los derechos de la personalidad de la persona con discapacidad», en DE SALAS MURILLO, Sofía, y MAYOR DEL HOYO, María Victoria (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 409-443.

BIBLIOGRAFÍA

Libros*

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Málaga

GORDILLO CAÑAS, Antonio: *El registro de la propiedad: principios y sistema*, Reus, Madrid, 2020, 1262 pp.

El profesor Antonio Gordillo Cañas publicó en este *Anuario* entre 1994 y 2008 una serie de artículos sobre los fundamentos de nuestro sistema inmobiliario registral. Ahora, pasados estos años, sus discípulos en agradecimiento y homenaje por su dilatada y fructífera trayectoria han recopilado esos trabajos en un volumen que supera con creces el millar de páginas titulado *El registro de la propiedad: principios y sistema*.

El libro está compuesto por seis capítulos. Aun tratándose de trabajos que originariamente se publicaron en un periodo de tiempo muy dilatado, llama la atención la coherencia que guardan entre sí, muestra evidente de la solidez del pensamiento del profesor Gordillo Cañas en torno a los principios hipotecarios y la protección de la apariencia. Precisamente porque la aspiración del volumen es formar al lector en torno a la lógica registral no ensombrece el resultado que, en ciertos puntos, su contenido haya sido superado por la acción de legislador posterior a la publicación de los capítulos en el *Anuario de Derecho civil*. De ahí la advertencia que, a modo de *disclaimer*, aparece en el prólogo de María del Carmen Fernández de Villavicencio Álvarez-Ossorio. El trabajo que se recensiona, prácticamente desde su primera página, está presidido por la voluntad de su autor de subrayar a modo de *leit motiv* las notas fundamentales que, desde los albores de la legislación hipotecaria, caracterizan al sistema registral español y le dotan de originalidad, identidad propia y –¿por qué no decirlo?– de ventajas notables frente a otros modelos comparados.

En el primero de los capítulos se lleva a cabo el análisis inicial de la peculiaridad de nuestro sistema inmobiliario registral frente a los modelos latinos y germánicos. El autor, en una exégesis casi apologética, pone en valor las características de nuestro sistema que armoniza las ventajas de una transmisión sencilla con la plena protección de la apariencia que la inscripción genera. Frente a los modelos de arquitectura compleja como el alemán o parcialmente ineficientes como el francés, el sistema espiritualista y causal de transmisión basado en el título y el modo junto con la eficacia positiva de la inscripción justifican que nuestro modelo sea merecedor de aplauso en un análisis comparatista.

* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

El segundo capítulo constituye una exposición de los principios registrales dentro del marco del Derecho de cosas. Consciente es el autor de que la explicación metodológica a partir de los principios –como las olas del mar– ha tenido sus idas y venidas en la doctrina. Sin embargo, su admisión reporta utilidad para comprender que la finalidad de la Ley Hipotecaria de garantizar el tráfico inmobiliario se articula con el régimen de los derechos reales. Subyace la idea, en definitiva, de la conexión que guardan las bases civiles del Derecho de cosas con los principios hipotecarios que terminan por componer un sistema regulador unitario que sabe integrar las novedades hipotecarias en la tradición civil.

En su análisis aborda los fundamentos del Derecho de cosas y después los principios registrales sustantivos, por un lado, y los organizativos, por otro. Entre aquellos fundamentos el profesor Gordillo Cañas incluye la intermediación e inherencia de los derechos reales; su absolutividad; el realismo y causalismo transmisor; el *numerus apertus*; la protección de los terceros de buena fe; y, por último, la especialidad de los derechos y su publicidad absoluta pero no constitutiva en el ámbito inmobiliario. Entre los principios con eficacia sustantiva incluye los de inoponibilidad; prioridad-rango; legitimación; fe pública; y, finalmente, buena fe. Junto a ellos, los axiomas reguladores de los aspectos formales del Registro: publicidad formal; especialidad; folio real; inscripción como contrapuesto a la transcripción francesa y al encasillado alemán; rogación; titulación auténtica; legalidad; prioridad-cierre; y tracto sucesivo. En un área especialmente propicia a la confusión, el autor justifica con su rigor y minuciosidad habituales la autonomía histórica y vigencia actual de cada uno de los referidos principios y expone su armónica relación en aras a la seguridad jurídica y la generación de una apariencia protegible.

En el tercer capítulo se examina el objeto de la publicidad registral. Gordillo Cañas concluye que «la situación jurídico-real de las fincas, amén de los arrendamientos y las limitaciones de capacidad y dispositivas del titular registral, constituyen el más íntegro y adecuado objeto de la inscripción» (pg. 273). A la vista de ello, el Registro no agota su objeto en la inscripción de los derechos reales y los derechos de crédito inscribibles por reconocimiento legal porque la situación jurídica de las fincas también abarca otras cargas, límites y afecciones. Reflejar el estatus jurídico del inmueble requiere, por tanto, que los derechos vinculados o accesorios de naturaleza personal, precisamente por su vocación ancilar, puedan reflejarse en el folio registral. En este contexto se fundamenta la admisión del *numerus apertus* de los derechos reales. Gordillo Cañas sale al paso de las críticas que rechazan esta solución legal o pretenden minimizarla hasta confundirla, en la práctica, con la opción opuesta. Para ello enlaza su establecimiento sustantivo y su coherencia con el régimen organizativo del Registro para, de este modo, concluir la compatibilidad del *numerus apertus* con la transparencia y la seguridad del tráfico inmobiliario. Una vez aceptada la admisión de los derechos reales atípicos es preciso para el autor dar un paso más. Resulta patente que el título constitutivo de los derechos reales es lo que directa e inmediatamente se inscribe. Sin embargo, los efectos derivados de la publicidad registral, en buena medida, permiten perfilar el verdadero objeto de la inscripción. En definitiva, «lo mismo que en el Registro se inscribe es lo que el Registro pública», ya que «el mismo derecho real acreditado en el título y a través de él inscrito en el Registro, es lo que el Registro hace público a través de la inscripción» (pg. 408).

El objeto de la inscripción se completa con las circunstancias limitadoras de la capacidad dispositiva del titular inscrito y los arrendamientos. Para el autor, es tal la centralidad de la primera de esas materias que, por un lado,

determina el cierre registral para quien contrata con la persona que, según el Registro, carece de capacidad y, por otro, ocasiona la inoponibilidad frente a tercero de las limitaciones que no estuvieran inscritas. Reacciona, de este modo, frente a quienes vacían de utilidad *ad extra* el artículo 2.4 LH. Concluye Gordillo Cañas que «al igual que el derecho real no inscrito no perjudica al tercero que de buena fe lo desconoce, tampoco la incapacidad no inscrita puede perjudicar al tercero que de ella no tiene conocimiento» (pg. 434). La Exposición de Motivos de la Ley de 1861 y su artículo 23 nítidamente apoyaban esta solución que quedó enturbiada por la reforma de 1944-1946 que primero derogó el artículo 23 y luego lo reformuló en el actual 32 LH. Por ello, a juicio del autor en la actualidad es preciso restringir la aplicación del artículo 33 LH frente a quien deposita su confianza en la apariencia protegible y reconocer la inoponibilidad de la incapacidad no inscrita.

El capítulo cuarto examina la dimensión material de la inscripción y su incidencia en la transmisión de derechos reales. A diferencia de otros Ordenamientos, la inscripción ni resulta constitutiva ni se impone coactivamente. Ahora bien, a la inscripción le acompañan una serie de efectos vinculados con los principios de inoponibilidad, legitimación y fe pública. Se trata, por tanto, de una originalidad de nuestro modelo que compagina la plena eficacia aseguradora de la inscripción con su naturaleza declarativa –publicadora según la terminología del autor, pues el «derecho inscrito resultará revestido de un plus de efectividad» (pg. 735)– y voluntaria. Por ello, la inscripción del derecho no desempeña papel alguno en su iter transmisivo ni causa su oponibilidad *erga omnes* pero si se omite no quedará perjudicado el tercero que ignore su existencia. En tales casos, se impide la natural oponibilidad que corresponde a los derechos reales. Así se concilia la simplicidad de las transmisiones y la configuración del Registro como elemento de seguridad del tráfico y apariencia jurídica protegible.

El autor expone los fundamentos históricos y conceptuales de la eficacia no constitutiva de la inscripción. Como contrapunto, resulta sugerente el análisis específico que lleva a cabo sobre la inscripción de la hipoteca. Gordillo Cañas alerta de lo sospechoso que es que el régimen ordinario no cuadre con la hipoteca respecto de la cual hoy se acepta sin componendas que la inscripción es constitutiva. Tal carácter trae causa del artículo 1875 CC y no de la Ley Hipotecaria original, según la cual la inscripción solo era necesaria para perjudicar a terceros en consonancia con la aspiración de evitar hipotecas ocultas o clandestinas (artículo 146 LH 1861). El autor critica el cambio de criterio en torno a la eficacia original de la inscripción de la hipoteca y muestra las incoherencias que ocasiona a partir de los restos legislativos que mantienen el aroma extraregistro de la hipoteca. Baste para ello el artículo 144 LH. El valor constitutivo que el Código asigna a la inscripción se justifica, aparentemente, en la necesidad de un elemento externo de cognoscibilidad y oponibilidad *erga omnes* de la hipoteca. Siendo ello así, propone el autor que el retorno a la ortodoxia original no alteraría esa finalidad ya que la función publicadora de la inscripción permite, con idéntica intensidad, «preservar a los terceros frente a todo efecto de la hipoteca mientras esta no se haya inscrito» (pg. 612).

En relación al valor de la inscripción, Gordillo Cañas se plantea también si excepcionalmente en el marco de la doble venta o la fe pública puede llegar a ser constitutiva. Sin embargo, rechaza tal conclusión. Por un lado, en el artículo 1473.II CC la inscripción únicamente figura como un factor de preferencia entre adquisiciones incompatibles. De ahí, por tanto, que un inmatriculante pueda merecer una protección que la fe pública le niega. Por otro

lado, tampoco puede aceptarse la eficacia constitutiva en relación al artículo 34 LH porque la inscripción tampoco se adentra en el iter transmisivo del derecho, sino que es un requisito para la adquisición *a non domino*.

La concepción dualista del autor en torno al tercero hipotecario, tácita desde las primeras páginas, es objeto de exposición sistemática en el capítulo quinto. Aquí se explica cómo a través de terminología latina la primera doctrina hipotecaria centró la eficacia del Registro en la inoponibilidad de lo no inscrito. Sin embargo, el germanismo posterior nubló dicha centralidad hasta confundirla con un efecto de la fe pública, lo que causa el denominado monismo hipotecario. Como se sabe, también en la actualidad, el debate en torno al monismo o dualismo hipotecario sigue vivo, aunque no siempre se manifieste, en la doctrina y la jurisprudencia. Gordillo Cañas defiende la autonomía de la inoponibilidad registral y, por consiguiente, un dualismo que adjetiva como moderado en relación a los artículos 32 y 34 LH. El análisis que se lleva a cabo de los principios en liza determina su diferente función conceptual: uno salva el defecto en la capacidad de disposición del transmitente y el otro garantiza a quien inscribe que su derecho no resultará impedido por otro otorgado por el mismo causante que no hubiera sido inscrito. Es patente, no obstante, que ambas funciones constituyen círculos secantes toda vez que en la hipótesis de la doble venta la primera enajenación no inscrita determina que el transmitente que fuera titular registral carezca de capacidad de disposición para la segunda venta, la cual podría entenderse suplida por la fe pública. Admite Gordillo Cañas que en dicho supuesto «la inoponibilidad de lo no inscrito al adquirente protegido por el Registro es ya la implícita en la fe pública registral, y no la peculiar inoponibilidad latina inspiradora del vigente artículo 32 LH» (pg. 835). Sin embargo, rechaza que este sea el único caso de eficacia de la inoponibilidad y admite su autonomía desligada de la fe pública, especialmente, en las situaciones de doble venta de fincas no inmatriculadas. El monismo obvia esta situación y rechaza la tutela del segundo comprador que fuera inmatriculante. Los sistemas germánicos y los latinos sí le ofrecerían –por caminos diametralmente distintos– tutela frente al adquirente no inscrito. Ante tal incoherencia tras el análisis comparatista, se plantea Gordillo Cañas el necesario rechazo de la tesis monista. Ahora bien, el tercero latino propio del artículo 32 LH quedará asimilado al germánico del 34 LH en todo lo que no sea el rasgo diferenciador de aquel. De ahí que el dualismo se califique de moderado. La generalización de la inscripción y el funcionamiento normal del Registro de la Propiedad abocan, las más de las veces, a una actuación conjunta de los artículos 32 y 34 LH. Aunque la protección del tercero quede, en la práctica, garantizada se precisa la fijación académica del ámbito de aplicación de los citados preceptos y su conexión con las figuras de la doble venta y la venta de cosa ajena, profusamente analizadas por la jurisprudencia, si bien con enfoques heterogéneos.

También alude el autor a su dualismo moderado en torno a los requisitos que debe reunir el tercero latino. Ninguna discusión presenta la necesaria inscripción y la onerosidad. En torno a la buena fe, a pesar de la división de la doctrina dualista, Gordillo Cañas es decidido partidario de su exigencia. Justifica su necesidad por tratarse –sin perjuicio de lo que se apuntará más adelante– de una adquisición *a non domino* y ser preciso un interés digno de protección. De ahí que el conocimiento de la transmisión anterior descalifique al adquirente no inscrito. Ahora bien, el tercero latino no tendrá que adquirir de titular registral. Dado que el dualismo premia la generación de la aparien-

cia a través de la inscripción, tampoco procede la suspensión de efectos del artículo 207 LH que, por consiguiente, se limita a la fe pública.

Gordillo Cañas termina el capítulo aludiendo a supuestos distintos a la doble venta de finca no inmatriculada en los que autónomamente se podría acudir a la inoponibilidad. En concreto, examina tres situaciones distintas: las resoluciones relativas a la capacidad dispositiva, los arrendamientos inmobiliarios y la posible inoponibilidad de derechos no inscritos al anotante del embargo. En coherencia con lo señalado en el capítulo tercero, en los dos primeros casos, la inscripción es el fundamento de la oponibilidad del derecho inscrito y de la pérdida de eficacia de la situación no inscrita. Con todo, en relación al tercer punto, rechaza la inoponibilidad de los derechos reales anteriores no inscritos que, a pesar ciertas vacilaciones doctrinales, podrán hacerse valer frente al anotante de embargo. Justifica el autor su distinta conclusión en que el reflejo registral del embargo se limita a vincular el inmueble al procedimiento de apremio y a hacer cognoscible dicha sujeción. Siendo la finalidad del Registro el aseguramiento del tráfico inmobiliario queda fuera de su propósito la protección del mero acreedor que cuente únicamente con un derecho personal cuya naturaleza no se altera con ocasión de su anotación.

El capítulo seis se refiere al principio de fe pública registral. En coherencia con los postulados dualistas moderados, en caso de derechos no inscritos sobre fincas inmatriculadas el adquirente posterior que se adelante a inscribir desconociendo la transmisión anterior y confiando en la titularidad que el Registro publica contará con el auxilio del artículo 34 LH. Sin embargo, la seguridad del tráfico hace necesaria una formulación más amplia de la tutela del tercero y de ahí surge el desarrollo de la fe pública. Sostiene Gordillo Cañas que el fundamento de la adquisición *a non domino* es la buena fe del tercero que confía en la apariencia de legitimación del transmitente publicada por el Registro que le permite adquirir *como si* aquella apariencia fuera existente.

En relación a los requisitos de protección es preciso detenerse, especialmente, en la buena fe. Aunque recogido legalmente en 1944 su exigencia desde la primera hora obedece a razones de justicia. Por ello, «el que por sí mismo conoce la realidad no tiene necesidad de ser registralmente informado acerca de ella, ni, en consecuencia, de ser protegido en la confianza puesta en dicha información» (pg. 1007). La fe pública no puede caer en el automatismo de la protección directa de la inscripción. En cuanto a su contenido, consiste en la confianza del tercero en la exactitud de la inscripción y el desconocimiento de su inexactitud (artículos 1950 y 433 CC). Preciso es matizar que la confianza no se refiere necesariamente a la inscripción, pues de lo contrario la consulta registral previa devendría obligatoria, sino que se trata de una confianza en la apariencia de titularidad del transmitente. Se trata, además, de una buena fe subjetiva que habrá de integrar cierto ingrediente ético o elemento de excusabilidad. A pesar de las discusiones doctrinales, Gordillo Cañas colige que «buena fe y diligencia aparecen expresamente como dos cualidades que, formando unidad, se exigen recíprocamente la una a la otra» (pg. 1046). De ahí que el Registro de la Propiedad, aun siendo fuente de apariencia jurídica, no detente su monopolio. Así ocurre con los derechos reales patentes que por «herir los sentidos» perjudican al tercero, aunque los ignore y el Registro no dé noticia de ellos. Especial relevancia presenta en este contexto la posesión en concepto de dueño contraria a lo que el Registro publica. A la luz de ello se precisa poner en relación la buena fe diligente con los «medios racionales y motivos suficientes» a los que alude el artículo 36 LH. Admite el autor la necesidad de aguzar la prudencia para evitar que por esta vía se vacíe de contenido a la fe pública y

se impongan deberes de investigación extrarregistral que, en su fundamento, la seguridad del tráfico pretende evitar.

En relación a cuándo se precisa señala Gordillo Cañas que «es en el momento de la inscripción cuando el tercero ha de encontrarse en situación de buena fe» (p. 1087). Ahora bien, más que referida a un momento concreto la buena fe constituye un requisito del proceso de adquisición en su conjunto. Se trata de una posición minoritaria en la doctrina, y así lo reconoce el autor, pero que encuentra plena justificación por analogía con la usucapión ordinaria y en la lógica de que es con la inscripción cuando se produce el hecho adquisitivo *a non domino*.

Aun siendo la buena fe el fundamento de la protección se precisan otros requisitos: adquisición de un derecho de naturaleza real de una persona que en el Registro ya apareciera con facultades para transmitir; una transmisión derivativa *inter vivos* o tras un procedimiento ejecutivo y la onerosidad de la adquisición o que se trate de un subadquirente gratuito de quien antes hubiera adquirido onerosamente. Asimismo, se requiere la validez del acto adquisitivo y la propia inscripción del tercero.

En cuanto a los efectos, Gordillo Cañas amplía la gama de adquisiciones sanadas por la fe pública. No siempre es una adquisición *a non domino* fundada en la Ley y de naturaleza originaria. Así ocurre cuando el tercero queda protegido frente a las acciones que pretenden atacar la titularidad claudicante del transmitente que fuera dueño o cuando un derecho real limitado no consta inscrito. En tales casos, la fe pública purifica una adquisición *a dominio* pero que, de otro modo, hubiera sido defectuosa.

Hasta aquí *El registro de la propiedad: principios y sistema*. Como se comprende, por la temática del libro y la carga dogmática de su contenido, muchas son las enseñanzas que se pueden extraer, así como diversos los temas para el debate. Comentarlos o, al menos, presentarlos excede con creces estas pocas páginas. A pesar de ello, es preciso indicar que se esté de acuerdo o en desacuerdo con los planteamientos del profesor Gordillo Cañas es de aplaudir su valentía para afrontar todos los problemas de índole registral y su decisión para adoptar conclusiones nítidas y plenamente argumentadas. No encontrará el lector cabos sueltos, posturas eclécticas o ambiguas y sí, por el contrario, sólidos argumentos sistemáticos, históricos y comparados para sostener cada una de sus conclusiones.

Otro aspecto que es necesario destacar es que el profesor Gordillo Cañas rescata para el lector la clarividencia y vigencia conceptual de la Ley Hipotecaria de 1861 y la primera doctrina hipotecaria. En una época como aquella en la que era preciso romper con la tradición jurídica anterior para garantizar la propiedad en aras de la prosperidad pública, asentar y facilitar el acceso al crédito territorial y asegurar un incipiente mercado hipotecario parece que los desafíos legislativos fueron resueltos de la mejor de las maneras. El profesor Gordillo Cañas expone cómo los autores de nuestra primera Ley Hipotecaria supieron distanciarse de los modelos francés y germánico dando origen a «la peculiaridad de nuestro ordenamiento registral de inscripción publicadora y fe pública registral, “mixto” en tal sentido y más perfecto que los sistemas “puros”» (pg. 841). Así se atestigua en el trabajo a través del profuso manejo de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 y nuestra bibliografía histórica junto con abundantísimas referencias al Derecho comparado. Esa «peculiaridad» es que la inscripción no produce la adquisición del derecho, sino que genera una apariencia jurídica protegible. Así se pueden explicar coherentemente

elementos nucleares del sistema como que los derechos reales nacen y son completos antes de su inscripción; el carácter causal de la transmisión; la apariencia de legitimación que sirve al tercero de buena fe para adquirir válida y eficazmente; la quiebra de la buena fe en caso de una apariencia posesoria contradictoria con la registral; la presunción *ius tantum* de exactitud de lo inscrito e incluso la inoponibilidad de lo no inscrito frente al tercero de buena fe que inscribe o inmatricula la finca. En definitiva, la apariencia es el hilo conductor en la configuración interna y externa del sistema registral español.

Se podría decir que el trabajo que ahora se presenta destila una dimensión académica de corte socrático por las abundantes preguntas retóricas que sirven al autor de cauce para su argumentación. No obstante, resulta escasa la atención prestada a la jurisprudencia, de modo que parece que la obra se mueve en el ámbito del «deber ser», más que en el plano del «ser» actual de las cosas. Es claro que un análisis a partir de principios con el propósito de ofrecer una visión holística del sistema invita a ello. Sin embargo, el defecto –si es que, verdaderamente, es tal– se convierte en virtud si se entiende que el estudio de los principios, en abstracto, aspira a una mejor comprensión del sistema de cara a una aplicación más justa en la solución de los casos concretos.

Por otro lado, estimo que resultaba necesaria una sólida construcción académica del Registro de la Propiedad y de los principios que lo sustentan porque tradicionalmente su análisis, como buena parte del Derecho inmobiliario, ha quedado minusvalorado y al margen del mundo universitario por cierta desidia y por contar con cuerpos jurídicos especializados en la materia. Ese abandono ha ocasionado ciertas fricciones entre la eficacia de la inscripción y las reglas tradicionales del Derecho civil que han propiciado, entre otras, derivas conceptuales en defensa de la propiedad *inter partes* y *erga omnes*, la revisión de la naturaleza de la inscripción para hacerla, en la práctica, constitutiva del derecho real, una mayor desconexión del Registro respecto de la realidad física y material y el progresivo fomento de la abstracción respecto de la relación causal. Frente a esta suerte de preterición reacciona el profesor Gordillo Cañas que integra pacíficamente la tradición civil y la apariencia registral. Así, podríamos decir que se suple una laguna significativa en la bibliografía académica que sirve para reconocer a las claras la valía de la academia en el Registro y del Registro en la academia.

Una última reflexión. A la fina arquitectura del libro le falta, no obstante, un sillar fundamental que sirva para cerrar la función del Registro de la Propiedad como institución destinada a la creación y protección de la apariencia. El análisis detallado del principio de legitimación o presunción de exactitud está ausente. Consciente de ello es el profesor Gordillo Cañas que dedica unas pocas páginas del Prólogo del autor para justificar el carácter inconcluso de su obra y exponer, a vuela pluma, las líneas maestras del capítulo que no llegó a ver la luz.

Es preciso concluir. Hay clásicos que no requieren el paso del tiempo para convertirse en tales. La monografía *El registro de la propiedad: principios y sistema* ya es –ya lo era desde su publicación en el *Anuario*– un clásico al que volver repetidas veces para reflexionar sobre el por qué, para quién y para qué se cuenta con un Registro de la Propiedad.

Luis Javier ARRIETA SEVILLA
Profesor de Derecho civil
Universidad de Navarra

**MARÍN VELARDE, Asunción/CABEZUELO ARENAS, Ana Laura/
MORENO MOZO, Fernando (Dir.): *Familia y Derecho en la España
del Siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Luis Humberto Clavería
Gosálbez, Reus, Madrid, 2021, 930 pp.***

En este libro se reúne una cuarentena de trabajos dedicados al Profesor Clavería, cuyos autores concuerdan en que se trata de una gran persona, un gran profesor y un gran civilista –como me consta personalmente– y es uno de los últimos eslabones de la escuela «dorada» de los civilistas sevillanos, iniciada en el siglo pasado por De Diego y De Buen, exiliado en México, continuada por sus discípulos De Castro y De Cossío, y por Juan Jordano Barea, maestro del homenajeado, quien fue precedido en la dirección del Departamento por el legendario mandato de Ángel López, según recuerda atinadamente el Decano Alfonso Castro en el Prólogo de la obra, exquisitamente impresa por la Editorial Reus y organizada con eficacia por Carlos Rogel Vide. Tras unas entrañables semblanzas debidas al propio Rogel y a José León-Castro, la obra se divide en cuatro grandes apartados, que se refieren al Derecho de familia en general y se expande al Derecho de la persona; a continuación, al matrimonio y parejas de hecho; en seguida, a las crisis matrimoniales y al régimen económico, y, por último, a las relaciones parentales, la filiación y las instituciones tutelares. Por supuesto que no podemos abarcar todos los estudios con la extensión que se merecen y en ocasiones nos limitaremos a una sumarísima indicación del tema tratado.

El primero de estos apartados se abre con una serena y docta exposición de los principios rectores del Derecho de familia contemporáneo, de Carlos Lasarte, quien preside el Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España, y se detiene en las transformaciones históricas y sociales de la familia, el matrimonio y el parentesco, los grupos de convivencia, con vínculos de solidaridad y socorro mutuo, que constituyen un *prius* sociológico ante el Derecho, los principios constitucionales y las principales reformas legislativas, los caracteres del Derecho de familia y termina con el régimen estatal y autonómico de la mediación familiar. Por otra parte, de índole distinta son las cáusticas reflexiones críticas y en contra de la corriente predominante de Tomás Rubio, cuya preocupación fundamental es reducir el programa de Derecho de familia que deben explicar los civilistas en un cuatrimestre junto con el Derecho de sucesiones, y por eso propone eliminar, por ejemplo, las lecciones sobre el sistema matrimonial, las donaciones *propter nuptias*, los juicios sobre separación, divorcio o nulidad, o sobre la filiación, en sus palabras, un «verdadero monumento al rabinismo» que ha devenido inútil por la igualdad de los hijos, apoyándose en un sano realismo y en la rica y compleja trayectoria histórica de la familia, sus funciones sociales en la época de la codificación y sus avatares en el terremoto de los últimos treinta años. De estilo diferente, ambas aportaciones enriquecen notablemente la obra.

En este apartado se incluyen, además, diversos estudios sobre la causa ilícita y el control de legalidad en los actos relativos a la familia, debido a Javier Feás; la protección de los menores en la creación intelectual, la situación de dependencia y ante las Administraciones públicas, que examina M.^a Fernanda Moretón; la ruptura de las promesas de matrimonio y sus consecuencias patrimoniales, analizada por Encarnación Abad; la mediación familiar en Andalucía, que estudia José M.^a Pérez Monguió; los aspectos civiles de la violencia de género, que examina con rigor Domingo Bello; la protección de la familia frente a las inmisiones, por Joaquín José Herrera; el con-

cepto procesal de familia, destacado por Valentín Cortés, como un centro de imputación subjetiva de tutela y del Derecho constitucional a la intimidad; por último, el contraste entre la familia, las uniones matrimoniales y la igualdad de los hijos en el Derecho español y en el italiano, que resalta Eduardo de la Iglesia, centrado este último en la familia matrimonial que impone la Constitución republicana, y la posterior aceptación de la unión civil homosexual y la plena integración de los hijos con independencia de la filiación en la familia de sus progenitores.

Mención aparte merecen tres trabajos sobre la discapacidad, en especial de las personas mayores con cierto deterioro intelectual. En el primero de ellos, Esther Muñiz y Germán de Castro estudian en profundidad el Anteproyecto de la Comisión General de Codificación, publicado *on line* en 2018, con el fin de completar la recepción de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, que está en vigor en España desde 2008. Ante todo, destacan la importancia del guardador de hecho y del apoyo prestado por un curador judicial y de carácter graduable, que puede ser también representativo, reservándose la tutela para casos excepcionales, conforme a las necesidades y preferencias de la persona que requiere tal asistencia; examinan los distintos supuestos de autorregulación del apoyo, para terminar con el nuevo paradigma de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad y los problemas que suscitan los cambios sobrevenidos al respecto. A continuación, Inmaculada Vivas ofrece un estudio evolutivo de la Convención, su aplicación judicial y las numerosas y también fragmentarias leyes sobre los derechos de las personas con discapacidad hasta el Anteproyecto aprobado por el Gobierno en 2018, poniéndose de relieve el desajuste existente entre, por un lado, el necesario reconocimiento formal de la incapacidad cuyo grado mínimo es del 33 % y, por otro, las nuevas y flexibles definiciones de la discapacidad. Un enfoque semejante propone, en fin, Asunción Marín si bien recalca el papel de la familia como piedra angular de las instituciones de apoyo a las personas con discapacidad en el Proyecto de Ley de 2020, en particular en su habitual función de guardador de hecho, descartándose los servicios asistenciales y residenciales acordados mediante una relación contractual con la persona necesitada de apoyo, salvo los poderes preventivos otorgados cuando tenía capacidad o alguna capacidad para tomar sus propias decisiones, así como la propuesta de autocuratela. En definitiva, es lo que establece hoy el Código civil reformado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, entre muchos otros aspectos.

Por lo que atañe al matrimonio, Carlos Martínez de Aguirre pone de relieve que las reformas de 2005 han vaciado el contenido usual de los deberes entre cónyuges por carecer de sanciones coercibles –como ya lo eran antes de las citadas reformas– salvo las prestaciones patrimoniales, lo mismo que el consentimiento matrimonial y los fines procreativos del matrimonio, el cual persiste, sin embargo, en la realidad social y se puede reconstruir a partir de la filiación puesto que se basa, literalmente, en «la unidad, heterosexualidad y estabilidad rayana en la indisolubilidad», y que viene a confirmar, curiosamente, el equilibrio interno de la adopción. Por su parte, Leonardo Pérez estudia el modelo igualitario de las familias, en plural, acogido por la Constitución cubana de 2019, sin discriminación alguna por razón de sexo, género, orientación sexual e identidad de género, si bien el matrimonio ha de ser entre personas de sexo diferente y perdura aún en casos de emigración de uno de los cónyuges, mientras que, por el contrario, la unión de hecho habilita también para constituir una familia pero no se asimila ni se debe asimilar, a

su juicio, al matrimonio. Asimismo, M.^a del Carmen Fernández Villavicencio participa en esta obra con un breve estudio sobre la evolución del pensamiento del profesor homenajeado al compás de las sucesivas reformas del matrimonio, que este concibe como un medio para proclamar la paternidad del marido, y por consiguiente no cabe en la unión homosexual, aunque estima que se puede utilizar el mismo nombre para facilitar su inserción efectiva en la vida social. Por último, Juan Pablo Murga analiza el panorama autonómico sobre parejas de hecho y llega a la conclusión según la cual el Reglamento (UE) 2016/1104 sobre efectos patrimoniales de las uniones registradas es de muy limitada operatividad en España.

En cuanto a las crisis matrimoniales tenemos pocos trabajos, todos ellos de gran interés. Así, M.^a Dolores Cervilla se ocupa de la eficacia del pacto sobre alimentos fuera del convenio regulador, tanto entre cónyuges, convivientes y excónyuges como los debidos a los hijos menores de edad, que no se contempla entre nosotros, pero encuentra apoyo en una reciente sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2018. Por otra parte, Manuel García Mayo estudia la validez de la cláusula *rebus sic stantibus* en los pactos prematrimoniales de renuncia anticipada a la pensión compensatoria que tiene apoyo también, una vez verificados sus requisitos, en la jurisprudencia reciente. Además, Marta Ordás lleva a cabo una atinada crítica a la doctrina jurisprudencial, que es extremadamente restrictiva, a la hora de interpretar el trabajo doméstico para el cálculo de la compensación en la extinción del régimen de separación de bienes, ya que la considera incompatible con la colaboración en actividades empresariales o profesionales, lo mismo que con la de los empleados domésticos o del otro cónyuge. Asimismo, Guillermo Cerdeira propone que en las crisis de pareja y a falta de acuerdo sobre la atribución de los animales domésticos, con ser seres sintientes, se les asimile a una pertenencia por destino de la vivienda familiar y se asignen junto con el uso de ella, pues se asegura así el bienestar del animal. Por último, Miguel Ángel Adame examina la atribución de los animales domésticos en la liquidación del régimen de participación que es el legal, a falta de pacto, en el Derecho norteamericano, cuya variada casuística oscila entre la consideración del animal como una propiedad de cosa mueble y la búsqueda del bienestar del mismo, incluso en los casos de grupos o parejas de animales.

Numerosos son, en cambio, los trabajos relativos al régimen primario y a la sociedad de gananciales, cuyo enunciado basta para percibir el interés del tema estudiado. Así, José Fernández Villa critica una sentencia de 2009 que deniega el carácter ganancial de los derechos legales conferidos al arrendatario de vivienda; Francisco Oliva estudia la ganancialidad voluntaria en la jurisprudencia reciente; Ana Laura Cabezuelo analiza las controversias sobre los gananciales en las cuentas bancarias y en el convenio regulador tras el divorcio; Manuel Rivera se ocupa de los actos de disposición en la sociedad de gananciales, tanto a título oneroso como gratuito, en especial de la vivienda familiar; Luis Felipe Ragel examina, con el rigor que le caracteriza, la deuda contraída por el cónyuge que fallece bajo el régimen de gananciales, los posibles continuadores del causante y las vicisitudes de la deuda en las sucesivas liquidaciones de los gananciales y de la comunidad hereditaria; José Luis Arjona se ocupa de la exoneración de ciertas deudas de los cónyuges casados bajo el régimen de gananciales que han sido declarados en concurso por insolvencia sobrevenida; Ignacio Gallego estudia, en su importante aportación, el régimen de la atribución preferente al cónyuge titular de la explotación económica y del local profesional –posibles empresas familiares,

a su juicio— en la fase de liquidación de los gananciales, así como la eficacia del pacto de preferencias voluntarias al amparo de la autonomía privada; por fin, Fernando Moreno trata el levantamiento de las cargas del matrimonio como una cuestión de hecho, ajena al cargo del gasto por el pago de la deuda correspondiente, incluso por el uso de bienes no consumibles.

Finalmente, el último apartado del libro contiene los estudios concernientes a las relaciones parentales, filiación e instituciones tutelares. Ante todo, Manuel Espejo reflexiona detenidamente sobre casos judiciales relacionados con los alimentos y cuidados debidos a las personas mayores y pone de relieve que el alimentante puede repetir, una vez que cumple, contra los demás obligados a prestar alimentos, que hay disposiciones testamentarias que encierran verdaderos pactos sucesorios y que el contrato de vitalicio puede vulnerar en ocasiones las legítimas. Por otro lado, Francisco Rivero denuncia la revolución silenciosa que incide en la filiación por los avances científicos que permiten la doble maternidad, el reconocimiento de complacencia del hijo gestado por donante ajeno a la pareja, o el conocimiento exacto de los progenitores biológicos, con lo que surge un nuevo *tertium genus*, que se sitúa junto a la filiación por naturaleza y por adopción. Por su parte, Ángel López, en un denso e intenso trabajo, en el que revisita al cabo de medio siglo la posesión de estado familiar, estima que sigue siendo un título de estado que crea apariencia y confiere publicidad a la filiación en el tráfico, aparte de su eficacia probatoria, aunque se encuentra con la casa vacía, pues los viejos muebles han sido desechados, por diversas razones, tales como la privatización de las formas matrimoniales, la inaplicación de la posesión de estado a la convivencia de hecho y su aplicación a cuestiones de nacionalidad, o las pruebas biológicas, las cuales obligan a una revisión global de la figura. Además, Ángela Fernández Arévalo se opone al aborto eugenésico de fetos con síndrome de Down, que puede practicarse hasta catorce semanas después de las ocho habituales, porque choca frontalmente con la Convención de Nueva York sobre las personas con discapacidad, que conocemos, y obstaculiza también numerosas normas nacionales y acuerdos y recomendaciones internacionales que aconsejan, a su juicio, la vuelta al régimen común. Asimismo, José María de la Cuesta estudia dos Reglamentos comunitarios sobre la responsabilidad parental, entendida como los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en relación con la persona y bienes de un menor, en particular los derechos de custodia y visita, que corresponde principalmente a los progenitores y adoptantes, y a los tutores, acogedores, curadores, guardadores de hecho, defensores judiciales, así como a los abuelos, de contenido tan amplio y variado como son las funciones de los distintos titulares, salvo los derechos de la personalidad del menor, el honor, la intimidad y la propia imagen, o bien la protección de los datos de carácter personal, y cuya nota común es la defensa de los intereses del menor. A continuación, Cecilia Gómez-Salvago se ocupa del administrador nombrado en testamento sobre bienes asignados por el causante y adjudicados en la partición al menor, con exclusión de sus padres, el régimen supletorio para la rendición de cuentas y el deslinde de sus funciones frente a las que conservan los titulares de la patria potestad. En seguida, Humberto Gosálbez examina pormenorizadamente el procedimiento administrativo de desamparo de menores en el Derecho propio de Andalucía. Por último, Margarita Castilla critica la sentencia de 10 de enero de 2018, que declara la anulabilidad de los actos de enajenación de inmuebles otorgados por el tutor sin la previa autorización judicial, fundamentalmente porque descansa en la analogía con las enajenaciones

hechas por los padres en representación de sus hijos menores, y a su juicio esta analogía es discutible por la temporalidad de la representación de los padres, que contrasta con la tendencial permanencia de los cargos tutelares para una mayor protección de la persona con discapacidad.

Tras esta apretada síntesis, es claro que estamos ante una obra de ostensible calidad científica, casi al nivel alto que exigen los conocidos trabajos de investigación publicados por el Profesor Clavería; comprende aportaciones variadas e importantes, algunas de relevancia teórica y otras de predominante interés práctico, y todas ellas encuadradas en el ámbito flexible del Derecho de familia reciente, con las novedades e inquietudes surgidas en los dos últimos decenios. En suma, es un libro sobre temas de actualidad de la materia estudiada cuya reposada lectura –con papel y lápiz en la mano: Vargas Llosa *dixit*– resulta francamente recomendable.

Carlos VATTIER FUENZALIDA
Catedrático emérito de Derecho civil
Universidad de Burgos

Revistas españolas

Francisco OLIVA BLÁZQUEZ (Catedrático de Derecho civil. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla), Juan Pablo PÉREZ VELÁZQUEZ (Profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla), Davinia CADENAS OSUNA (Profesora ayudante doctora de Derecho civil. Acreditada a profesora contratada doctora. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla)

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. 4. Responsabilidad civil. 5. Posesión. 6. Derechos reales. 7. Propiedad horizontal. 8. Propiedad intelectual. 9. Derecho inmobiliario registral. 10. Derecho de familia. Matrimonio y régimen económico-matrimonial. 11. Patria potestad y filiación. 12. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho mercantil*. 1. Derecho de sociedades. 2. Contratación mercantil y títulos valores. 3. Derecho concursal. 4. Derecho bancario y bursátil. 5. Derecho de la competencia. 6. Derecho de seguros.–III. *Derecho y nuevas tecnologías. Derecho digital*.–IV. *Derecho sanitario*.–V. *Derecho de los consumidores*.–VI. *Derecho urbanístico*.–VII. *Derecho del medio ambiente*.–VIII. *Resolución extrajudicial de conflictos*.–IX. *Derecho procesal*.–X. *Derecho de la Unión Europea*.–XI. *Derecho comparado*.–XII. *Pandemia y COVID-19*.–XIII. *Varia*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

ARNAU MOYA, Federico: «La aplicación de la analogía en las leyes especiales», en *RCDI*, núm. 786, 2021, pp. 2057-2105.

BAYOD LÓPEZ, Carmen: «La autonomía de la voluntad: un análisis desde el derecho civil aragonés (fuentes del Derecho civil, Derecho supletorio y *standum*)», en *RJNot*, núm. 112, 2021.

CERDEIRA PORRAS, Alfonso: «El valor de las disposiciones sin vigor», en *RGLJ*, núm. 3, 2021.

ELIZARI URTASUN, Leyre: «Presente y futuro del derecho legal de habitación en favor de las personas con discapacidad, a la luz de la Ley Foral 21/2019, de actualización del Fuero Nuevo», en *RDP*, núm. 5, 2021.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos Ignacio: «Fuerza mayor», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 3, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho privado, 2021, pp. 63-74.

HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, Liborio Luis: «Sobre la eficacia de las normas de emergencia», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho Público, 2021, pp. 189-208.

- HUERGO LORA, Alejandro José: «Fuentes del Derecho», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho Público, 2021, pp. 173-187.
- LUNA SERRANO, Agustín: «La apariencia en el Derecho civil», en *RJC*, núm. 2, 2021.
- MALO, Miguel Ángel: «Un faro en la tormenta: el principio general de la buena fe», en *AC*, núm. 10, 2021.
- MELEÁN BRITO, Jorge y RANGEL GUTIÉRREZ, Luis José: «Criptomonedas y teoría general del patrimonio. Una visión integradora», en *RDNT*, núm. 56, 2021.
- PÉREZ ESCOLAR, Marta: «Algunas reflexiones en torno a la naturaleza de las fundaciones como personas jurídicas», en *RCDI*, núm. 787, 2021, pp. 2963-2978.

DERECHO DE LA PERSONA

- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: «Los menores de edad tras la reforma del código civil en materia de discapacidad. Especial referencia a la tutela y la guarda de hecho», en *RJNot*, núm. 112, 2021.
- AVIÑÓ BELENGUER, David: «El uso de *cookies* de publicidad comportamental desde la óptica de la protección de datos», en *RDNT*, núm. 56, 2021.
- AYLLÓN GARCÍA, Jesús Daniel: «Privacidad, *smartphones* y aplicaciones móviles: cuestiones controvertidas en torno al tratamiento de datos personales», en *AC*, núm. 5, 2021.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «La autocuratela como medida voluntaria de apoyo tras la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio», en *AC*, núm. 9, 2021.
- «Las medidas voluntarias de apoyo en la Ley 8/2021, de 2 de junio: los poderes y mandatos preventivos», en *RCDI*, núm. 786, 2021, pp. 2392-2442.
- BOU-HABIB, Paul: «Ageing and Equality under the Law», en *AFDUAM*, núm. 25, Dedicado a: El derecho de las sociedades envejecidas, 2021, pp. 37-52.
- CASADO ROMÁN, Javier: «Adquisición de la nacionalidad por naturalización. Concepto, regulación legal y requisitos», en *AC*, núm. 7, 2021.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel: «Dogmatismo contra pragmatismo. Dos maneras de ver las restricciones de derechos fundamentales impuestas con ocasión de la COVID-19», en *InDret*, núm. 4, 2021, pp. 345-411.
- GARCÍA GARCÍA, Ricardo: «Libertad religiosa en tiempo de coronavirus», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho Público, 2021, pp. 125-139.

- GARCÍA RUBIO, María Paz: «La reforma de la discapacidad en el Código Civil. Su incidencia en las personas de edad avanzada», en *AFDUAM*, núm. 25, Dedicado a: El derecho de las sociedades envejecidas, 2021, pp. 81-109.
- JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS, Domingo Jesús: «Las implicaciones de los confinamientos domiciliarios durante la pandemia en los convenios de doble imposición», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho Público, 2021, pp. 373-390.
- MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, Alfonso: «La reforma de la regulación de la discapacidad por Ley 8/2021, de 2 de junio. La hora del notario», en *RJNot*, núm. 112, 2021.
- MINERO ALEJANDRE, Gemma: «El tratamiento de datos personales durante la pandemia por COVID-19. Algunas reflexiones y lecciones aprendidas», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 3, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho Privado, 2021, pp. 419-441.
- MONTERO FERREIRA, Daniel: «Complemento de la pensión por hijos también para hombres», en *AC*, núm. 9, 2021.
- MORENO BLESA, Lidia: «La retirada de contenidos de Internet basada en la legislación de protección de datos», en *AC*, núm. 7, 2021.
- MUÑIZ ESPADA, Esther: «Incapacitación parcial y curatela. Comentario a la STS de 3 de diciembre de 2020. (RJ 2020, 4815)», en *CCJC*, núm. 116, 2021, pp. 267-282.
- OROZCO GONZÁLEZ, Margarita: «La utilización ilícita de datos de carácter personal por los partidos políticos», en *AC*, núm. 7, 2021.
- PIZARRO MORENO, Eugenio: «El intervalo de lucidez tras las reformas legislativas sobre la discapacidad: el valor de lo esencial», en *RJNot*, núm. 112, 2021.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel: «El derecho de reunión», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho público, 2021, pp. 107-123.
- QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José: «¿Quo vadis, incapacitación? Reflexiones iniciales sobre cierto proyecto de ley en los tiempos del coronavirus», en *RJNot*, núm. 112, 2021.
- RAMOS GUTIÉRREZ, Mercedes: «Los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen del desaparecido y del declarado ausente», en *AC*, núm. 9, 2021.
- RODRÍGUEZ ELORRIETA, Naiara: «Los fundamentales cambios producidos por la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma en materia de discapacidad. Especial referencia al régimen de responsabilidad civil extracontractual», en *AC*, núm. 11, 2021.

- SÁNCHEZ BENÍTEZ, Cristian: «Difusión no autorizada de imágenes y grabaciones audiovisuales obtenidas con el consentimiento de la víctima (artículo 197.7 del Código penal): a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 70/2020, de 24 de febrero», en *RDNT*, núm. 56, 2021.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz: «Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia», en *AC*, núm. 7, 2021.
- SEGARRA CRESPO, María José y ALÍA ROBLES, Avelina: «Reflexiones sobre la nueva forma de ejercicio de la curatela, a partir de la Sentencia del Pleno de la Sala 1.ª TS de 8 de septiembre de 2021», en *AC*, núm. 10, 2021.
- TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, Soledad: «¿Un derecho internacional de protección de las personas mayores?», en *AFDUAM*, núm. 25, Dedicado a: El derecho de las sociedades envejecidas, 2021, pp. 55-80.
- VÁZQUEZ RUANO, Trinidad: «Los desafíos jurídicos de la difusión promocional electrónica en relación con la defensa de la privacidad», en *RDM*, núm. 321, 2021.
- VICO FERNÁNDEZ, Gema: «Propuesta de regulación de los internamientos involuntarios en centros geriátricos o sociosanitario», en *AC*, núm. 5, 2021.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

- ALONSO PÉREZ, María Teresa: «La Regulación, en tiempos de COVID, de los contratos de servicios y de compraventa celebrados por consumidores», en *Indret*, núm. 4, 2021, pp. 1-32.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo: «La transparencia material y la Ley de contratos de crédito inmobiliario: la actuación notarial», en *RJNot*, núm. 112, 2021.
- AZNAR SÁNCHEZ-PARODI, Irene: «El derecho de propiedad y la limitación de la renta en los contratos de arrendamiento residenciales en Cataluña», en *RCDI*, núm. 787, 2021, pp. 2875-2927.
- AZOFRA VEGAS, Fernando: «A vueltas con el pacto de *lex commissoria*: registered conditions subsequent, once again», en *RCDI*, núm. 787, 2021, pp. 2695-2771.
- BENAVENTE MOREDA, Pilar: «Figuras contractuales para el sustento de las personas mayores», en *AFDUAM*, núm. 25, Dedicado a: El derecho de las sociedades envejecidas, 2021, pp. 191-245.
- BLANCO MARTÍN, Pilar: «Tres problemas esenciales que origina la solidaridad impropia», en *RDC*, vol. 8, núm. 2, 2021, pp. 271-306.
- BOSCH CAPDEVILA, Esteve: «Del retracto convencional al derecho de readquisición», en *RCDI*, núm. 787, 2021, pp. 2773-2827.
- CADENAS OSUNA, Davinia: «La cláusula suelo a debate: análisis crítico del control de consentimiento y contenido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *RCDI*, núm. 785, 2021, pp. 1978-2022.

- CASANOVA ASENCIO, Andrea Salud: «La cláusula penal en las propuestas de modernización del Código Civil: posibles soluciones a dilemas actuales», en *AC*, núm. 7, 2021.
- CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: «La transparencia como valor transversal. Una aplicación concreta al índice de referencia de los préstamos hipotecarios», en *AC*, núm. 5, 2021.
- «Cláusula *rebus* y derecho contractual. La armonización entre el principio *pacta sunt servanda* y la regla *rebus sic stantibus*», en *AC*, núm. 6, 2021.
- DE LA MAZA GARMURI, Íñigo y VIDAL OLIVARES, Álvaro Rodrigo: «El caso fortuito en el moderno derecho de las obligaciones», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 3, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho Privado, 2021, pp. 97-111.
- DÍEZ GARCÍA, Helena: «Legalidad, transparencia y abusividad: Análisis de la cláusula de intereses variables de un préstamo hipotecario convenido al amparo del RD 801/2005 (Plan Vivienda 2005-2008) en el que se subroga el comprador de la vivienda gravada. Comentario a la STS 585/2020, de 6 de noviembre. (RJ 2020, 38579)», en *CCJC*, núm. 116, 2021, pp. 179-222.
- DURÁN RIVACOBA, Ramón y MUÑIZ CASANOVA, Natalia: «Acción de nulidad imprescriptible y la de su resarcimiento prescriptible (usura, nulidad y relevancia del crédito *revolving*). Parte I», en *RCDI*, núm. 785, 2021, pp. 1905-1939.
- «Acción de nulidad imprescriptible y la de su resarcimiento prescriptible (usura, nulidad y relevancia del crédito *revolving*). Parte II», en *RCDI*, núm. 786, 2021, pp. 2586-2618.
- FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro *et al.*: «Desahucios y mala fe procesal», en *AC*, núm. 9, 2021.
- «Aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus* a las penas convencionales», en *AC*, núm. 10, 2021.
- «Los alquileres sociales constituidos en aplicación de normas declaradas inconstitucionales», en *AC*, núm. 10, 2021.
- GARCÍA HERNANDO, Jesús Antonio: «“Contradicciones y debilidades” de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre cláusulas suelo incorporadas a préstamos hipotecarios formalizados con empresarios o profesionales», en *RdPat*, núm. 55, 2021.
- GÓMEZ LINACERO, Adrián: «Los acreedores frente a la sociedad de ganancias liquidada: inoponibilidad de la liquidación y acción pauliana», en *AC*, núm. 11, 2021.
- GONZÁLEZ URIEL, Daniel: «Los efectos civiles de la celebración de contratos con infracción de la normativa de blanqueo de dinero (1)», en *AC*, núm. 10, 2021.

- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «El principio de transparencia y el consumidor en el préstamo garantizado con hipoteca», en *RCDI*, núm. 785, 2021, pp. 1765-1780.
- INFANTE RUIZ, Francisco José: «Preguntas y respuestas sobre la virtualidad de la *undue influence* como vicio del consentimiento», en *RDC*, vol. 8, núm. 2, 2021, pp. 1-37.
- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «Prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda con arreglo al Real Decreto Ley 2/2021, de 26 de enero: el problema de la enajenación de la vivienda arrendada durante la prórroga extraordinaria», en *RCDI*, núm. 785, 2021, pp. 1886-1904.
- LARO GONZÁLEZ, María Elena: «La validez de los acuerdos de novación de cláusulas suelo. A propósito de la doctrina del TJUE y del TS (1)», en *AC*, núm. 5, 2021.
- LEARRETA OLARRA, Pedro: «A vueltas con la “comisión por reclamación de posiciones deudoras”: aún hay margen para el litigio. Comentario a la Sentencia núm.431/2020, de 24 de julio de la Sala Primera del Tribunal Supremo. (RJ 2020, 2489)», en *CCJC*, núm. 116, 2021, pp. 75-96.
- MADRID RODRÍGUEZ, Fernando: «El crédito *revolving* (I): aspectos procesales», en *AC*, núm. 5, 2021.
- «El crédito *revolving* (II): el control de transparencia», en *AC*, núm. 6, 2021.
- MARTÍN BAUMEISTER, Bruno: «La cláusula de manifestaciones y garantías como ejemplo de “Legal transplant” en Derecho español», en *RCDI*, núm. 787, 2021, pp. 2931-2961.
- MARTÍN BRICEÑO, María del Rosario: «Las obligaciones civiles derivadas de contratos y cuasi contratos con implicaciones penales en el ámbito de los delitos contra el patrimonio: apropiación indebida y administración desleal», en *RCDI*, núm. 786, 2021, pp. 2107-2159.
- MARTÍNEZ CALVO, Javier: «Los Datos personales como posible contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales», en *InDret*, núm. 4, 2021, pp. 88-135.
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: «Abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de arrendamiento financiero de acciones. STJUE (Sala Primera) de 27 de enero de 2021. (TJCE 2021, 21)», en *CCJC*, núm. 116, 2021, pp. 313-330.
- MILLÁN SALAS, Francisco: «Efectos de la fianza entre el fiador y el acreedor», en *RCDI*, núm. 785, 2021, pp. 1815-1857.
- MONSERRAT VALERO, Antonio: «La recuperación de la finca, por parte del adjudicatario en una ejecución hipotecaria, del ex arrendatario que ha visto extinguido su contrato. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 577/2020, de 4 noviembre. (RJ 2020, 4574)», en *CCJC*, núm. 116, 2021, pp. 167-178.

- MORA ASTABURUAGA, Aitor: «El acercamiento entre el error vicio del consentimiento y el control de transparencia en busca de la nulidad parcial. Comentario a la STS 666/2020, de 11 de diciembre [(RJ 2020, 4877), (RJ 2020, 4877) (RJ 2020, 4877)]», en *CCJC*, núm. 116, 2021, pp. 299-312.
- MORALEJO IMBERNÓN, Nieves I.: «Control de transparencia en los préstamos hipotecarios con consumidores en relación con aquellas condiciones generales que versan sobre el objeto principal del contrato. Deberes de información del prestamista en los contratos de venta con subrogación del comprador en la posición del promotor. Comentario a la STS, de 27 de octubre de 2020. (RJ 2020, 4141)», en *CCJC*, núm. 116, 2021, pp. 139-166.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: «El efecto de la pandemia en los contratos: ¿es el Derecho ordinario de contratos la solución?», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 3, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho Privado, 2021, pp. 19-24.
- MORENO ESTEBAN, María del Carmen: «Suspensión de los desahucios (Real Decreto Ley 37/2020, de 22 de diciembre) (1)», en *AC*, núm. 7, 2021.
- MORENO-TORRES HERRERA, María Luis y MARTENS, Isabel L.: «Pasado, presente y futuro de la regulación de los arrendamientos de viviendas turísticas en el ordenamiento español», en *RJNot*, núm. 112, 2021.
- OYARZÚN VARGAS, Felipe: «Aproximaciones doctrinales a la teoría de la pérdida de oportunidad. Análisis y reflexiones del caso español», en *RJUAM*, núm. 43, 2021.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles: «La cláusula *rebus sic stantibus* en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 3, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho Privado, 2021, pp. 25-37.
- PAZOS CASTRO, Ricardo: «Préstamos y pandemia», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 3, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho Privado, 2021, pp. 223-237.
- PÉREZ ÁLVAREZ, María del Pilar: «Los límites de la responsabilidad contractual por eventos sobrevenidos en Derecho romano», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 3, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho Privado, 2021, pp. 75-95.
- PINAGLIA-VILLALÓN GAVIRA, Juan Ignacio: «El principio general de la buena fe en la hipótesis de ruptura injustificada de los tratos preliminares y la responsabilidad precontractual», en *AC*, núm. 6, 2021.
- QUICIOS MOLINA, María Susana: «COVID y arrendamientos de vivienda», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 3, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho Privado, 2021, pp. 183-202.

- «COVID y arrendamientos locales de negocio», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 3, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho Privado, 2021, pp. 203-222.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz: «Créditos *revolving*: usura y transparencia», en *RCDI*, núm. 786, 2021, pp. 2517-2547.
- «Novación e interpretación contractual», en *RCDI*, núm. 787, 2021, pp. 3179-3197.
- SALAS CARCELLER, Antonio *et al.*: «¿Es válida la Cláusula Berlín en un arrendamiento de vivienda?», en *AC*, núm. 6, 2021.
- «Cláusula *rebus sic stantibus* y préstamos hipotecarios», en *AC*, núm. 7, 2021.
- SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula: «La cláusula *rebus sic stantibus* en el moderno derecho de obligaciones y contratos», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 3, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho Privado, 2021, pp. 39-61.
- SERRA RODRÍGUEZ, Adela: «Los smart contracts en el derecho contractual», en *RDNT*, núm. 56, 2021.
- TOFIÑO PADRINO, Alejandro: «Intervención de acreedores y cesionarios de los partícipes en el juicio de división de cosa común», en *RCDI*, núm. 785, 2021, pp. 1858-1885.
- TOMILLO URBINA, Jorge: «Algunas cuestiones de abusividad en préstamos hipotecarios», en *RdPat*, núm. 55, 2021.
- TORRELLES TORREA, Esther: «La resolución de los contratos por consumidores en tiempos de pandemia. Art. 36. 1 y 2 RD-ley 11/2020», en *RDC*, vol. 8, núm. 2, 2021, pp. 93-145.
- ZARAGOZA CANO, FRANCISCO y ANTONIETTY ADAME, Alejandro: «La validez de la cláusula de la comisión de apertura a examen, tras el dictado de la STJUE de 16 de julio de 2020», en *AC*, núm. 9, 2021.
- ZUMAQUERO GIL, Laura: «Los efectos derivados del carácter abusivo de las cláusulas de vencimiento anticipado de las hipotecas», en *RDC*, vol. 8, núm. 2, 2021, pp. 221-270.

RESPONSABILIDAD CIVIL

- AGUAS VALERO, Gerardo: «Notas sobre responsabilidad civil derivada de la conducción de vehículos autónomos –trabajo de fin de grado–», en *RGLJ*, núm. 3, 2021.
- AGÜERO ORTIZ, Alicia: «Limitación de la indemnización de daños y perjuicios por la contratación de un derivado implícito: no alcanza a todas las liquidaciones netas abonadas. Comentario a la STS núm. 615/2020 de 17 noviembre. (RJ\2020, 4608)», en *CCJC*, núm. 116, 2021, pp. 223-246.

- ALCAÍN MARTÍNEZ, Esperanza: «La responsabilidad civil de las personas con discapacidad: conexión entre el Derecho de Daños y el Derecho de la Discapacidad», en *AC*, núm. 6, 2021.
- GUILABERT VIDAL, María Remedios: «Los diversos mecanismos jurídicos que fundamentan la responsabilidad civil por maltratos a los mayores», en *RDP*, núm. 5, 2021.
- LÓPEZ MAS, Pedro José: «La responsabilidad civil por daños causados por cosas caídas o arrojadas. Un comentario del art. 1910 del Código civil», en *RDC*, vol. 8, núm. 3, 2021, pp. 223-271.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: «Dieselgate: un caso de responsabilidad contractual», en *PDD*, núm. 147, 2021.
- «Una reflexión sobre la ruptura injustificada de los tratos preliminares», en *PDD*, núm. 148, 2021.
- MACÍA MORILLO, Andrea: «Responsabilidad civil en el ámbito sanitario», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 3, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho privado, 2021, pp. 113-128.
- MAGRO SERVET, Vicente: «La responsabilidad civil por daños y perjuicios causados por la vulneración de los secretos de empresa», en *PDD*, núm. 148, 2021.
- MOLINA MARTÍNEZ, Lucía: «Aspectos problemáticos derivados de la configuración del daño en las acciones *wrongful birth*. Especial consideración de los sujetos perjudicados», en *RDP*, núm. 3, 2021.
- MONTERROSO CASADO, Esther: «Responsabilidad civil de las residencias de la tercera edad por el fallecimiento de personas dependientes», en *RCDI*, núm. 786, 2021, pp. 2548-2564.
- MORENO MARÍN, María Dolores: «La responsabilidad civil por daños en el uso de drones», en *PDD*, núm. 147, 2021.
- PARDO PRADO, Silvia: «Análisis de la ejecución de responsabilidad civil derivada del delito de impago de pensiones de alimentos», en *PDD*, núm. 147, 2021.
- PÉREZ CONESA, Marta: «Responsabilidad civil de centros penitenciarios y psiquiátricos o de salud mental por daños causados por sus internos», en *RCDI*, núm. 787, 2021, pp. 3198-3219.
- PINAGLIA-VILLALÓN GAVIRA, Juan Ignacio: «El principio general de la buena fe en la hipótesis de ruptura injustificada de los tratos preliminares y la responsabilidad precontractual», en *AC*, núm. 6, 2021.
- RODRÍGUEZ ELORRIETA, Naiara: «Los fundamentales cambios producidos por la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma en materia de discapacidad. Especial referencia al régimen de responsabilidad civil extracontractual», en *AC*, núm. 11, 2021.
- RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma María: «La responsabilidad civil de las personas mayores», en *AFDUAM*, núm. 25, Dedicado a: El derecho de las sociedades envejecidas, 2021, pp. 111-479.

SÁNCHEZ LERÍA, Reyes: «La responsabilidad civil de los centros hospitalarios en supuestos de infecciones nosocomiales. Comentario a la STS, Sala de lo Civil, núm. 446/2019, de 18 de julio (RJ 2019, 3471)», en *RdPat*, núm. 55, 2021.

TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «Jurisprudencia reciente del TJUE y del TS español sobre la Responsabilidad Civil de Bankia (Caixabank) frente a los inversores derivada de su folleto de salida a bolsa», en *RDBB*, año 40, núm. 163, 2021, pp. 335-364.

POSESIÓN

DOMÍNGUEZ YAMASAKI, María Isabel: «Ejercicio de la acción publiciana para la protección de la posesión. Comentario de la STS, Sala de lo Civil, núm. 191/2021, de 5 de abril (RJ 2021, 1484)», en *RdPat*, núm. 56, 2021.

MARTÍN BRICEÑO, María del Rosario: «Cuestiones jurídicas en torno a la ocupación ilegal de bienes inmuebles», en *RDC*, vol. 8, núm. 3, 2021, pp. 45-83.

SIMÓN MORENO, Héctor: «La ocupación de viviendas sin título habilitante y los derechos fundamentales y humanos en conflicto», en *RCDI*, núm. 786, 2021, pp. 2161-2212.

DERECHOS REALES

ANDRADES NAVARRO, Agustín: «Suspensión de la prescripción adquisitiva durante la vigencia del estado de alarma», en *RCDI*, núm. 785, 2021, pp. 1607-1640.

ANGUITA RÍOS, Rosa María: «La vivienda integrada en una doble dimensión: como residencia y como alojamiento turístico», en *RDC*, vol. 8, núm. 3, 2021, pp. 85-129.

AZNAR SÁNCHEZ-PARODI, Irene: «El derecho de propiedad y la limitación de la renta en los contratos de arrendamiento residenciales en Cataluña», en *RCDI*, núm. 787, 2021, pp. 2875-2927.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «Accesión por construcción en suelo ajeno: ¿diferida o automática? Comentario a la STS n.º 614/2020, de 17 de noviembre. (RJ 2020, 4288)», en *CCJC*, núm. 116, 2021, pp. 247-266.

DE BARRÓN ARNICHES, Paloma: «La opción de compra como instrumento de garantía a la luz de la Directiva europea 2014/17 sobre el crédito inmobiliario», en *RCDI*, núm. 785, 2021, pp. 1547-1604.

ELIZARI URTASUN, Leyre: «Presente y futuro del derecho legal de habitación en favor de las personas con discapacidad, a la luz de la Ley Foral 21/2019, de actualización del Fuero Nuevo», en *RDP*, núm. 5, 2021.

GARCÍA GARCÍA, Juan Antonio: «El derecho real de comiso y los problemas del “derecho nuevo” de Cataluña: comentario a la RDGRN de 29 de agosto de 2019», en *RCDI*, núm. 785, 2021, pp. 1455-1509.

- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «Repaso jurisprudencial al sistema transmisivo de la propiedad del título y modo», en *RCDI*, núm. 787, 2021, pp. 3134-3145.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto: «La regulación del derecho propiedad de la vivienda por Decreto-ley (comentario a la STC 16/2021, de 28 de enero)», en *RUE*, núm. 46, 2021.
- MIQUEL SALA, Rosa: «Ineficacia de la adquisición de bienes de interés cultural por la administración catalana. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2021, sobre los bienes del real Monasterio de Santa María de Sijena (RJ 2021, 533)», en *RdPat*, núm. 55, 2021.
- MONSERRAT VALERO, Antonio: «La recuperación de la finca, por parte del adjudicatario en una ejecución hipotecaria, del ex arrendatario que ha visto extinguido su contrato. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 577/2020, de 4 noviembre. (RJ 2020, 4574)», en *CCJC*, núm. 116, 2021, pp. 167-178.
- SANTANA NAVARRO, Francisco: «La accesión en el ámbito familiar», en *RCDI*, núm. 785, 2021, pp. 1511-1544.

PROPIEDAD HORIZONTAL

- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «Prohibición absoluta de pisos turísticos en comunidades de vecinos: la “lógica” interpretación del art. 17.12 LPH. Comentario a las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 16 junio y 5 noviembre 2020, 15 y 22 enero 2021», en *RdPat*, núm. 55, 2021.
- ESTRUCH ESTRUCH, Jesús: «La división del edificio común mediante la constitución del régimen de propiedad horizontal», en *RdPat*, núm. 56, 2021.
- FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro *et al.*: «¿Cuál es el quórum legalmente exigible para acordar el cierre indefinido de una piscina comunitaria?», en *AC*, núm. 5, 2021.
- «Problemática comunitaria de obras de cambio de uso», en *AC*, núm. 11, 2021.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, José María: «La tercería de mejor derecho y el límite temporal del art.9.1.e) de la LPH en el marco de una ejecución hipotecaria», en *RDC*, vol. 8, núm. 2, 2021, pp. 317-320.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «Acuerdos para el establecimiento de prohibiciones en los estatutos de propiedad horizontal», en *RCDI*, núm. 786, 2021, pp. 2468-2481.
- LANZAS MARTÍN, Eugenio-Pacelli: «La procedente revisión del régimen tradicional de inscripción de la propiedad horizontal tumbada como diferenciado del aplicable al complejo inmobiliario y a la propiedad horizontal ordinaria», en *RCDI*, núm. 785, 2021, pp. 1956-1977.
- MAGRO SERVET, Vicente: «¿Comunidad general o subcomunidades? ¿Cuál es el mejor sistema para los gastos de conservación, reparación y mantenimiento de bloques en una comunidad?», en *AC*, núm. 9, 2021.

PÉREZ MIRALLES, José Arturo: «Condición de consumidora de la comunidad de propietarios y bajada a cota cero del ascensor. Comentarios a las SSTs de 13 de abril 2021 y de 10 de mayo de 2021», en *AC*, núm. 10, 2021.

PROPIEDAD INTELECTUAL

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Faena de torero y propiedad intelectual. Comentario a la STS 82/2021 - 16 de febrero de 2021. RJ 2021\456», en *CCJC*, núm. 116, 2021, pp. 331-340.

ESTEVE PARDO, Asunción: «Cita y apropiación artística: insuficiencias de la Ley de Propiedad Intelectual española frente al Convenio de Berna y el Derecho europeo», en *InDret*, núm. 3, 2021, pp. 1-37.

FUENTES MAÑAS, José Blas: «Transmisión de derechos al propietario de una copia fotográfica», en *RDC*, vol. 8, núm. 2, 2021, pp. 307-310.

SERRANO FERNÁNDEZ, María: «El Derecho de Comunicación pública de los artistas intérpretes y ejecutantes y de los productores de fonogramas. Comentario a la sentencia TJUE de 18 de noviembre de 2020 (Sala Quinta), asunto C-147/19: Caso Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S. A. contra Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) y Artistas Intérpretes y Ejecutantes Sociedad de Gestión de España (AIE) (TJCE 2020, 259)», en *RdPat*, núm. 55, 2021.

TALENS VISCONTI, Eduardo Enrique: «Derecho del trabajo y propiedad intelectual: especial referencia a las creaciones informáticas», en *RDNT*, núm. 56, 2021.

DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: «La solicitud de la certificación de cargas en la ejecución dineraria como petición implícita de prórroga de la anotación preventiva de embargo. Comentario a la STS núm. 237/2021 de 4 mayo (JUR 2021, 141552)», en *RdPat*, núm. 55, 2021.

JIMÉNEZ, Juan Luis: «Estado de alarma. Efectos y consecuencias en el registro de la propiedad», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 3, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho privado, 2021, pp. 239-252.

JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «La inscripción de los contratos de arrendamiento urbano en el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 787, 2021, pp. 3220-3245.

JUÁREZ TORREJÓN, Ángel: «Resolución y restitución: los retrocesos patrimoniales en el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 787, 2021, pp. 2829-2871.

VERDERA SERVER, Rafael: «Efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad de actos y contra», en *RJNot*, núm. 112, 2021.

DERECHO DE FAMILIA. MATRIMONIO Y RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL

- GARCÍA MAYO, Manuel: «El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo art. 96 CC», en *RDC*, vol. 8, núm. 3, 2021, pp. 187-221.
- GÓMEZ LINACERO, Adrián: «Los acreedores frente a la sociedad de gananciales liquidada: inoponibilidad de la liquidación y acción pauliana», en *AC*, núm. 11, 2021.
- NEVADO MONTERO, Juan José: «La crisis de pareja en caso de hijos o progenitores con discapacidad», en *RCDI*, núm. 786, 2021, pp. 2443-2467.
- NIETO ALONSO, Antonia: «La atribución voluntaria de ganancialidad: Reflejo de la autonomía privada en el régimen económico matrimonial. A propósito del artículo 1355 del Código civil», en *RDC*, vol. 8, núm. 2, 2021, pp. 39-91.
- ORDÁS ALONSO, Marta: «Atribución del uso de la vivienda familiar en procedimiento de divorcio y contribución al abono de los gastos de comunidad. Comentario a la STS, de 27 de junio de 2018 (RJ 2018, 2929)», en *CCJC*, núm. 116, 2021, pp. 11-30.
- PÉREZ FERNÁNDEZ, Luis: «Fundamento para un resarcimiento económico derivado de la ruptura de una unión extramatrimonial», en *AC*, núm. 7, 2021.
- RIBOT IGUALADA, Jordi: «El derecho de relación de los abuelos: una relectura», en *RCDI*, núm. 785, 2021, pp. 1744-1764.
- SANCIÑENA ASURMENDI, Camino y GAGO SIMARRO, Clara: «Uso de bienes privativos en beneficio de la sociedad de gananciales», en *RDC*, vol. 8, núm. 2, 2021, pp. 311-316.
- SERRANO CHAMORRO, María Eugenia: «Aspectos civiles del trabajo doméstico: matizaciones al artículo 1438 del Código Civil», en *RCDI*, núm. 787, 2021, pp. 3094-3133.
- ZUBERO QUINTANILLA, Sara: «Revocación del consentimiento prestado por el causante a la reproducción *post mortem* tras la ruptura del vínculo matrimonial», en *RDC*, vol. 8, núm. 2, 2021, pp. 147-191.

PATRIA POTESTAD Y FILIACIÓN

- ADROHER BIOSCA, Salomé: «Reconocimiento incidental de resoluciones en materia de responsabilidad parental en el Reglamento Bruselas II bis. El interés superior del niño a su documentación (1)», en *AC*, núm. 11, 2021.
- DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel: «Algunas cuestiones sobre la patria potestad prorrogada y sobre la patria potestad rehabilitada: su próxima eliminación del ordenamiento jurídico», en *RCDI*, núm. 785, 2021, pp. 1725-1743.
- «El interés superior del menor y el derecho de retorno de su progenitor», en *RCDI*, núm. 786, 2021, pp. 2379-2391.

- «La inteligencia artificial aplicada a la robótica en los juguetes: el colectivo vulnerable de los menores. Responsabilidad de los padres», en *RCDI*, núm. 787, 2021, pp. 3075-3093.
- DE TORRES PEREA, José Manuel: «Estudio de la custodia compartida en la última década: Una lucha socio-jurídica de ámbito global al borde de una nueva etapa», en *InDret*, núm. 4, 2021, pp. 136-172.
- HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar: «Patria Potestad y discapacidad: apoyo a la parentalidad responsable y protección del menor. La imprescindible supresión legal de la Patria Potestad prorrogada y rehabilitada», en *RDP*, núm. 4, 2021.
- MASSONS RIBAS, Anna, CORTADA CORTIJO, Neus y BALSELLS BAILÓN, M. Àngels: «El principio de prioridad familiar. El acogimiento temporal y su finalidad de retorno», en *RDP*, núm. 5, 2021.
- MORENO ROBLES, Dolores: «Maternidad subrogada en España. Un análisis a partir de la práctica registral y jurisprudencial», en *RJUAM*, núm. 43, 2021.
- POY MAGRIÑÁ, Anna: «El interés superior del menor y su necesaria protección jurídica en los procesos matrimoniales contenciosos. Una propuesta de futuro», en *RJC*, núm. 3, 2021.
- PRADOS GARCÍA, Celia: «Adaptación del Código Civil al nuevo modelo de la discapacidad. La supresión de la patria potestad prorrogada y rehabilitada», en *AC*, núm. 11, 2021.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen: «Responsabilidad parental versus autonomía sanitaria del menor de edad», en *RDP*, núm. 4, 2021.

DERECHO DE SUCESIONES

- BARRIO GALLARDO, Aurelio: «Presentación y adveración del testamento ológrafo. Reflexiones al hilo de la pandemia actual», en *RDP*, núm. 5, 2021.
- CASADO ROMÁN, Javier: «La conmorienencia en el ordenamiento jurídico español. Aspectos prácticos», en *AC*, núm. 5, 2021.
- CATALANO, Roberta: «La desheredación en la experiencia italiana. Perfiles evolutivos», en *RDP*, núm. 4, 2021.
- CRESPO GARRIDO, María: «La armonización fiscal de las transmisiones mortis causa a examen: de la autogestión financiera a la recentralización», en *RCDI*, núm. 787, 2021, pp. 3146-3178.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: «Breves reflexiones sobre la transmisión *mortis causa* de la delación regulada en el art. 1006 CC en su relación con las legítimas del transmitente», en *RJNot*, núm. 112, 2021.
- GARCÍA GOLDAR, Mónica: «La impugnación de la aceptación de herencia por error (deuda sobrevenida): ¿un parche temporal o la solución al problema de la responsabilidad *ultra vires*?», en *AC*, núm. 9, 2021.

- «La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre maltrato psicológico y desheredación: ¿aplicable también en los derechos civiles autonómicos?», en *RCDI*, núm. 786, 2021, pp. 2482-2516.
- LÓPEZ FRÍAS, Ana María: «Preguntas que plantea en el siglo XXI la partición de los bienes sometidos a sustitución fideicomisaria en el Derecho civil común», en *RDP*, núm. 3, 2021.
- MARAÑÓN ASTOLFI, María: «La impugnación de la aceptación de herencia por error tras la aparición de una deuda desconocida. Comentario a la Sentencia del TS de 15 de marzo de 2021 (JUR 2021, 99291)», en *RdPat*, núm. 55, 2021.
- «La imputación de las donaciones recibidas por el legitimario que repudia la herencia. Comentario a la STS de 21 de junio de 2021 (RJ 2021, 2820)», en *RdPat*, núm. 56, 2021.
- PÉREZ RAMOS, Carlos: «Doctrina de la DGSJyFP sobre los requisitos de la desheredación», en *RJNot*, núm. 112, 2021.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca: «La necesaria actualización de las causas de desheredación en el Derecho español», en *RDC*, vol. 8, núm. 3, 2021, pp. 131-165.
- SILLERO CROVETTO, Blanca: «Desheredados en tiempos de pandemia», en *RCDI*, núm. 785, 2021, pp. 1781-1814.
- ZUBERO QUINTANILLA, Sara: «Revocación del consentimiento prestado por el causante a la reproducción post mortem tras la ruptura del vínculo matrimonial», en *RDC*, vol. 8, núm. 2, 2021, pp. 147-191.

DERECHO MERCANTIL

DERECHO DE SOCIEDADES

- ALFARO AGUILA-REAL, Jesús: «La reactivación como modificación estructural: celebración de un nuevo contrato de sociedad y sucesión universal», en *RDS*, núm. 62, 2021.
- ALONSO ESPINOSA, Francisco J.: «Los “requisitos meramente procedimentales” en la impugnación de acuerdos sociales (especial referencia al régimen de la convocatoria de la junta general)», en *RDM*, núm. 321, 2021.
- ARIAS VARONA, Francisco Javier: «El momento de eficacia del Derecho de separación del socio y la protección de los acreedores sociales. (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 4/2021, de 15 de enero)», en *RDS*, núm. 62, 2021.
- BENITO OSMA, Félix: «La evolución jurisprudencial sobre la delimitación de la responsabilidad de los administradores por deudas sociales con la responsabilidad individual en relación a la fecha de nacimiento de la obligación social —“indemnización por accidente de trabajo”—. A propósito de las SSTs de 25 de mayo y de 10 de diciembre 2020. Comentario a las SSTs de 25 de mayo y 10 de diciembre de 2020. Sentencias de 25 de

mayo (RJ 2020, 1299) y de 10 de diciembre 2020 (JUR 2020, 360713)», en *CCJC*, núm. 116, 2021, pp. 31-48.

BRENES CORTÉS, Josefa: «Eficacia de la declaración de separación, pérdida de la condición de socio y clasificación concursal del crédito de reembolso del socio que se separa ex artículo 348 bis LSC. A propósito de las SSTS núm. 4/2021, de 15 de enero, núm. 46/2021, de 2 de febrero y 64/2021, de 9 de febrero)», en *RDS*, núm. 62, 2021.

BUSTO LAGO, José Manuel: «Consideración de un paquete de participaciones sociales que comporta el control de una sociedad mercantil como bien indivisible a efectos de la liquidación de una sociedad de gananciales. Comentario a la (STS 458, 2020), de 28 de julio. (RJ 2020, 2477)», en *CCJC*, núm. 116, 2021, pp. 97-118.

CAMPINS VARGAS, Aurora: «Disolución de sociedades y pandemia. Especial referencia a la disolución y responsabilidad de los administradores por pérdidas cualificadas», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 3, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho Privado, 2021, pp. 313-328.

CARBAJO CASCÓN, Fernando: «La sociedad en extinción», en *RDS*, núm. 62, 2021.

COHEN BENCHETRIT, Amanda, ZABALETA DÍAZ, Marta y PÉREZ CARRILLO, Elena: «Retribución de administradores en tiempo de COVID-19», en *RDS*, núm. 62, 2021.

DE NADAL, Elisabeth, SÁNCHEZ, Víctor Manuel e YZQUIERDO, Mariano: «Los deberes de las empresas relativos a la prevención de los efectos del cambio climático en los derechos humanos (reflexiones preliminares a raíz de la sentencia de 26 de mayo 2021 del Tribunal Civil del Distrito de La Haya en el caso Shell)», en *RDS*, núm. 63, 2021.

DEL OLMO GARCÍA, Pedro: «Por una vuelta al pasado: la elevación de la renta por fusión, escisión y transformación de sociedades en el art. 32.2 LAU», en *RDC*, vol. 8, núm. 3, 2021, pp. 167-185.

FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «La responsabilidad contractual de los socios de sociedades de capital por las “distribuciones patrimoniales irregulares”», en *RDM*, núm. 321, 2021.

FERNÁNDEZ SAHAGÚN, María Soledad: «Particularidades de la sociedad laboral como sociedad mercantil especial. Comentario de la Sentencia 441/2021 de la Audiencia Provincial de Barcelona, 20 de enero 2021», en *RDS*, núm. 63, 2021.

FLORES SEGURA, Marta: «Las operaciones de liquidación societaria», en *RCDI*, núm. 785, 2021, pp. 1407-1453.

GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, Javier: «Juntas telemáticas en las sociedades cotizadas», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 3, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho Privado, 2021, pp. 367-381.

- GUILARTE GUTIÉRREZ, Alfonso: «Renuncia cargo de administrador (DGSJFP 15 de enero de 2021)», en *RDBB*, año 40, núm. 162, 2021, pp. 385-388.
- HERRERO NAZARIO, César y CALATAYUD VILLALÓN, Arturo: «La combinación de intereses en operaciones de financiación potencialmente lesivas para el interés social», en *RDS*, núm. 62, 2021.
- IRIBARREN, Miguel: «La tutela de la integridad de la participación del socio de una sociedad de capital», en *RDS*, núm. 62, 2021.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J. y PEINADO GRACIA, Juan Ignacio: «Reflexiones sobre el art. 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital», en *RDM*, núm. 321, 2021.
- LATORRE CHINER, Nuria: «Las operaciones vinculadas de la sociedad cotizada en la reforma de la Ley de Sociedades de Capital (Ley 5/2021, de 12 de abril)», en *RDS*, núm. 62, 2021.
- LEIÑENA, Elena: «La evolución y los nuevos desafíos en el control de concentraciones de las grandes compañías tecnológicas en la Unión Europea», en *RDM*, núm. 321, 2021.
- MARÍN DE LA BÁRCENA, Fernando: «Otras aportaciones de los socios (cuenta 118 PGC)», en *RDS*, núm. 63, 2021.
- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Pablo: «Algunos supuestos de pago en especie en las sociedades de capital. Particular referencia al caso del socio separado o excluido», en *RDS*, núm. 63, 2021.
- MARTÍNEZ MUÑOZ, Miguel: «La responsabilidad de los administradores societarios en el período de crisis empresarial. Reflexiones a propósito de la Directiva 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva», en *RDBB*, año 40, núm. 162, 2021, pp. 89-154.
- MORALES BARCELÓ, Judith: «Grupos de sociedades y administrador de hecho», en *RJC*, núm. 1, 2021.
- MORILLAS JARILLO, María José: «Las reformas del derecho de sociedades cooperativas», en *RDU*, núm. 345, 2021.
- NAVARRO FRÍAS, Irene: «Responsabilidad social corporativa, cumplimiento normativo y deberes de los administradores», en *RDS*, núm. 63, 2021.
- ORTEGA DOMÉNECH, Jorge: «Las cuestiones más relevantes de Derecho civil aplicables a las sociedades mercantiles», en *RGLJ*, núm. 2, 2021.
- OTXOA-ERRARTE GOIKOETHEA, Rosa: «¿Sociedades participadas con cuentas en participación?», en *RDS*, núm. 63, 2021.
- PÉREZ MORIONES, Aránzazu: «“Responsabilidad personal del administrador frente a tercero por el incumplimiento por la sociedad de la obligación de reembolso de un cobro indebido”. Comentario a la STS de 10 de diciembre de 2020 (RJ 2020, 4849)», en *CCJC*, núm. 116, 2021, pp. 283-298.
- PÉREZ RODRÍGUEZ, Ángela María: «Las comunicaciones electrónicas socio-sociedad en el derecho inglés: aspectos claves para la futura reforma en el derecho español», en *RDM*, núm. 321, 2021.

- RAMOS GÓMEZ, Marta: «“En todo” aumento de capital mediante compensación de créditos, ¿derecho de suscripción preferente? Comentario a la RDGSJFP de 5 de mayo de 2021 y RDGSJFP de 7 de febrero de 2020», en *RDS*, núm. 63, 2021.
- RECALDE CASTELLS, Andrés y JUSTE MENCÍA, Javier: «Asistencia telemática a la junta y juntas exclusivamente telemáticas tras la Ley 5/2021 (arts. 182 y 182 bis LSC)», en *RDS*, núm. 62, 2021.
- REDONDO TRIGO, Francisco: «De nuevo sobre la compraventa de empresa y la acción de daños y perjuicios: algunas notas sobre la extensión del convenio arbitral a la sociedad adquirida ante el incumplimiento de las declaraciones y manifestaciones», en *RCDI*, núm. 785, 2021, pp. 1940-1955.
- «De nuevo sobre el deber de infracción de lealtad y el ámbito de representación de los administradores», en *RCDI*, núm. 786, 2021, pp. 2619-2635.
- «El deber de infracción de lealtad y la ausencia de poder de los administradores para la práctica de una filialización», en *RCDI*, núm. 787, 2021, pp. 3246-3264.
- SÁNCHEZ CALERO, Juan: «El momento de la aprobación por la Junta General del importe máximo de la retribución de los administradores», en *RDBB*, año 40, núm. 163, 2021, pp. 365-390.
- SÁNCHEZ CALERO BARCO, Helena: «Cambios en la Legislación Mercantil: el Real Decreto-ley 5/2021», en *RDBB*, año 40, núm. 162, 2021, pp. 375-380.
- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «Las juntas telemáticas de las Sociedades Anónimas a raíz del Real Decreto-Ley 5/2021», en *RDBB*, año 40, núm. 162, 2021, pp. 359-368.
- VERCHER MOLL, Javier: «La verificación en la responsabilidad social empresarial», en *RdPat*, núm. 56, 2021.
- «¿Puede impartir la junta general instrucciones al liquidador de una sociedad de capital?», en *RDS*, núm. 63, 2021.
- ZABALETA DÍAZ, Marta: «Retribuciones de consejeros en el sistema dual de administración tras la Directiva 2017/828 de implicación a largo plazo de los accionistas», en *RDS*, núm. 63, 2021.

DERECHO CONCURSAL

- BAENA BAENA, Pedro Jesús: «La relevancia cualitativa o cuantitativa de la quita o la espera acordadas respecto a algunos acreedores en relación con la apertura de la sección de calificación del concurso (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2020)», en *RDM*, núm. 321, 2021.
- BERMEJO GUTIÉRREZ, Nuria: «¿Un Derecho concursal de emergencia para hacer frente a una pandemia concursal?», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 3, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y

transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho Privado, 2021, pp. 269-295.

BRENES CORTÉS, Josefa: «Venta de unidades productivas y pre-pack concursal», en *RdPat*, núm. 55, 2021.

CARLÓN RUIZ, Matilde: «El concurso del contratista incumplidor en el marco de la legislación de contratación pública (Reflexiones sobre el criterio temporal para la selección de la causa de resolución al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo [3.ª] 1653/2020, de 3 de diciembre)», en *ADCon*, núm. 54, 2021, pp. 221-254.

CARRASCO PERRERA, Ángel: «El “valor razonable” concursal de la prenda de créditos derivados de contrato bilateral», en *RJNot*, núm. 112, 2021.

DE VIVERO DE PORRAS, Carmen: «El convenio no gravoso y la sección de calificación en el concurso de acreedores. Comentario a la Sentencia núm.456/2020, de 24 de julio del Tribunal Supremo. (RJ 2020, 2687)», en *CCJC*, núm. 116, 2021, pp. 49-74.

FLORES SEGURA, Marta: «El Derecho concursal de emergencia como herramienta para la conservación de tejido empresarial», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 3, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho Privado, 2021, pp. 297-312.

GARCÍA-OVIES, Isabel: «Las acciones de reintegración concursal y la rectificación de bases en el Impuesto sobre el Valor Añadido», en *ADCon*, núm. 54, 2021, pp. 409-426.

GARNACHO CABANILLAS, Lourdes: «La reestructuración preconcurso de deudas desde una perspectiva interna y comunitaria», en *ADCon*, núm. 53, 2021, pp. 47-88.

GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, Martín: «La exoneración del pasivo insatisfecho en el Texto refundido de la Ley concursal», en *RDM*, núm. 321, 2021.

HEREDIA CERVANTES, Iván: «Suspensión de la eficacia de un convenio arbitral y “perjuicio para la tramitación del concurso” en el contexto internacional (Comentario del Auto del Juzgado de lo Mercantil Número 11 de Madrid, de 30 de diciembre de 2020)», en *ADCon*, núm. 54, 2021, pp. 255-266.

IGLESIA, Gabriel: «Acceso al mecanismo de segunda oportunidad: análisis evolutivo y futuro de la figura legislativa», en *ADCon*, núm. 53, 2021, pp. 197-234.

JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «La publicidad del auto de declaración de concurso a través del Registro Civil», en *RCDI*, núm. 786, 2021, pp. 2565-2585.

LARA GONZÁLEZ, Rafael y ARMENDÁRIZ ÍÑIGO, Juan Martín: «Cuestiones procesales sobre la rendición de cuentas a la luz del texto refundido de la Ley Concursal», en *ADCon*, núm. 54, 2021, pp. 7-28.

LÓPEZ-BUSTABAD, Ignacio Javier: «La complicidad de los auditores de cuentas», en *ADCon*, núm. 54, 2021, pp. 29-56.

- MARTÍN GÓMEZ, Iván: «La financiación urgente de las empresas con motivo de la pandemia sanitaria», en *ADCon*, núm. 54, 2021, pp. 57-84.
- MARTÍN OSANTE, José Manuel: «Constitución de la Junta de Acreedores en el Texto Refundido de la Ley Concursal», en *RDP*, núm. 4, 2021.
- MONSERRAT VALERO, Antonio: «Los compradores de viviendas en construcción ante la crisis inmobiliaria», en *ADCon*, núm. 53, 2021, pp. 7-46.
- MORENO GARCÍA, Lucía: «La competencia judicial para reanudar la ejecución de la garantía real sobre bienes no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado tras la apertura de la fase de liquidación concursal (Comentario de la RDGSJFP de 9 de octubre de 2020)», en *ADCon*, núm. 53, 2021, pp. 339-366.
- ORRICO SÁNCHEZ, Ignacio: «Luces y sombras de la exoneración del pasivo insatisfecho. Algunas propuestas de mejora», en *ADCon*, núm. 53, 2021, pp. 145-196.
- PÉREZ ÁLVAREZ, María del Pilar: «Sobre la evolución histórica de los modos de compensar», en *ADCon*, núm. 54, 2021, pp. 85-112.
- VÁZQUEZ CUETO, José Carlos: «La relevancia del acuerdo extrajudicial de pagos en la exoneración del pasivo insatisfecho: régimen actual y posibilidades de evolución», en *ADCon*, núm. 53, 2021, pp. 91-144.

DERECHO BANCARIO Y BURSÁTIL

- COLINO MEDIAVILLA, José Luis: «Los créditos participativos son necesariamente subordinados por pacto contractual», en *RDBB*, año 40, núm. 163, 2021, pp. 291-334.
- DE HUIDOBRO DOMÍNGUEZ RUIZ, A.: «Comunicado conjunto de la CNMV y del Banco de España sobre el riesgo de las criptomonedas como inversión y otras novedades», en *RDBB*, año 40, núm. 162, 2021, pp. 373-374.
- DOMÍNGUEZ RUIZ DE HUIDOBRO, Adolfo: «Un Estado miembro de la zona euro puede obligar a su Administración a aceptar pagos en efectivo», en *RDBB*, año 40, núm. 162, 2021, pp. 389-390.
- FERNÁNDEZ DE ARAOZ Y GÓMEZ ACEBO, Alejandro: «De nuevo sobre las opas de exclusión: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 23 de noviembre de 2020 en el caso “Portland-Valderrivas”», en *RDBB*, año 40, núm. 162, 2021, pp. 289-322.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «Las operaciones (vinculadas) intragrupo», en *RDBB*, año 40, núm. 163, 2021, pp. 157-230.
- FERNÁNDEZ TORRES, Isabel: «Special Purpose Acquisition Company (SPAC): una aproximación jurídica desde la perspectiva del derecho español», en *RDBB*, año 40, núm. 163, 2021, pp. 91-156.
- FUENTES NAHARRO, Mónica: «Modificación parcial del Plan General de Contabilidad», en *RDBB*, año 40, núm. 162, 2021, pp. 369-370.

- «Aprobado el Reglamento de la Ley de Auditoría», en *RDBB*, año 40, núm. 162, 2021, pp. 371-372.
- LÓPEZ ORTEGA, Raquel: «Las plataformas de financiación participativa a la luz de la nueva regulación europea del *crowdfunding* (El Reglamento UE 2020/1503, de 7 de octubre de 2020, sobre los proveedores europeos de servicios de financiación participativa para empresas)», en *RDBB*, año 40, núm. 162, 2021, pp. 155-204.
- PULGAR EZQUERRA, Juana: «La renegociación de la financiación con aval público (COVID-19)», en *RDBB*, año 40, núm. 163, 2021, pp. 11-90.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: «Sobre el contenido del plan de viabilidad», en *RDBB*, año 40, núm. 162, 2021, pp. 381-384.
- «La modificación del deber de diligencia», en *RDBB*, año 40, núm. 163, 2021, pp. 231-278.
- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «Las cinco claves de la Absorción de Bankia por CaixaBank», en *RDBB*, año 40, núm. 162, 2021, pp. 253-288.
- «Sentencia del TJUE de 4 de marzo de 2021 sobre la resolución de la crisis del Banco Popular mediante su venta al Banco de Santander», en *RDBB*, año 40, núm. 162, 2021, pp. 323-358.
- «Ciberdelincuencia con criptoactivos: algunos casos paradigmáticos recientes en España», en *RDBB*, año 40, núm. 163, 2021, pp. 279-290.
- «Jurisprudencia reciente del TJUE y del TS español sobre la Responsabilidad Civil de Bankia (Caixabank) frente a los inversores derivada de su folleto de salida a bolsa», en *RDBB*, año 40, núm. 163, 2021, pp. 335-364.
- VEIGA COPO, Abel B.: «Eficiencia y función de la garantía», en *RDBB*, año 40, núm. 162, 2021, pp. 11-88.

DERECHO DE LA COMPETENCIA

- DE ALCARAZ SÁNCHEZ-CAÑAVERAL, José Luis *et al.*: «La promoción de la competencia en el sector de los servicios profesionales: el caso de Andalucía», en *RDCD*, núm. 28, 2021.
- ESTEBAN RAMOS, Luisa María: «Aplicación de la cláusula general del artículo 4 LCD en el caso del “dieselgate” (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Madrid, de 25 de enero de 2021)», en *RDCD*, núm. 28, 2021.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, María Cristina: «La concurrencia de varias sociedades de un grupo a una licitación administrativa: problemática desde un punto de vista del Derecho de la competencia», en *RDCD*, núm. 28, 2021.
- MORALES BARCELÓ, Judith: «Los guardianes de acceso y la dudosa necesidad de la propuesta de ley de mercados digitales: especial referencia a las concentraciones económicas», en *RDCD*, núm. 28, 2021.

PEÑAS MOYANO, Benjamín: «Especificaciones de la jurisprudencia de la Unión Europea sobre el concepto de “ventaja que puede constituir una ayuda de estado incompatible con el mercado interior”: la Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de marzo de 2021», en *RDCD*, núm. 28, 2021.

RODRÍGUEZ CEMPELLÍN, Diego: «El cálculo del volumen de negocios de la empresa infractora a los efectos de la imposición de sanciones en el marco del derecho de la competencia», en *RDCD*, núm. 28, 2021.

DERECHO DE SEGUROS

ALONSO SOTO, Ricardo José: «Seguros privados para la vejez», en *AFDUAM*, núm. 25, Dedicado a: El derecho de las sociedades envejecidas, 2021, pp. 179-190.

RIVAS VELASCO, María José: «Actos previos de perjudicado y aseguradora. ¿Vinculan al resultado del proceso? (1)», en *AC*, núm. 11, 2021.

DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS. DERECHO DIGITAL

Aviñó Belenguer, David: «El uso de cookies de publicidad comportamental desde la óptica de la protección de datos», en *RDNT*, núm. 56, 2021.

—«La incorporación al proceso de las evidencias obtenidas de equipos informáticos y de dispositivos de almacenamiento masivo de información. El expurgo del contenido irrelevante», en *RDNT*, núm. 56, 2021.

AYLLÓN GARCÍA, Jesús Daniel: «Privacidad, *smartphones* y aplicaciones móviles: cuestiones controvertidas en torno al tratamiento de datos personales», en *AC*, núm. 5, 2021.

DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel: «La inteligencia artificial aplicada a la robótica en los juguetes: el colectivo vulnerable de los menores. Responsabilidad de los padres», en *RCDI*, núm. 787, 2021, pp. 3075-3093.

FLAQUER RIUTORT, Juan: «Los retos legales de las *fake reviews* en el ordenamiento jurídico español», en *RDNT*, núm. 56, 2021.

HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Francisco: «Hacia una moneda digital europea. El euro 2.0», en *RDCE*, año 25, núm. 70, 2021, pp. 1006-1033.

MARTÍNEZ CALVO, Javier: «Los Datos personales como posible contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales», en *InDret*, núm. 4, 2021, pp. 88-135.

MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Rubén: «La reutilización y transferencia de tecnología para su utilización conjunta entre AA.PP., organismos y entidades del sector público tras la STJUE ISE/Colonia. Propuestas para completar una regulación insuficiente», en *RDNT*, núm. 56, 2021.

MELEÁN BRITO, Jorge y RANGEL GUTIÉRREZ, Luis José: «Criptomonedas y teoría general del patrimonio. Una visión integradora», en *RDNT*, núm. 56, 2021.

- MORENO BLESA, Lidia: «La retirada de contenidos de internet basada en la legislación de protección de datos», en *AC*, núm. 7, 2021.
- NADAL GÓMEZ, Irene: «Ejecución forzosa y *blockchain*. Panorámica general con especial atención a las monedas virtuales», en *RJNot*, núm. 112, 2021.
- PÉREZ RODRÍGUEZ, Ángela María: «Las comunicaciones electrónicas socio-sociedad en el derecho inglés: aspectos claves para la futura reforma en el derecho español», en *RDM*, núm. 321, 2021.
- PLAZA PENADÉS, Javier: «La libertad en Internet», en *RDNT*, núm. 56, 2021.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa: «Las plataformas: nuevos actores (y reguladores) de la actividad económica», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 3, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho Privado, 2021, pp. 403-417.
- ROSSELLÓ RUBERT, Francisca María: «Régimen jurídico y supervisión de la actividad publicitaria del influencer en plataformas digitales», en *RJC*, núm. 3, 2021.
- SERRA RODRÍGUEZ, Adela: «Los *smart contracts* en el Derecho contractual», en *RDNT*, núm. 56, 2021.
- SOTO PINEDA, Jesús Alfonso y VILLANUEVA TOBALINA, Antonio J.: «Redes, tecnologías de registro distribuido, *blockchain* y defensa de la competencia», en *AC*, núm. 7, 2021.
- TALENS VISCONTI, Eduardo Enrique: «Derecho del trabajo y propiedad intelectual: especial referencia a las creaciones informáticas», en *RDNT*, núm. 56, 2021.
- VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía: «Un nuevo desafío normativo: las plataformas digitales ¿de intermediación? (1)», en *AC*, núm. 6, 2021.
- VÁZQUEZ RUANO, Trinidad: «Los desafíos jurídicos de la difusión promocional electrónica en relación con la defensa de la privacidad», en *RDM*, núm. 321, 2021.

DERECHO SANITARIO

- CABRERA DEL BARRIO, Carmen: «Medicamentos y productos sanitarios defectuosos: un análisis de la protección de consumidores bajo el régimen general», en *RJUAM*, núm. 44, 2021.
- LÓPEZ GARCÍA, Pablo: «Solicitud de autorización judicial para transfusiones sanguíneas: jurisdicción, competencia y procedimiento aplicables», en *AC*, núm. 6, 2021.
- MAGRO SERVET, Vicente: «El carácter irreversible del daño por muerte no voluntaria por incapacidad de hecho tras la Ley Orgánica 3/2021 de la eutanasia», en *AC*, núm. 6, 2021.

TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, Soledad: «Cooperación sanitaria internacional (OMS)», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho Público, 2021, pp. 427-442.

DERECHO DE LOS CONSUMIDORES

AGÜERO ORTIZ, Alicia: «Nuevo régimen de garantías de los bienes consumo y otras novedades introducidas por el RD Ley 7/2021 en el TRLGDCU», en *AC*, núm. 11, 2021.

ALONSO PÉREZ, María Teresa: «La Regulación, en tiempos de COVID, de los contratos de servicios y de compraventa celebrados por consumidores», en *InDret*, núm. 3, 2021, pp. 1-32.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo: «La transparencia material y la Ley de contratos de crédito inmobiliario: la actuación notarial», en *RJNot*, núm. 112, 2021.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «La condición de consumidora de la comunidad de propietarios. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de abril de 2021 (JUR 2021,129929)», en *RdPat*, núm. 55, 2021.

—«La protección del consumidor en los créditos o tarjetas *revolving*. La importancia de la información y el control de transparencia en su contratación (y II)», en *RGLJ*, núm. 2, 2021.

CADENAS OSUNA, Davinia: «La cláusula suelo a debate: análisis crítico del control de consentimiento y contenido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *RCDI*, núm. 785, 2021, pp. 1978-2022.

—«El papel desempeñado por el notario en el control de transparencia material de las condiciones generales incorporadas a contratos de préstamo con garantía hipotecaria», en *RdPat*, núm. 55, 2021.

CASTELLS SOMOZA, Carlos: «El alto precio de no advertir al consumidor de las excepciones al derecho de desistimiento», en *RJUAM*, núm. 43, 2021.

DÍEZ GARCÍA, Helena: «Legalidad, transparencia y abusividad: Análisis de la cláusula de intereses variables de un préstamo hipotecario convenido al amparo del RD 801/2005 (Plan Vivienda 2005-2008) en el que se subroga el comprador de la vivienda gravada. Comentario a la STS 585/2020, de 6 de noviembre. (RJ 2020, 38579)», en *CCJC*, núm. 116, 2021, pp. 179-222.

DOMÍNGUEZ YAMASAKI, María Isabel: «La figura del intermediario en la aplicación del control de transparencia a las cláusulas multidivisa. Comentario de la STS, Sala de lo Civil, núm. 99/2021, de 23 de febrero (RJ 2021, 779)», en *RdPat*, núm. 55, 2021.

- DURÁN ALONSO, Silvia: «Las cooperativas de vivienda: Consideración del socio cooperativista como consumidor», en *RDC*, vol. 8, núm. 3, 2021, pp. 273-276.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «La COVID-19 y su impacto en las normas de contratación con consumidores», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 3, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho Privado, 2021, pp. 161-182.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «El principio de transparencia y el consumidor en el préstamo garantizado con hipoteca», en *RCDI*, núm. 785, 2021, pp. 1765-1780.
- LÓPEZ ORTEGA, Raquel: «Las plataformas Uber, BlaBlaCar y Airbnb ¿Intermediarias o prestadoras del servicio subyacente?», en *RDM*, núm. 321, 2021.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «La STJUE de 9 de julio de 2020 relativa al acuerdo novatorio sobre la cláusula suelo y sus efectos sobre la doctrina sentada en la STS de 11 de abril de 2018», en *RDP*, núm. 3, 2021.
- MARTÍN BRICEÑO, María del Rosario: «La vulnerabilidad de las personas con discapacidad como consumidores (1)», en *AC*, núm. 11, 2021.
- MARTÍN FUSTER, José Manuel: «La protección del consumidor en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: la apreciación de oficio de la nulidad y la flexibilización de los principios procesales», en *AC*, núm. 10, 2021.
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: «Abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de arrendamiento financiero de acciones. STJUE (Sala Primera) de 27 de enero de 2021. (TJCE 2021, 21)», en *CCJC*, núm. 116, 2021, pp. 313-330.
- MATO PACÍN, María Natalia: «El consumidor ante la venta en pública subasta de obras de arte», en *RDC*, vol. 8, núm. 3, 2021, pp. 1-44.
- MORALEJO IMBERNÓN, Nieves I.: «Control de transparencia en los préstamos hipotecarios con consumidores en relación con aquellas condiciones generales que versan sobre el objeto principal del contrato. Deberes de información del prestamista en los contratos de venta con subrogación del comprador en la posición del promotor. Comentario a la STS, de 27 de octubre de 2020. (RJ 2020, 4141)», en *CCJC*, núm. 116, 2021, pp. 139-166.
- PALOMARES BRAVO, Jesús: «El régimen del derecho de desistimiento en el contrato de servicios dentro de la perspectiva del derecho de consumo. En particular, los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil. Comentario a la STS (Sala Primera) de 24 de marzo de 2021 (RJ 2021, 1337)», en *RdPat*, núm. 56, 2021.
- PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José: «El “auto del chorizo matemático” y la desconfianza del consumidor», en *RGLJ*, núm. 3, 2021.

- SÁNCHEZ LERÍA, Reyes: «Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español», en *Indret*, núm. 4, 2021, pp. 33-87.
- TAPIA HERRERO, Irene: «Una mirada crítica hacia el derecho de desistimiento en los contratos de consumo y perspectivas de futuro», en *RJUAM*, núm. 43, 2021.
- TORRELLES TORREA, Esther: «La resolución de los contratos por consumidores en tiempos de pandemia. Art. 36. 1 y 2 RD-ley 11/2020», en *RDC*, vol. 8, núm. 2, 2021, pp. 93-145.
- ZUMAQUERO GIL, Laura: «Los efectos derivados del carácter abusivo de las cláusulas de vencimiento anticipado de las hipotecas», en *RDC*, vol. 8, núm. 2, 2021, pp. 221-270.

DERECHO URBANÍSTICO

- AGUIRRE I FONT, Josep M.: «La nueva regulación de la costa en Cataluña: la Ley 8/2020, de 30 de julio, de Protección y Ordenación del Litoral», en *RUE*, núm. 46, 2021.
- BASTÚS RUIZ, Berta: «La garantía del derecho a la vivienda a través del análisis de las últimas modificaciones legislativas», en *RUE*, núm. 46, 2021.
- ESPAÑA PÉREZ, José Alberto: «El despliegue de la digitalización: instrumentos para la ciudad conectada», en *RDU*, núm. 347, 2021.
- FALCÓN-PÉREZ, Carmen Esther: «Promoviendo el control económico en el planeamiento desde un nuevo modelo de urbanismo. El informe de sostenibilidad económica y la memoria de viabilidad económica», en *RDU*, núm. 347, 2021.
- GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, Fernando: «El límite del deber de conservación. El difícil equilibrio entre la conservación de los edificios, construcciones e instalaciones y la ruina económica», en *RDU*, núm. 347, 2021.
- GONZÁLEZ BOTIJA, Fernando: «La problemática de las ocupaciones ilegales en la reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Papachela y Amazon, S.A. c. Grecia», en *RUE*, núm. 46, 2021.
- HERVÁS MAS, Jorge: «La rehabilitación y la edificación forzosa en la Comunidad Valenciana: un mecanismo fundamental para los fondos “next generation” de la Unión Europea», en *RDU*, núm. 346, 2021.
- LANZAS MARTÍN, Eugenio-Pacelli: «La precedente revisión del régimen tradicional de inscripción de la propiedad horizontal tumbada como diferenciado del aplicable al complejo inmobiliario y a la propiedad horizontal ordinaria», en *RCDI*, núm. 785, 2021, pp. 1956-1977.
- «La inscripción del cambio de uso por antigüedad», en *RCDI*, núm. 787, 2021, pp. 3265-3276.

- LASO BAEZA, Vicente: «Determinación del aprovechamiento urbanístico de suelos demaniales incluidos en actuaciones de urbanización», en *RCDI*, núm. 786, 2021, pp. 2636-2651.
- LÓPEZ SALES, Ramón: «Luces y sombras en la constitucionalidad de la minoración del derecho de propiedad por incumplimiento de los deberes urbanísticos», en *RDU*, núm. 345, 2021.
- MORENO GARCÍA, Javier: «Las nuevas Directrices de Ordenación del Territorio en el País Vasco: un cambio en el modelo territorial», en *RUE*, núm. 46, 2021.
- PARAJÓ CALVO, Margarita: «El entorno subsidiario de protección de la Ley gallega de Patrimonio Cultural en la Sentencia del TSJ de Galicia de 4 de febrero 2021», en *RUE*, núm. 46, 2021.
- PASCUAL MARTÍN, Jesús Ignacio: «El desistimiento administrativo en la tramitación del planeamiento urbanístico iniciado de oficio», en *RUE*, núm. 46, 2021.
- PRADÓS I REIG, Carlos: «Las entidades privadas de verificación y control de las actuaciones urbanísticas en la reciente normativa de la Comunidad Valenciana», en *RUE*, núm. 46, 2021.
- RODRÍGUEZ PALAU, Jaime de Vicente: «El quebradero de cabeza de las cargas urbanísticas», en *RDU*, núm. 346, 2021.
- SÁNCHEZ GOYANES, Enrique: «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2020, sobre el área del “Wanda Metropolitano”», en *RUE*, núm. 46, 2021.
- SERRANO LÓPEZ, Juan Enrique: «La legislación urbanística valenciana no integra de forma efectiva el derecho ciudadano a participar en el plan», en *RUE*, núm. 46, 2021.
- VIDAL VERA, Ricardo: «La declaración de nulidad de los planes de acción territorial, en especial, del PATIVEL. Comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 11 de febrero de 2021», en *RUE*, núm. 46, 2021.

DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE

- ABREU ACOSTA, Guzmán: «La recepción del medio ambiente en la legislación autonómica de suelo. Una visión a través de la Ley 4/2017, de 13 de julio, del suelo y de los espacios naturales protegidos de Canarias», en *RDU*, núm. 346, 2021.
- AGUD SPILLARD, Ricardo: «Delitos medioambientales en España», en *RDU*, núm. 345, 2021.
- ALONSO GARCÍA, Nieves: «Crisis migratorias medioambientales: evolución histórica y respuestas futuras para la protección de los derechos humanos», en *RDA*, núm. 49, 2021, pp. 71-103.

- ÁLVAREZ ARCÁ, Ignacio: «El principio de la utilización y participación equitativa y razonable y la protección del medio ambiente en la Convención de Naciones Unidas sobre los cursos de agua internacionales», en *RJUAM*, núm. 44, 2021.
- CALVO VÉRGEZ, Juan: «El diseño del funcionamiento del mercado gasista a la luz de las recientes reformas normativas», en *RDA*, núm. 48, 2021, pp. 37-90.
- CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén y PALOMAR, Alberto: «El informe de información no financiera: evolución e incidencia en la Ley de Cambio Climático y en el ámbito de la gestión administrativa», en *RDA*, núm. 49, 2021, pp. 29-70.
- CASTRO ÁLVAREZ, Concepción: «Un freno más del Tribunal Constitucional a la protección jurídica de los animales: (a propósito de la STC 81/2020, de 15 de julio, relativa a la Ley 6/2018, de 26 de noviembre, de protección de los animales en la Comunidad Autónoma de La Rioja)», en *RDA*, núm. 48, 2021, pp. 235-256.
- EMBED IRUJO, Antonio: «Legislar sobre cambio Climático», en *RDA*, núm. 48, 2021, pp. 13-32.
- FANLO LORAS, Antonio: «Los caudales ecológicos como herramienta para armonizar los objetivos ambientales y socio-económicos de la planificación hidrológica», en *RDA*, núm. 49, 2021, pp. 11-23.
- GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, Fernando: «La certificación forestal: un instrumento de mercado disfuncional en el pasado, eficiente en el presente y de obligada proyección futura para una gestión forestal sostenible», en *RDA*, núm. 48, 2021, pp. 91-145.
- GIMÉNEZ CASALDUERO, María *et al.*: «Vulnerabilidad ambiental y “alimentos baratos”: los límites del Derecho ante la industria porcina», en *RDA*, núm. 48, 2021, pp. 203-229.
- MATA TORRES, Cynthia Inmaculada: «La obtención de biomasa frente a la gestión forestal sostenible: La biomasa forestal en Andalucía», en *RDA*, núm. 48, 2021, pp. 379-441.
- MOLINA GIMÉNEZ, Andrés: «Análisis jurídico del Reglamento (UE) 2020/741, de 25 de mayo de 2020, sobre reutilización de aguas regeneradas, y estudio de su repercusión en España», en *RDA*, núm. 48, 2021, pp. 147-202.
- MORALO IZA, Víctor M.: «Economía circular y cambio climático: cambios y medidas en la legislación española», en *RDU*, núm. 346, 2021.
- NOGUERA GIL, Eva María: «La implantación de los caudales ecológicos: el caso de la cuenca del Segura», en *RDA*, núm. 49, 2021, pp. 315-375.
- ORTEGA MORENO, Ildefonso: «El sistema de ciudades: urbanismo sostenible, ciudad y gobernanza», en *RDU*, núm. 345, 2021.
- ROSETO MELO, Daniela: «El régimen jurídico de la movilidad humana transnacional por motivos medioambientales», en *RDA*, núm. 48, 2021, pp. 443-504.

VALENCIA MARTÍN, Germán: «Bolsas de plástico, Unidad de mercado: (comentario a la STC 100/2020)», en *RDA*, núm. 49, 2021, pp. 169-182.

RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS

BUENO DE MATA, Federico: «El arbitraje y la mediación como medios extra-judiciales para la solución de conflictos vinculados al comercio electrónico y al Derecho de la Moda», en *AC*, núm. 9, 2021.

DERECHO PROCESAL

EMPARANZA SOBEJANO, Alberto: «El plazo del ejercicio de la acción de reclamación en los transportes multimodales. Comentario a la STS de 28 de septiembre de 2020. (RJ 2020, 3525)», en *CCJC*, núm. 116, 2021, pp. 119-138.

FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro *et al.*: «Desahucios y mala fe procesal», en *AC*, núm. 9, 2021.

GARCÍA RODRÍGUEZ, José María: «La tercería de mejor derecho y el límite temporal del art.9.1.e) de la LPH en el marco de una ejecución hipotecaria», en *RDC*, vol. 8, núm. 2, 2021, pp. 317-320.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando: «¿Han venido para quedarse las vistas telemáticas?», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 3, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho Privado, 2021, pp. 383-401.

JUAN SEGURA, Marta: «Las medidas cautelares en los procedimientos ambientales en España, con especial referencia al proceso contencioso-administrativo», en *RDA*, núm. 49, 2021, pp. 261-314.

LÓPEZ GARCÍA, Pablo: «Solicitud de autorización judicial para transfusiones sanguíneas: jurisdicción, competencia y procedimiento aplicables», en *AC*, núm. 6, 2021.

MARCOS FRANCISCO, Diana: «Momento para solicitar la asistencia jurídica gratuita e “insuficiencia económica sobrevenida”: aspectos cuestionables de lege lata y propuestas de lege ferenda», en *AC*, núm. 9, 2021.

MARTÍNEZ JUNCEDA, Jesús: «La prueba del lucro cesante de los transportistas en los pleitos de responsabilidad civil extracontractual», en *AC*, núm. 6, 2021.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo: «El tratamiento procesal de la información constitutiva de secreto empresarial. Especial referencia a las medidas de protección de la confidencialidad de la Ley 1/2019, de Secretos Empresariales», en *Indret*, núm. 3, 2021, pp. 1-30.

PEREA GONZÁLEZ, Álvaro: «La sentencia ilíquida y su “pleito posterior”: un estudio del artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *AC*, núm. 5, 2021.

SOLETO MUÑOZ, Helena: «Tutela judicial y alternativas al proceso: instrumentos adecuados para la protección de los derechos de las personas mayores», en *AFDUAM*, núm. 25, Dedicado a: El derecho de las sociedades envejecidas, 2021, pp. 419-437.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

ADROHER BIOSCA, Salomé: «Reconocimiento incidental de resoluciones en materia de responsabilidad parental en el Reglamento Bruselas II bis. El interés superior del niño a su documentación (1)», en *AC*, núm. 11, 2021.

AGUILERA MORALES, Encarnación: «Ante el reto de diseñar un modelo de tutela colectiva de manos de la Directiva (UE) 2020/1828», en *REDE*, núm. 78-79, 2021.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: «Una nueva entrega sobre la gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ejemplo de la jurisprudencia francesa», en *RDC*, vol. 8, núm. 2, 2021, pp. 193-219.

ARENA, Amedeo: «De una factura de electricidad impagada a la primacía del derecho europeo: así nació la jurisprudencia “Costa/Enel”», en *RDCE*, año 25, núm. 70, 2021, pp. 897-931.

ARES CASTRO-CONDE, Cristina: «Algunos apuntes sobre el nuevo contrato intergeneracional europeo», en *AFDUAM*, núm. 25, Dedicado a: El derecho de las sociedades envejecidas, 2021, pp. 281-303.

BLAŽO, Ondrej y MÁ AJ, Adam: «Legal challenges for the European Union concerning an international treaty on business and human rights», en *RDCE*, año 25, núm. 70, 2021, pp. 933-978.

CONTRERAS HERNÁNDEZ, Óscar: «Desplazamiento de trabajadores y la revisión del marco legal europeo: ¿el principio del fin del *dumping* social y la competencia desleal?», en *RDCE*, año 25, núm. 69, 2021, pp. 601-650.

DE BARRÓN ARNICHES, Paloma: «La opción de compra como instrumento de garantía a la luz de la Directiva europea 2014/17 sobre el crédito inmobiliario», en *RCDI*, núm. 785, 2021, pp. 1547-1604.

GARCÍA CASAS, Miguel: «Requisitos para ser considerado consumidor a los efectos de la competencia judicial internacional en contratos celebrados con consumidores. Reflexiones al hilo de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de diciembre de 2020 (C-774/2019)», en *REDE*, núm. 78-79, 2021.

GENTILE, Giulio: «To be or not to be (legally binding)? Judicial review of EU soft law after “BT” and “Fédération Bancaire Française”», en *RDCE*, año 25, núm. 70, 2021, pp. 981-1005.

GINÉS MARTÍN, Diego: «Citizens or migrants? Precarious residence in the context of EU citizenship», en *RDCE*, año 25, núm. 69, 2021, pp. 653-680.

- GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, José María: «La circulación del instrumento público notarial en los Reglamentos de justicia civil. Las bases de un derecho documental europeo», en *RJC*, núm. 1, 2021.
- GONZÁLEZ ALONSO, Luis Norberto: «Descifrando la gobernanza de la “nueva” política de Seguridad y Defensa de la Unión Europea: ¿una revolución silenciosa?», en *RDCE*, año 25, núm. 70, 2021, pp. 845-865.
- GONZÁLEZ BOTIJA, Fernando: «La problemática de las ocupaciones ilegales en la reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Papachela y Amazon, S.A. c. Grecia», en *RUE*, núm. 46, 2021.
- HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Francisco: «Hacia una moneda digital europea. El euro 2.0», en *RDCE*, año 25, núm. 70, 2021, pp. 1006-1033.
- HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: «Euro digital o criptoeuro: ¿Está en juego la soberanía monetaria europea?», en *RDCE*, año 25, núm. 69, 2021, pp. 471-508.
- IZQUIERDO SANS, Cristina: «UE y COVID-19: la gobernanza de Europa por la Unión Europea», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho Público, 2021, pp. 443-445.
- JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco: «Tensiones utópicas y distópicas en el proceso de integración de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. De repente, el acuerdo de comercio y de cooperación con el Reino Unido», en *REDE*, núm. 78-79, 2021.
- LARO GONZÁLEZ, María Elena: «La sustitución de las medidas de investigación requeridas y la suspensión de la ejecución de la orden europea de investigación», en *InDret*, núm. 4, 2021, pp. 412-431.
- LÓPEZ JURADO ROMERO DE LA CRUZ, Carmen: «El papel de la UE como garante del estado de derecho en relación con el sistema de solución de diferencias de la OMC», en *RDCE*, año 25, núm. 70, 2021, pp. 869-896.
- LÓPEZ ORTEGA, Raquel: «Las plataformas de financiación participativa a la luz de la nueva regulación europea del crowdfunding (El Reglamento UE 2020/1503, de 7 de octubre de 2020, sobre los proveedores europeos de servicios de financiación participativa para empresas)», en *RDDB*, año 40, núm. 162, 2021, pp. 155-204.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «La STJUE de 9 de julio de 2020 relativa al acuerdo novatorio sobre la cláusula suelo y sus efectos sobre la doctrina sentada en la STS de 11 de abril de 2018», en *RDP*, núm. 3, 2021.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita: «Las “devoluciones en caliente” en el asunto “N.D. y N.T. contra España” (sentencia de la gran sala TEDH de 13 de febrero de 2020)», en *REDE*, núm. 78-79, 2021.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Rubén: «La reutilización y transferencia de tecnología para su utilización conjunta entre AA.PP., organismos y entidades del sector público tras la STJUE ISE/Colonia. Propuestas para completar una regulación insuficiente», en *RDNT*, núm. 56, 2021.

- MARTÍNEZ MUÑOZ, Miguel: «La responsabilidad de los administradores societarios en el período de crisis empresarial. Reflexiones a propósito de la Directiva 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva», en *RDBB*, año 40, núm. 162, 2021, pp. 89-154.
- MOLINA GIMÉNEZ, Andrés: «Análisis jurídico del Reglamento (UE) 2020/741, de 25 de mayo de 2020, sobre reutilización de aguas regeneradas, y estudio de su repercusión en España», en *RDA*, núm. 48, 2021, pp. 147-202.
- MORENO SÁNCHEZ MORALEDA, Ana: «El concepto de orden público en el Reglamento Bruselas II, Reglamento de alimentos y Reglamento de sucesiones», en *RCDI*, núm. 786, 2021, pp. 2213-2255.
- NÚÑEZ ZORRILLA, María del Carmen: «Los nuevos avances en la regulación europea de la responsabilidad civil por los daños ocasionados en el ámbito del transporte con inteligencia artificial», en *REDE*, núm. 78-79, 2021.
- PASTRANA SÁNCHEZ, María Alejandra: «Reino Unido y su lucha contra el terrorismo: tendencias tras el Brexit», en *REDE*, núm. 78-79, 2021.
- PAZOS CASTRO, Ricardo: «The Case for a (European?) Law of Reputational Feedback Systems», en *InDret*, núm. 3, 2021, pp. 1-35.
- SÁNCHEZ BARRUECO, María Luisa: «El nuevo marco presupuestario de la Unión Europea para la recuperación postpandemia», en *RDCE*, año 25, núm. 69, 2021, pp. 555-599.
- SÁNCHEZ LERÍA, Reyes: «Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español», en *InDret*, núm. 4, 2021, pp. 33-87.
- SÁNCHEZ PATRÓN, José Manuel: «La vacunación en la jurisprudencia europea», en *RDCE*, año 25, núm. 69, 2021, pp. 511-553.
- TASSINARI, Francesca: «La transmisión de información fiscal frente a la Carta de Derechos Fundamentales: reflexiones sobre la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2020, “État luxembourgeois”», en *RDCE*, año 25, núm. 69, 2021, pp. 683-703.
- UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio: «Turbulencias sobre la primacía del Derecho de la UE: últimos desafíos, respuestas y aportaciones», en *REDE*, núm. 78-79, 2021.
- URBANEJA CILLÁN, Jorge: «El régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión Europea: ¿un mecanismo efectivo de garantía del Estado de Derecho en los Estados miembros de la Unión Europea?», en *REDE*, núm. 78-79, 2021.
- VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Beatriz: «El *locus standi* de terceros Estados para interponer recurso de anulación contra medidas restrictivas de la UE: el asunto C-872/19 P, “Venezuela/Consejo”», en *RDCE*, año 25, núm. 70, 2021, pp. 1037-1060.

DERECHO COMPARADO

- ALVARES GARCÍA JÚNIOR, Armando: «La política de transición energética de la Unión Europea según el análisis económico del Derecho: Situación de los países de Europa Central y Oriental», en *RDA*, núm. 49, 2021, pp. 105-164.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: «Una nueva entrega sobre la gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ejemplo de la jurisprudencia francesa», en *RDC*, vol. 8, núm. 2, 2021, pp. 193-219.
- BARSALLO, Carlos y SOLÍS VALDÉS, Ivy: «PANAMÁ: registro de beneficiarios finales», en *RDBB*, año 40, núm. 162, 2021, pp. 205-252.
- BORETTO, Mauricio: «Revisión contractual, emergencia sanitaria y COVID-19 desde la óptica del Derecho argentino», en *RCDI*, núm. 785, 2021, pp. 1643-1670.
- CHRISTANDL, Gregor y NEMETH, Kristin: «El Derecho Sucesorio austríaco reescrito: un análisis comparativo», en *RdPat*, núm. 55, 2021.
- COHNEN, Sebastian: «El nuevo marco preconcursal de estabilización y de reestructuración para empresas en el Derecho Alemán», en *ADCon*, núm. 54, 2021, pp. 141-184.
- COLLAZOS STÜWE, Adriana: «Vigilancia de la bioinvasión marina aplicando el Convenio internacional para la gestión y control del agua de lastre y los sedimentos de los buques», en *RDA*, núm. 48, 2021, pp. 331-377.
- CUCURULL POBLET, Tatiana: «Los pactos sucesorios en Francia. Un camino para la continuidad de las empresas familiares», en *RJNot*, núm. 112, 2021.
- DE SÁ E MELLO, Alberto: «De los animales en el Derecho portugués», en *RGLJ*, núm. 2, 2021.
- GONZÁLEZ ANTEQUERA, Juan José: «La nueva figura del plan de reestructuración financiera del Derecho inglés: “Arrangement and Reconstruction for Companies in Financial Difficulty”», en *ADCon*, núm. 53, 2021, pp. 273-306.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina: «El divorcio notarial. Cuestiones de Derecho internacional privado», en *RJC*, núm. 2, 2021.
- JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Miriam: «Defensores de Derechos Humanos Ambientales en América Latina: invisibles al poder e imprescindibles para la tierra», en *RDA*, núm. 49, 2021, pp. 215-259.
- LLUIS Y NAVAS, Alberto: «Los grandes sistemas jurídicos de la edad contemporánea. Estudio comparativo», en *RGLJ*, núm. 2, 2021.
- MARTÍN AZCANO, Eva María: «El ilícito endofamiliar en la jurisprudencia italiana», en *PDD*, núm. 148, 2021.
- MIGUENS, Héctor José: «El proceso de reorganización concursal en Estados Unidos», en *ADCon*, núm. 53, 2021, pp. 237-272.

- PIGNATA, Marianna: «¿El indigno potest capere? El debate entre los juristas italianos en el cambio de los códigos», en *RDP*, núm. 4, 2021.
- ROMEO RUIZ, Aritz: «La evaluación de impacto ambiental en el Derecho portugués y español», en *RDA*, núm. 48, 2021, pp. 293-329.
- ROSABAL ROBAINA, Yuniel: «Luces y sombras de la publicidad material en Cuba», en *RCDI*, núm. 786, 2021, pp. 2259-2299.
- RUIZ, Francisco R.: «La abogacía internacional. La prestación de servicios profesionales en Europa y justificación de la necesidad de un instrumento europeo sobre sociedades profesionales», en *RJC*, núm. 2, 2021.
- SERRA, Catarina: «Medidas extraordinarias para una crisis extraordinaria en el marco de la Ley Portuguesa», en *ADCon*, núm. 54, 2021, pp. 113-140.

PANDEMIA Y COVID-19

- AGUADO RENEDO, César: «Gobierno y Parlamento en la emergencia sanitaria», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho público, 2021, pp. 47-60.
- ALONSO PÉREZ, María Teresa: «La Regulación, en tiempos de COVID, de los contratos de servicios y de compraventa celebrados por consumidores», en *InDret*, núm. 3, 2021, pp. 1-32.
- «La Regulación, en tiempos de COVID, de los contratos de servicios y de compraventa celebrados por consumidores», en *InDret*, núm. 4, 2021, pp. 1-32.
- ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, Juan: «Ingresos públicos y tributos durante la pandemia», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho público, 2021, pp. 337-352.
- ARROYO GIL, Antonio: «El derecho a circular libremente en tiempos de pandemia», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho público, 2021, pp. 87-106.
- ARROYO JIMÉNEZ, Luis: «Procedimientos administrativos para la gestión de la emergencia», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho público, 2021, pp. 273-290.
- BARRAGUÉ CALVO, Borja: «El impacto del SARS-CoV-2 sobre las (des)igualdades materiales y relacionales», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho público, 2021, pp. 141-153.
- BERMEJO GUTIÉRREZ, Nuria: «¿Un Derecho concursal de emergencia para hacer frente a una pandemia concursal?», en *AFDUAM*, núm. extraordi-

nario 3, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho privado, 2021, pp. 269-295.

BORETTO, Mauricio: «Revisión contractual, emergencia sanitaria y COVID-19 desde la óptica del derecho argentino», en *RCDI*, núm. 785, 2021, pp. 1643-1670.

CAMPINS VARGAS, Aurora: «Disolución de sociedades y pandemia. Especial referencia a la disolución y responsabilidad de los administradores por pérdidas cualificadas», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 3, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho privado, 2021, pp. 313-328.

CANO CAMPOS, Tomás: «Sanciones administrativas», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho público, 2021, pp. 223-238.

CIDONCHA MARTÍN, Antonio: «La pandemia y la libertad de empresa», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho público, 2021, pp. 155-170.

CIERCO SEIRA, César: «La vacunación contra la COVID-19 y sus principales debates jurídicos», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho público, 2021, pp. 307-334.

DE LA MAZA GARMURI, Íñigo y VIDAL OLIVARES, Álvaro Rodrigo: «El caso fortuito en el moderno derecho de las obligaciones», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 3, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho privado, 2021, pp. 97-111.

DÍEZ SASTRE, Silvia: «¿Cambiará la pandemia el derecho de la contratación pública?», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho público, 2021, pp. 257-272.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel: «Dogmatismo contra pragmatismo. Dos maneras de ver las restricciones de derechos fundamentales impuestas con ocasión de la COVID-19», en *InDret*, núm. 4, 2021, pp. 345-411.

—«Responsabilidad patrimonial del Estado y COVID-19», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho público, 2021, pp. 291-306.

FLORES SEGURA, Marta: «El Derecho concursal de emergencia como herramienta para la conservación de tejido empresarial», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 3, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho privado, 2021, pp. 297-312.

- GANUZA, Juan José *et al.*: «Legislar sobre economía y contratos en tiempos de pandemia», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 3, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho privado, 2021, pp. 131-145.
- GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, Javier: «Juntas telemáticas en las sociedades cotizadas», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 3, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho privado, 2021, pp. 367-381.
- GARCÍA GARCÍA, Ricardo: «Libertad religiosa en tiempo de coronavirus», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho público, 2021, pp. 125-139.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «La COVID-19 y su impacto en las normas de contratación con consumidores», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 3, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho privado, 2021, pp. 161-182.
- HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, Liborio Luis: «Sobre la eficacia de las normas de emergencia», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho público, 2021, pp. 189-208.
- HUERGO LORA, Alejandro José: «Fuentes del Derecho», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho público, 2021, pp. 173-187.
- IZQUIERDO SANS, Cristina: «UE y COVID-19: la gobernanza de Europa por la Unión Europea», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho público, 2021, pp. 443-445.
- JIMÉNEZ, Juan Luis: «Estado de alarma. Efectos y consecuencias en el registro de la propiedad», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 3, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho privado, 2021, pp. 239-252.
- JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS, Domingo Jesús: «Las implicaciones de los confinamientos domiciliarios durante la pandemia en los convenios de doble imposición», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho público, 2021, pp. 373-390.
- LAHERA FORTEZA, Jesús: «Los ERTES en y tras la pandemia», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 3, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho privado, 2021, pp. 329-340.
- LORENTE SARIÑENA, Marta María y LUQUE REINA, Antonio Manuel: «La formación histórica de los estados de excepción», en *AFDUAM*, núm.

- extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho público, 2021, pp. 31-45.
- MACÍA MORILLO, Andrea: «Responsabilidad civil en el ámbito sanitario», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 3, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho privado, 2021, pp. 113-128.
- MARCO PEÑAS, Ester: «Derecho “en” y “tras” la pandemia. Los mecanismos de apoyo de la UE para hacer frente a la crisis de la COVID-19: el alcance de la solidaridad entre los Estados miembros de la UE», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho público, 2021, pp. 353-371.
- MAROTO CALATAYUD, Manuel: «Desobediencias y creación policial del Derecho: de la protesta a la pandemia», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho público, 2021, pp. 209-221.
- MARTÍN GÓMEZ, Iván: «La financiación urgente de las empresas con motivo de la pandemia sanitaria», en *ADCon*, núm. 54, 2021, pp. 57-84.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, César: «Las reglas fiscales tras la COVID-19», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho público, 2021, pp. 391-405.
- MINERO ALEJANDRE, Gemma: «El tratamiento de datos personales durante la pandemia por COVID-19. Algunas reflexiones y lecciones aprendidas», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 3, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho privado, 2021, pp. 419-441.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: «El efecto de la pandemia en los contratos: ¿es el Derecho ordinario de contratos la solución?», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 3, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho privado, 2021, pp. 19-24.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles: «La cláusula *rebus sic stantibus* en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 3, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho privado, 2021, pp. 25-37.
- PAZOS CASTRO, Ricardo: «Préstamos y pandemia», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 3, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho privado, 2021, pp. 223-237.
- PÉREZ ÁLVAREZ, María del Pilar: «Los límites de la responsabilidad contractual por eventos sobrevenidos en Derecho romano», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 3, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reac-

- ciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho privado, 2021, pp. 75-95.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel: «El derecho de reunión», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho público, 2021, pp. 107-123.
- PULGAR EZQUERRA, Juana: «La renegociación de la financiación con aval público (COVID-19)», en *RDBB*, año 40, núm. 163, 2021, pp. 11-90.
- QUICIOS MOLINA, María Susana: «COVID y arrendamientos de vivienda», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 3, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho privado, 2021, pp. 183-202.
- «COVID y arrendamientos locales de negocio», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 3, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho privado, 2021, pp. 203-222.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa: «Las plataformas: nuevos actores (y reguladores) de la actividad económica», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 3, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho privado, 2021, pp. 403-417.
- RODRÍGUEZ PINEAU, Elena: «Leyes de policía: el impacto de la pandemia en el derecho internacional privado», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 3, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho privado, 2021, pp. 253-268.
- SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula: «La cláusula *rebus sic stantibus* en el moderno derecho de obligaciones y contratos», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 3, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho Privado, 2021, pp. 39-61.
- SÁNCHEZ BARRUECO, María Luisa: «El nuevo marco presupuestario de la Unión Europea para la recuperación postpandemia», en *RDCE*, año 25, núm. 69, 2021, pp. 555-599.
- SESMA SÁNCHEZ, Begoña: «Derecho de subvenciones en y a partir de la pandemia», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho público, 2021, pp. 404-423.
- SILLERO CROVETTO, Blanca: «Desheredados en tiempos de pandemia», en *RCDI*, núm. 785, 2021, pp. 1781-1814.
- SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José: «El estado de alarma y el derecho de crisis en nuestro sistema constitucional», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho público, 2021, pp. 17-29.

- TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, Soledad: «Cooperación sanitaria internacional (OMS)», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho público, 2021, pp. 427-442.
- TORRELLES TORREA, Esther: «La resolución de los contratos por consumidores en tiempos de pandemia. Art. 36. 1 y 2 RD-ley 11/2020», en *RDC*, vol. 8, núm. 2, 2021, pp. 93-145.
- VALDEOLIVAS GARCÍA, Yolanda: «Desempleo y protección social en pandemia (y pospandemia)», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 3, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho privado, 2021, pp. 341-364.
- VÁQUER ALOY, Antoni: «La suspensión del transcurso de los plazos de prescripción y caducidad civiles durante el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 3, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho privado, 2021, pp. 147-159.
- VELASCO CABALLERO, FRANCISCO y LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, Lucía: «Distribución territorial del poder durante la pandemia», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho público, 2021, pp. 61-85.

VARIA

- AGUADO RENEDO, César: «Gobierno y Parlamento en la emergencia sanitaria», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho público, 2021, pp. 47-60.
- ANDINO LÓPEZ, Juan Antonio: «El secreto profesional del abogado en el nuevo Estatuto General de la Abogacía Española y en la normativa de l'advocacia catalana», en *RJC*, núm. 3, 2021.
- ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, Juan: «Ingresos públicos y tributos durante la pandemia», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho público, 2021, pp. 337-352.
- ARROYO GIL, Antonio: «El derecho a circular libremente en tiempos de pandemia», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho público, 2021, pp. 87-106.
- ARROYO JIMÉNEZ, Luis: «Procedimientos administrativos para la gestión de la emergencia», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a:

Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho público, 2021, pp. 273-290.

BARRAGUÉ CALVO, Borja: «El impacto del SARS-CoV-2 sobre las (des) igualdades materiales y relacionales», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho público, 2021, pp. 141-153.

BORGES BLÁZQUEZ, Raquel: «La construcción de una Europa más igualitaria desde la protección de las víctimas de violencia de género», en *RJUAM*, núm. 43, 2021.

CANO CAMPOS, Tomás: «Sanciones administrativas», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho público, 2021, pp. 223-238.

CAPRARULO, Joaquín: «Federalismo multiétnico en Etiopía y su mecanismo constitucional de secesión: ¿un modelo para España y el caso de Cataluña?», en *RJUAM*, núm. 43, 2021.

CASTRO GONZÁLEZ, Sergio: «La venta a pérdida en el ejercicio de la abogacía», en *RDCD*, núm. 28, 2021.

CIDONCHA MARTÍN, Antonio: «La pandemia y la libertad de empresa», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho público, 2021, pp. 155-170.

CIERCO SEIRA, César: «La vacunación contra la COVID-19 y sus principales debates jurídicos», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho público, 2021, pp. 307-334.

DE PARTE ARROYO FRANCÉS, Claudia: «La suspensión de derechos fundamentales: una visión crítica tras la crisis de la COVID-19», en *RJUAM*, núm. 44, 2021.

DÍEZ SASTRE, Silvia: «¿Cambiará la pandemia el derecho de la contratación pública?», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho público, 2021, pp. 257-272.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel: «Responsabilidad patrimonial del Estado y COVID-19», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho público, 2021, pp. 291-306.

DOMÍNGUEZ MARTÍN, Mónica: «Políticas públicas y configuración de los servicios de protección y atención a las personas mayores. El protagonismo de los municipios», en *AFDUAM*, núm. 25, Dedicado a: El derecho de las sociedades envejecidas, 2021, pp. 249-279.

- DOMÍNGUEZ RUIZ DE HUIDOBRO, Adolfo: «Derecho a guardar silencio en una investigación por uso de información privilegiada», en *RDBB*, año 40, núm. 162, 2021, pp. 391-394.
- GALLARDO, Gonzalo: «Marx frente a la cuestión penal», en *RJUAM*, núm. 44, 2021.
- GANUZA, Juan José *et al.*: «Legislar sobre economía y contratos en tiempos de pandemia», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 3, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho privado, 2021, pp. 131-145.
- GIMÉNEZ GONZÁLEZ, Rebeca: «Una aproximación genealógica a la vinculación entre los lenguajes de derechos humanos y medioambiente en las relaciones internacionales», en *RJUAM*, núm. 44, 2021.
- GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Clara Isabel: «Envejecimiento y sistema público de pensiones en España», en *AFDUAM*, núm. 25, Dedicado a: El derecho de las sociedades envejecidas, 2021, pp. 151-178.
- HIGUERA SERRANO, Carlos: «El libro indicador electrónico. Instrumento de reingeniería documental notarial», en *RJNot*, núm. 112, 2021.
- JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos: «La autorización militar para adquirir inmuebles por extranjeros», en *RJNot*, núm. 112, 2021.
- LAHERA FORTEZA, Jesús: «Los ERTES en y tras la pandemia», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 3, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho privado, 2021, pp. 329-340.
- LLIGADAS GONZÁLEZ, Gemma: «La fragmentación legal internacional como desafío al Estado de Derecho y la coordinación inter-judicial como salvaguarda jurídica», en *RJUAM*, núm. 43, 2021.
- LORENTE SARIÑENA, Marta María y LUQUE REINA, Antonio Manuel: «La formación histórica de los estados de excepción», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho público, 2021, pp. 31-45.
- LUCAS DURÁN, Manuel: «Medidas fiscales para la protección de las personas mayores», en *AFDUAM*, núm. 25, Dedicado a: El derecho de las sociedades envejecidas, 2021, pp. 349-418.
- MARCO PEÑAS, Ester: «Derecho “en” y “tras” la pandemia. Los mecanismos de apoyo de la UE para hacer frente a la crisis de la COVID-19: el alcance de la solidaridad entre los Estados miembros de la UE», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho público, 2021, pp. 353-371.
- MAROTO CALATAYUD, Manuel: «Desobediencias y creación policial del Derecho: de la protesta a la pandemia», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho público, 2021, pp. 209-221.

- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, César: «Las reglas fiscales tras la COVID-19», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho público, 2021, pp. 391-405.
- MIRAPEIX LACASA, Núria: «La usurpación de bienes inmuebles. Soluciones desde la interpretación de la legislación vigente», en *RJC*, núm. 1, 2021.
- MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas: «Presente y futuro de la Constitución de 1978», en *RGLJ*, núm. 3, 2021.
- PICÓ I JUNOY, Joan: «La tutela cautelar en tiempos de COVID-19», en *RJC*, núm. 1, 2021.
- QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José: «El cómic como herramienta educativa: 13, Rue del Percebe y su utilidad en el ámbito del Derecho civil», en *AC*, núm. 10, 2021.
- SAÉNZ DE SANTAMARÍA VIERNA, Alberto: «Francisco de Erasso, notario autorizante del testamento de Carlos I», en *RJNot*, núm. 112, 2021.
- SEVILLA DURO, Miguel Ángel: «La participación ascendente de länder y comunidades autónomas en la Unión Europea», en *RJUAM*, núm. 44, 2021.
- SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José: «El estado de alarma y el derecho de crisis en nuestro sistema constitucional», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho público, 2021, pp. 17-29.
- TEJERO MATOS, Paula: «¿Populismo híbrido? análisis del SMER-SD en Eslovaquia», en *RJUAM*, núm. 44, 2021.
- VELASCO CABALLERO, Francisco y LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, Lucía: «Distribución territorial del poder durante la pandemia», en *AFDUAM*, núm. extraordinario 2, Dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho público, 2021, pp. 61-85.
- VINUESA ANGULO, Julio: «Espacio urbano y sociedad envejecida», en *AFDUAM*, núm. 25, Dedicado a: El derecho de las sociedades envejecidas, 2021, pp. 305-320.
- VIVES VALLÉS, Juan: «Análisis de los últimos desarrollos legislativos a nivel de la CAIB en materia de cultivos modificados genéticamente: Evolución, situación actual e implicaciones legales y empresariales», en *RDCD*, núm. 28, 2021.
- WEILER, Joseph H. H.: «Europa y el fin de la Pax americana», en *AFDUAM*, núm. 25, Dedicado a: El derecho de las sociedades envejecidas, 2021, pp. 15-24.

ABREVIATURAS

AC	Actualidad Civil
ADCon	Anuario de Derecho Concursal
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM
AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
PDD	Práctica de Derecho de Daños. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDA	Revista Aranzadi de Derecho Ambiental
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDNT	Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías
RdPat	Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial
RDC	Revista de Derecho civil
RDCP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RDCD	Revista de Derecho de la competencia y la distribución
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDP	Revista de Derecho Privado
RDS	Revista de Derecho de Sociedades
RDU	Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente
REDE	Revista Española de Derecho Europeo
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJNot	Revista Jurídica del Notariado
RJUAM	Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid

REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR

InDret www.indret.com

Sentencia comentada

Actualización del Derecho Civil Navarro y Constitución

(Sentencia del Tribunal Constitucional 157/2021, de
16 de septiembre)¹

EMILIO V. BLANCO MARTÍNEZ
Profesor asociado de Derecho civil
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. *Introducción.* –II. *Enjuiciamiento constitucional, Compilación y derechos históricos.* –III. *Reiteración de la doctrina constitucional sobre el artículo 149.1.8 CE y los derechos civiles forales o especiales: el criterio de la conexión.* –IV. *La competencia estatal en materia de ordenación de los registros e instrumentos públicos.* –V. *La habitación de los menores: el párrafo final de la Ley 72.* –VI. *La inscripción del pacto anticrético prevista en el párrafo final de la ley 471.* –VII. *Los efectos de la inscripción del pacto de reserva de dominio: el párrafo segundo de la ley 483.* –VIII. *La inscripción del censo: ley 544.* –IX. *La inscripción en el Registro Civil del reconocimiento de la filiación: el párrafo segundo de la letra c) de la ley 54.* –X. *La reserva a favor del Estado de la competencia para dictar «normas para resolver los conflictos de leyes».* –XI. *La determinación de la condición civil – vecindad civil– navarra: ley 11.* –XII. *La determinación de la condición foral de las personas jurídicas: ley 12.* –XIII. *Las bases de las obligaciones contractuales.* –XIV. *Las llamadas circunstancias singulares de la regulación foral impugnada.* –XV. *La cesión de créditos: la interpretación conforme de la ley 511.* –XVI. *La dación en pago necesaria:*

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 157/2021, de 16 de septiembre. ECLI: ES: TC: 2021:157. BOE núm. 251, de 20 de octubre de 2021. Ref. BOE-A-2021-17106. Esta sentencia, que aquí simplemente se reseña, viene a sumarse al ya nutrido cuerpo de jurisprudencia constitucional sobre el artículo 149.1.8 CE y las competencias en materia de Derecho Civil. En concreto, al hilo de la reciente actualización del Derecho civil navarro, se pronuncia sobre la competencia del Estado en materia de ordenación de los registros e instrumentos públicos, normas para resolver conflictos de leyes y bases de las obligaciones contractuales.

párrafos segundo y tercero de la ley 495.–XVII. Los votos particulares: 1. Voto particular del magistrado don Ricardo Enríquez Sancho. 2. Voto particular del magistrado don Antonio Narvárez Rodríguez. 3. Voto particular del magistrado don Andrés Ollero Tassara.

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal Constitucional 157/2021, de 16 de septiembre, ha resuelto el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el presidente del Gobierno contra varios preceptos de Ley foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo. Ha sido ponente la magistrada doña Encarnación Roca Trías y cuenta con tres votos particulares formulados por los magistrados don Ricardo Enríquez, don Antonio Narvárez y don Andrés Ollero.

El recurso tenía carácter competencial y un alcance muy limitado, si se compara con la amplia regulación del Derecho civil que contiene la Compilación de Navarra, especialmente en materia de obligaciones y contratos. Se centraba, además, en algunos preceptos que habían sido objeto de modificación por la nueva ley.

Fueron impugnadas las leyes 11 (determinación de la condición civil), 12 (condición foral de las personas jurídicas), 54 –párrafo segundo de la letra c) (reconocimiento de la filiación), 72 –último párrafo (habitación de los menores), 471–último párrafo (pactos anticréticos), 483 –párrafo segundo (reserva de dominio), 495 –párrafos segundo y tercero (dación en pago necesaria), 511 (cesión de créditos) y 544 (censo vitalicio).

Los preceptos impugnados se consideraban contrarios a las competencias estatales fijadas en el artículo 149.1.8 de la Constitución, concretamente, las relativas a la ordenación de los registros e instrumentos públicos (ley 72 –último párrafo, ley 471, tercer párrafo, ley 483– segundo párrafo, y ley 54), bases de las obligaciones contractuales (ley 511, ley 495 párrafos segundo y tercero) y normas para resolver conflictos de leyes (leyes 11 y 12). El párrafo segundo de la ley 495 relativa a la dación en pago fue impugnado por infringir las bases de las obligaciones contractuales y por no constituir un desarrollo constitucionalmente admisible del derecho civil foral conforme al artículo 149.1.8 CE y el párrafo tercero de esa misma ley 495 por ser contrario el artículo 149.1.6 CE (competencia estatal en materia de legislación procesal).

La sentencia desestima el grueso del recurso y considera inconstitucionales el inciso «respetando el principio de paridad de ordenamientos» de la ley 11, la ley 12 y el segundo párrafo de la ley 483.

Respecto del párrafo segundo de la letra c) de la ley 54, la ley 511 y el párrafo segundo de la ley 495 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, en la redacción que les da el art. 2 de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, resuelve que no son inconstitucionales interpretadas respectivamente en los términos de los fundamentos jurídicos 7, 9 g) y 10 b) de la propia sentencia.

El párrafo segundo de la letra c) de la ley 54 que regula los efectos de la inscripción en el Registro Civil de la filiación por reconocimiento, se interpreta en el sentido de que no regula los efectos de la inscripción, ni determina de forma diferente que el reconocimiento sea inscribible en el Registro Civil, cuestiones ambas reservadas a las normas estatales, sino en el sentido de que se trata de una disposición sustantiva a través de la cual se completa el régimen jurídico aplicable a una institución civil, la filiación por reconocimiento, respecto de la cual la Comunidad foral tiene competencia.

La ley 511 referida a la cesión de créditos se considera constitucional porque la regulación amplia, tradicional en el derecho navarro, de este negocio jurídico de cesión haciéndolo aplicable a cualesquiera créditos y no solo los litigiosos, no altera los elementos esenciales de la figura de la cesión de créditos que puede deducirse de la regulación del Código Civil. Entiende la sentencia que «atendidas las circunstancias del caso, en particular el carácter dispositivo de la regulación, la falta de contenido innovador de la regulación cuestionada y su aplicación únicamente a relaciones jurídico privadas no regidas por la legislación mercantil, es posible considerar que, así interpretado, constituye una modulación amparada por las competencias autonómicas en materia de conservación del derecho civil foral, sin que infrinja las bases de las obligaciones contractuales que, en este momento, han de inferirse de la regulación estatal».

Los párrafos segundo y tercero de la ley 495 referida a la dación en pago necesaria se consideran constitucionales en atención tanto al juego de la autonomía de voluntad de las partes en el contrato como el carácter no innovador de la regulación en un ámbito en el que al Estado no ha ejercido de modo expreso la competencia que le atribuye el art. 149.1.8 CE. A lo que añade la sentencia que este precepto únicamente ha de aplicarse a las relaciones entre particulares, sin que pueda serlo en el caso de relaciones jurídico-privadas

de los empresarios o comerciantes en cuanto tales, ni tampoco en relación con los derechos y obligaciones que afectan a la actividad libre del empresario mercantil. Entendida en estos términos resuelve que esta regulación no conlleva el quebrantamiento de ningún principio estructural ínsito en la regulación de las obligaciones contractuales.

La sentencia cuenta tres votos particulares. El primero lo emite el magistrado Ricardo Enríquez. A su juicio, la ley 544, sobre el contenido de la inscripción de los censos vitalicios en el Registro de la Propiedad, y la ley 511, reguladora del retracto de créditos, debieron ser declaradas inconstitucionales. La primera ley, por vulnerar las competencias del Estado sobre ordenación de los registros públicos de carácter civil que el art. 149.1.8 CE reserva en todo caso al Estado; y la segunda ley por vulnerar también la competencia sobre las bases de las obligaciones contractuales, recogida en el art. 149.1.8 CE en relación con el art. 1.535 del Código Civil.

El segundo voto particular lo formula el magistrado Antonio Narváez, defendiendo la íntegra estimación del recurso, por considerar los preceptos impugnados contrarios a la competencia exclusiva del Estado en materia de Derecho Civil (art. 149.1.8 CE) y, en concreto, en lo referente a la «ordenación de los registros e instrumentos públicos» y a las «bases de las obligaciones contractuales». Además, añade que la ley 511 (cesión de créditos) es contraria al artículo 149.1.6 CE (competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil) porque a su juicio «resulta también aplicable a los consumidores y usuarios de créditos hipotecarios».

El tercer voto particular lo firma el magistrado Andrés Ollero. Defiende, respecto de los preceptos impugnados por invadir la competencia estatal en materia de registros, que la sentencia debería haber reconocido, sin problema, que el legislador foral navarro había invadido el ámbito de la competencia estatal no solo a los efectos de la inscripción registral, sino también a la indicación de los actos y negocios que pueden o deben acceder al registro. Pero añadiendo que en este caso estaba justificada la *lex repetita* porque contribuye a aclarar la normativa foral. Respecto de la regulación de la cesión de créditos, sostiene que el régimen de cesión del crédito litigioso del Código Civil reviste carácter excepcional y responde a una concreta finalidad: facilitar la conclusión de pleitos (art. 1535 CC). Y que al llevar esta regulación excepcional más lejos de lo implícitamente establecido, las leyes 511 y 495 del Fuero Nuevo han invadido la competencia estatal en materia de

derecho civil, incluso si se atiende a la propia STC 132/2019 -FJ 6- ya que señaló que la autonomía de la voluntad y la obligatoriedad de los contratos forman parte de las bases de las obligaciones contractuales. Concluye señalando que a su juicio la doctrina constitucional está ensanchando desmesuradamente la competencia autonómica para conservar, actualizar y desarrollar las peculiaridades civiles forales y que siendo la regla general que el Derecho civil es estatal, parece obligada una interpretación estricta de las materias que corresponden en todo caso al poder central.

II. ENJUICIAMIENTO CONSTITUCIONAL, COMPILACIÓN Y DERECHOS HISTÓRICOS

La sentencia comienza exponiendo las posiciones de las partes en el proceso y el contenido de la norma impugnada. Recuerda que el derecho civil de Navarra fue compilado en 1973 (Ley 1/1973, de 1 de marzo), y que tras la Constitución y la aprobación de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del Fuero de Navarra (LORAFNA), se promulgó la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, por la que se modificó el texto de la Compilación para adaptarlo al marco constitucional. La Ley 21/2019 viene a modificar y actualizar la Compilación de Derecho Civil de Navarra o Fuero Nuevo, que según explica su exposición de motivos es un texto completo que contiene disposiciones relativas a todas las materias en las que tradicionalmente se ha dividido el derecho civil o privado: persona, familia, sucesiones, propiedad y contratos.

En sus alegaciones, el Gobierno y el Parlamento de Navarra trajeron a colación la existencia de algunas disposiciones impugnadas en la Compilación de 1973, la disposición adicional primera de la Constitución relativa a los derechos históricos y la similitud de algunos preceptos recurridos con normas vigentes en otras comunidades autónomas.

Estas alegaciones justifican que la sentencia, antes de analizar el fondo del asunto, realice lo que llama unas «precisiones previas» sobre estas cuestiones:

«a) No pueden ser tomados en cuenta los argumentos relativos a que alguna de las disposiciones impugnadas ya se incluía en la Compilación de 1973 y, en consecuencia, no deberían o podrían ser cuestionadas precisamente por esa razón. Debe tenerse en cuenta que dicha compilación, aprobada por la Ley 1/1973, es una norma preconstitucional, por lo que el hecho de que la Ley foral 21/2019 reproduzca algunas de sus previsiones no las convierte, por ese solo hecho, en adecuadas al orden competencial que deriva de la Consti-

tución y la LORAFNA, habida cuenta de que este es el primer momento en que dicha adecuación puede plantearse ante este Tribunal por la vía del recurso de inconstitucionalidad. Podría, eso sí, justificar que las normas de la Ley foral 21/2019 constituyen una modificación o desarrollo de instituciones civiles preexistentes en la Comunidad foral al tiempo de promulgarse la Constitución, a los efectos de apreciar su adecuación a lo dispuesto en el primer inciso del art. 149.1.8 CE en materia de modificación, conservación o desarrollo del derecho civil foral. No obstante, conviene recordar ahora que la controversia competencial que aquí se traba de modo principal no es esa, en la medida en que la práctica totalidad de los motivos de impugnación que se ventilan hacen referencia a cuestiones contempladas en el segundo inciso del citado precepto constitucional, el cual enumera una serie de materias que, en todo caso, quedan excluidas de las competencias autonómicas antes aludidas.

Por otra parte, la doctrina constitucional, atendiendo a la función de depuración objetiva del ordenamiento propia del recurso de inconstitucionalidad, tiene ya establecido que el hecho de que una norma reproduzca otra anterior, no impugnada, no impide que la primera pueda ser recurrida (así, STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 8, y las que cita), dado que el recurso de inconstitucionalidad es un recurso abstracto dirigido a la depuración del ordenamiento, de forma que con el mismo no se defiende un interés propio de los recurrentes, sino el interés general y la supremacía de la Constitución.

b) No pueden tener tampoco virtualidad alguna las alegaciones realizadas por los representantes de las instituciones de la Comunidad foral sobre la similitud de algunos de los preceptos recurridos con normas vigentes en otras comunidades autónomas y que no han sido objeto de la correspondiente impugnación ante este Tribunal. Como se ha recordado de forma reiterada, cualquier consideración sobre la falta de impugnación de disposiciones o actuaciones previas de contenido idéntico o similar a las del objeto del proceso resulta completamente irrelevante en el ejercicio de nuestra jurisdicción. La STC 79/2019, de 5 de junio, FJ 2.b), con cita de otras, recalca que la doctrina constitucional ha dejado sentado, desde la STC 39/1982, de 30 de junio, FJ 3, que «[l]a indisponibilidad de las competencias y la nulidad de pleno derecho de las normas contrarias a los preceptos constitucionales y de los que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias, consecuencia de la prevalencia del aludido bloque constitucional, son razones que desautorizan cualquier alegato asentado sobre la idea de aquiescencia por no haberse planteado en tiempo el conflicto o el recurso, con sujeción al juego de los plazos previstos en el artículo 62 o en el artículo 33 LOTC».

c) Igual suerte ha de correr la alegación relativa al carácter histórico de la competencia de Navarra en materia de derecho civil, en relación con la inaplicación de lo previsto en el art. 149.1.8 CE, precisamente en razón del carácter histórico que se atribuye a la competencia de la Comunidad foral. Dicho planteamiento no ha

sido admitido por este Tribunal que, en la STC 40/2018, de 26 de abril, sobre los arts. 15 y 16 de la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del patrimonio de Navarra, relativos al destino de los inmuebles vacantes situados en su territorio y a los saldos abandonados en entidades financieras sitas en esta Comunidad foral y depósitos abandonados en la Caja General de Depósitos, señaló (FJ 5) que: «Este Tribunal ya ha tenido ocasión de afirmar que lo que la Constitución garantiza en los dos apartados de la disposición adicional primera de la Constitución es la propia existencia de un régimen foral, pero no de todos y cada uno de los derechos que históricamente lo hayan integrado. De acuerdo con esta doctrina, aplicable a la Comunidad Foral Navarra (STC 208/2012, de 14 de noviembre, FJ 4), el segundo párrafo de la disposición adicional primera de la Constitución posibilita la actualización general de dicho régimen foral, permitiendo que las comunidades forales puedan mantener competencias que históricamente les hubieran correspondido, pero dichas competencias deberán ser asumidas mediante la norma estatutaria (STC 140/1990, de 20 de septiembre, F3) y Navarra ha realizado esta asunción en la LORAFNA. En consecuencia, la asunción estatutaria de una determinada competencia puede suponer el reconocimiento y la actualización de derechos históricos (STC 140/1990, de 20 de septiembre, FJ 3), pero sin que dichos derechos puedan considerarse, por sí mismos, títulos competenciales autónomos de los que quepa deducir competencias (STC 123/1984, de 18 de diciembre, FJ 3). Por consiguiente, una vez asumidas, “el respectivo Estatuto deviene el elemento decisivo de la actualización de los derechos históricos” (STC 140/1990, FJ 3), de manera que es esta norma, como integrante del bloque de la constitucionalidad (art. 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), la que, junto a las demás previstas en la Constitución, delimita el ámbito competencial de la Comunidad Foral. De acuerdo con la jurisprudencia citada, se debe afirmar que el hecho de que la competencia asumida estatutariamente tenga constatados antecedentes históricos no puede confundirse con el origen de su reconocimiento a la Comunidad Foral, que tiene lugar solo como consecuencia de la asunción estatutaria, mediante la aprobación de la LORAFNA. Así, aunque el artículo 48 LORAFNA disponga que la Comunidad Foral de Navarra tiene competencia exclusiva para conservar, modificar y desarrollar su derecho foral y el artículo 45.6 LORAFNA establezca que será la propia Comunidad Foral la que regulará el patrimonio de Navarra, su administración, defensa y conservación, ello no le otorga, desde la óptica de la legislación civil, aquí discutida, mayor competencia material que la de legislar sobre aquellas instituciones que aparezcan recogidas en su Fuero Nuevo o tengan conexión con ellas».

Por tanto, en atención a dicha doctrina, la delimitación de competencias en materia de derecho civil entre el Estado y la Comunidad foral de Navarra ha de atenerse a lo dispuesto en el art. 149.1.8 CE en relación con el art. 48 LORAFNA».

III. REITERACIÓN DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE EL ARTÍCULO 149.1.8 Y LOS DERECHOS CIVILES FORALES O ESPECIALES: EL CRITERIO DE LA CONEXIÓN

La sentencia recuerda lo que llama «rasgos esenciales» de la doctrina constitucional acerca de la delimitación de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas que cuentan con derecho civil foral o especial, reiterando el llamado «criterio de la conexión» como adecuado para justificar el desarrollo de los referidos derechos:

«La Constitución atribuye al Estado la legislación civil, sin más posible excepción que la conservación, modificación y desarrollo autonómico del derecho civil especial o foral. La reserva al Estado por el mismo art. 149.1.8 CE, de determinadas regulaciones «en todo caso» sustraídas a la normación autonómica no puede ser vista, en coherencia con ello, como norma competencial de primer grado que deslinde aquí los ámbitos respectivos que corresponden al Estado y que pueden asumir ciertas comunidades autónomas. El sentido de esta, por así decir, segunda reserva competencial en favor del legislador estatal no es otro, pues, que el de delimitar un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible, por tanto, de conservación, modificación o desarrollo, derecho civil especial o foral alguno (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 79, citando la doctrina de la STC 88/1993, de 12 de marzo, FJ 1).

El art. 149.1.8 CE, además de atribuir al Estado una competencia exclusiva sobre la legislación civil, también introduce una garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política, que no consiste en la intangibilidad o supralegalidad de los derechos civiles especiales o forales, sino en la previsión de que los estatutos de las comunidades autónomas en cuyo territorio aquéllos rigieran a la entrada en vigor de la Constitución puedan atribuir a dichas comunidades autónomas competencia para su conservación, modificación y desarrollo (STC 88/1993, FJ 1).

Ello implica que, respecto de tales derechos civiles, forales o especiales, determinadas comunidades autónomas pueden asumir en sus estatutos de autonomía competencias consistentes en su conservación, modificación y desarrollo. Dicha competencia ha de entenderse ceñida estrictamente a esas funciones que son «la medida y el límite primero de las competencias así atribuibles y ejercitables» por las Comunidades Autónomas en virtud del art. 149.1.8 CE (por todas, STC 133/2017, de 16 de noviembre, FJ 4). El art. 149.1.8 CE solo permite legislar en

materia de derecho civil a aquellas comunidades autónomas que a la entrada en vigor de la Constitución tuvieran un derecho civil propio y solo pueden hacerlo en atención a su conservación, modificación o desarrollo, pero no ampara la creación de un derecho civil nuevo o instituciones jurídicas que nunca estuvieron presentes en su territorio (SSTC 82/2016, de 28 de abril, 110/2016, de 9 de junio, y 192/2016, de 16 de noviembre).

La vinculación de la noción de «desarrollo» con la garantía constitucional de los «Derechos civiles forales o especiales vigentes en ciertos territorios» y, más en concreto, con el reconocimiento constitucional de «la vitalidad hacia el futuro de tales ordenamientos preconstitucionales» (STC 88/1993, FJ 3) nos da la medida positiva y negativa de su alcance y extensión. De este modo, la noción constitucional de «desarrollo» permite, en positivo, «una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho» y, en negativo, «no significa... una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae*», sino ceñida necesariamente a la regulación de «instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral» (STC 88/1993, FJ 3).

En conclusión, [STC 95/2017, de 6 de julio, FJ 4.a)]la competencia legislativa autonómica de desarrollo del Derecho civil propio comprende la disciplina de instituciones civiles no pre-existentes, siempre y cuando pueda apreciarse alguna conexión con aquel derecho, criterio de la conexión que, según la función que hemos señalado que realiza esta competencia legislativa autonómica, debe ir referido al Derecho civil propio en su conjunto, esto es, que se puede verificar respecto de otra institución que sí formase parte del mismo o en relación a los principios jurídicos que lo informan.

Por el contrario, (STC 95/2017, FJ 3), las comunidades autónomas con Derecho civil foral o especial no ostentan competencia legislativa ilimitada sobre las materias civiles distintas de aquellas que se reservan «en todo caso» al Estado por el segundo inciso del art. 149.1.8 CE. Podrán regular las materias que no están siempre reservadas al Estado, incluso innovando el derecho civil existente al tiempo de promulgarse la Constitución, esto es disciplinando ámbitos no normados en él, pero siempre que esa regulación innovadora presente una conexión con el Derecho civil especial, pues es la garantía de este ordenamiento jurídico y no otra cosa la ratio de la singularidad civil que se introduce en el primer inciso del art. 149.1.8 CE.».

IV. LA COMPETENCIA ESTATAL EN MATERIA DE ORDENACIÓN DE LOS REGISTROS E INSTRUMENTOS PÚBLICOS

A varias de las normas impugnadas se les imputaba vulnerar la competencia exclusiva estatal en materia de ordenación de los registros e instrumentos públicos. Registro de la Propiedad: leyes 72, último párrafo; 471, último párrafo; 483, párrafo segundo y 544); y Registro Civil: párrafo segundo de la letra c) de la ley 54. Por esta razón, la sentencia dedica un fundamento jurídico (FJ 6) a analizar la doctrina constitucional sobre esta materia:

«De acuerdo con la doctrina de este Tribunal, recordada por la STC 7/2019, de 17 de enero, FJ 3, los registros públicos a los que se refiere el art. 149.1.8 CE, cuya ordenación es competencia exclusiva del Estado, «son los referentes fundamentalmente a materias de derecho privado, como se infiere de su contexto y no a otros registros que ... aunque tengan repercusiones en ese campo del Derecho, tienen por objeto materias ajenas a él» (SSTC 71/1983, de 29 de julio, FJ 2, y 4/2014, de 16 de enero, FJ 3); dicho de otro modo, no cabe entender sino que «los registros a que dicha ordenación se refiere son exclusivamente los de carácter civil» (SSTC 103/1999, de 3 de junio, FJ 3; 134/2006, de 27 de abril, FJ 8; 81/2013, de 11 de abril, FJ 5, y 11/2015, de 5 de febrero, FJ 3).

En orden a la delimitación de esa competencia exclusiva que el Estado ostenta, conforme al art. 149.1.8 CE, «en todo caso», para la ordenación de los registros públicos, entendiendo por tales los de derecho privado, ha de precisarse que ello supone que ninguna disposición autonómica podrá, sin incurrir en inconstitucionalidad por invasión de la competencia estatal, proceder a dicha «ordenación», esto es, a la creación y regulación de registros jurídicos de carácter civil (en este sentido, en relación con los instrumentos públicos, SSTC 156/1993, de 6 de mayo, FJ 5, y 4/2014, FJ 3). La STC 67/2017, de 25 de mayo, FJ 3, ratifica esta idea al afirmar que «la competencia estatal sobre “ordenación” de los registros públicos comprende, en todo caso, la íntegra regulación de la materia, entendida ésta en su sentido material, comprensivo de cualesquiera normas, de rango legislativo o reglamentario, incluyendo aquellas medidas de ejecución que tengan su fundamento en la consecución de la unidad hipotecaria en el tráfico inmobiliario. Y si bien esta competencia incluye la legislación hipotecaria, no se limita a ella, puesto que no se trata de una reserva que incida con carácter exclusivo en la regulación sustantiva del ejercicio de la fe pública registral. Y ello porque la competencia atribuida al Estado no es únicamente de legislación, sino que abarca más ampliamente la “ordenación” de los registros, expresión ésta en la que ha de entenderse incluida la configuración de los registros desde su doble condición, como “institución” y como “función”, lo que incluye tanto

la organización funcional como administrativa de los registros, realizada tanto por la legislación hipotecaria como por cualesquiera otras normas de naturaleza administrativa».

También en cuanto a la delimitación de las competencias que atribuye al Estado el art.149.1.8 CE en materia de «ordenación de los registros e instrumentos públicos», la STC 132/2019, de 13 de diciembre, FJ 4.e), ha recordado que las SSTC 156/1993, FJ 5, y 4/2014, FJ 3, ya precisaron que «[e]l Estado ostenta “en todo caso” competencia exclusiva para la ordenación de los instrumentos públicos (art. 149.1.8 CE), lo que supone, como es obvio, que ninguna disposición autonómica podrá, sin incurrir en inconstitucionalidad, proceder a dicha ordenación». Pero declaran asimismo «que el intérprete ha de cuidar aquí de salvar la concordancia entre la exclusiva competencia del Estado en este ámbito y la que pueda ostentar determinada comunidad autónoma para legislar sobre institutos jurídicos integrados en su Derecho civil propio, o conexos con el mismo, lo que significa, ante todo, que no será aceptable un entendimiento tan lato de aquella competencia estatal que venga a impedir toda ordenación autonómica sobre actos o negocios jurídicos con el solo argumento de que unos u otros pueden o deben formalizarse mediante instrumento público». Como destaca la STC 156/1993, FJ 5, «tal entendimiento de lo que sea «ordenación» de los «instrumentos públicos» no se compadece con las exigencias de una interpretación integrada y armónica de las competencias estatales y autonómicas sobre la legislación civil». Este criterio puede ser aplicado a la competencia estatal sobre ordenación de los registros, siempre que partamos de la base indiscutible de que esta atribución competencial al Estado «se realiza sin exclusión, restricción o limitación alguna, por lo que ha de entenderse que abarca por completo el régimen de los registros públicos en los que se inscriban actos de naturaleza o con trascendencia jurídica civil. Se trata, en definitiva, de una materia enteramente sustraída por el artículo 149.1.8 CE a la acción normativa de las Comunidades Autónomas, quedando atribuida en plenitud a la legislación del Estado, tanto normas con rango formal de ley como reglamentos». (STC 7/2019, FJ 3).

Así pues, el Estado ostenta «en todo caso» competencia exclusiva para la ordenación de los registros, en los términos ya señalados (art. 149.1.8 CE), lo que supone, como es obvio, que ninguna disposición autonómica podrá, sin incurrir en inconstitucionalidad, proceder a dicha «ordenación» (STC 7/2019, FJ 3), ni siquiera a reproducir los preceptos de la normativa estatal, al carecer de competencias para ello [STC 132/2019, FJ 7.D)]. Lo que sí podría ser cuestión de interpretación, y es precisamente lo que aquí se plantea, es cuál sea el alcance positivo de la competencia estatal sobre ordenación de los registros y de las competencias autonómicas sobre derecho civil, cuando interaccionan entre sí al regir cada una de ellas la materia que le es propia.

Así pues, a los efectos que ahora interesan, la extensión de dicha competencia estatal en materia de ordenación de los registros públicos puede definirse atendiendo a dos criterios. En primer lugar, corresponde al Estado la regulación y organización de registros de carácter civil, así como la de la publicidad y protección que estos otorgan. En segundo lugar, corresponde también al Estado la determinación, no solamente de los efectos de la inscripción registral, sino también de los actos y negocios jurídicos de naturaleza o con trascendencia civil que son o deben ser inscribibles y, por tanto, acceden al registro. Así lo confirma el art. 608 del Código Civil, que remite a la legislación hipotecaria para determinar los títulos sujetos a inscripción o anotación, la forma, efectos y extinción de las mismas, la manera de llevar el registro y el valor de los asientos de sus libros. Según el art. 1 de la Ley Hipotecaria (LH) aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946, «El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles» y conforme al art. 2, apartados 2 y 3, en los registros de la propiedad se inscribirán «Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales», así como «Los actos y contratos en cuya virtud se adjudiquen a alguno bienes inmuebles o derechos reales, aunque sea con la obligación de transmitirlos a otro o de invertir su importe en objeto determinado». Enumeración que amplía el art. 7 del Reglamento hipotecario, aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947 (RH), al prescribir que «Conforme a lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley, no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en el futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales». En relación con lo anterior el art. 8 RH, dispone la sujeción a inscripción de los actos y contratos relativos a derechos reales y bienes inmuebles previstos en los derechos forales, al establecer que «Los actos y contratos que con diferentes nombres se conocen en las provincias en que rigen fueros especiales, y producen, respecto a los bienes inmuebles o derechos reales, cualquiera de los efectos indicados en el artículo anterior, estarán también sujetos a inscripción».

Son pues, las normas estatales las que han de regular la organización de los registros de carácter civil, determinando las condiciones para el acceso a los mismo de los actos inscribibles, los efectos de la publicidad y de la protección que otorga la inscripción, así como también disponer directa o indirectamente, como hace a través de cláusula de apertura que permite la inscripción de los derechos reales previstos en las legislaciones forales (art. 2 LH en relación con los arts. 7 y 8 RH), los actos o negocios jurídicos con trascendencia civil que son susceptibles de inscripción registral».

V. LA HABITACIÓN DE LOS MENORES: EL PÁRRAFO FINAL DE LA LEY 72

Una vez delimitadas la competencia estatal sobre ordenación de los registros públicos que la demanda entiende vulnerada y las competencias autonómicas sobre derecho civil, la sentencia pasa examinar si las normas impugnadas por este motivo se ajustan o no a tales criterios.

Analiza, en primer lugar, el párrafo final de la ley 72 («habitación de los menores»).

La Ley foral 21/2019, ha introducido, dentro del régimen atinente a la «responsabilidad parental», la regulación de la ley 72, dedicada a la «habitación de los menores», actualizando el régimen precedente de la «patria potestad» que contenía la Compilación de 1973. En este precepto se recogen los criterios que deben tenerse en cuenta por parte del juez en caso de ruptura de la familia, para la atribución del uso y destino de la vivienda familiar según se hubiera asignado la guarda individual o compartida de la descendencia común, determinándose los parámetros a los que esta decisión judicial debe responder, así como la incidencia de la medida en la fijación de la contribución que uno y otro progenitor deben realizar al sostenimiento de los hijos. En el párrafo final de la ley 72, cuyo último inciso es el impugnado, se prevé que: «Los actos de disposición que se realicen por el titular de la vivienda lo serán, en todo caso, sin perjuicio del uso atribuido. El derecho de uso podrá ser inscrito o anotado preventivamente en el Registro de la Propiedad».

La sentencia desestima el recurso sobre esta norma con base en los siguientes razonamientos (FJ 6 a):

«Para resolver la controversia que aquí se plantea es suficiente constatar que, conforme a la ya señalada necesidad de una interpretación integrada y armónica de las competencias estatales y autonómicas sobre la legislación civil, el solo argumento de que la norma autonómica se refiera a un eventual acceso del derecho de uso que regula al registro de la propiedad, no puede ser considerado suficiente para apreciar su inconstitucionalidad. Las comunidades autónomas con competencias en materia de derecho civil pueden incluir en sus regulaciones cuestiones relacionadas con el acceso a los registros, siempre que se vinculen con sus competencias en materia de conservación, modificación o desarrollo de su derecho civil propio y no suponga con ello inmiscuirse en la ordenación sustantiva de los registros públicos. Esto es, siempre que no incidan en la regulación del registro ni en la de la protección que la inscripción registral otorga o la publicidad que deriva de la referida inscripción ni tampoco en la determinación de los actos y negocios jurídicos susceptibles de ser protegidos de ese modo.

El inciso de la ley 72 cuestionado se ajusta a esos criterios. Trata de establecer mecanismos de protección de los menores frente a posibles actos de disposición sobre el inmueble que constituye la vivienda familiar, protegiendo su uso conforme a lo decidido por el juez, regulación que conecta, a su vez, con el contenido del derecho de habitación previsto en las leyes 423 y 424 del mismo FN. Así, una vez establecida la regla sustantiva de que los actos de disposición del titular no pueden ir en perjuicio del uso atribuido, se limita a regular, en conexión con dicha regla, la posibilidad de que el derecho de uso que deriva de la resolución judicial pueda acceder al registro de la propiedad. Previsión que completa el régimen jurídico aplicable a una institución sobre la que la Comunidad foral ostenta una competencia que no ha sido discutida en el presente proceso. En efecto, disponiendo el legislador foral de competencia para regular el derecho de uso de la vivienda en situaciones de ruptura familiar, cabe entender que también la tiene para fijar, por remisión, el potencial régimen de eficacia de dicha regulación frente a terceros, pudiendo para ello utilizar la técnica de hacer factible acudir al mecanismo de la inscripción registral, siempre que la misma resulte posible por prescribirlo el derecho estatal y sin que la norma territorial aborde la regulación sustantiva de esta última inscripción.

De hecho, la norma foral se limita a prever una posibilidad, no establece ni el régimen de acceso de dicho derecho al registro, ni regula la publicidad o protección que el acceso otorga. Tampoco se afecta con ello la función calificadora que realiza el registrador de la propiedad que comporta, asimismo, un juicio de legalidad, atinente a la legalidad formal o extrínseca del documento o título inscribible. Y mucho menos supone determinar cuáles hayan de ser los requisitos que han de cumplirse para tal inscripción ni los presupuestos, modos y efectos de la misma. Cuestiones todas ellas relativas a la protección legal que el registro dispensa frente a terceros y que, como tales, constituyen la ordenación sustantiva de la actividad registral que ha de estar sometida a una regulación uniforme, por mor de la reserva a favor del Estado que opera el art. 149.1.8 CE.

Por el contrario, el inciso impugnado se limita a contemplar que un derecho, el de habitación de los menores materializado en el uso de la vivienda familiar en los términos apreciados en una resolución judicial, pueda, en su caso, acceder al registro de la propiedad, de conformidad con los presupuestos, modos y efectos previstos en la legislación estatal a la que corresponde regular el registro de la propiedad.

El acceso al registro de este derecho de uso está contemplado en la legislación estatal, de modo que también se cumple el segundo criterio antes mencionado. El ya citado art. 2 LH, en relación con el art. 7 RH, dispone el acceso al registro de la propiedad de, entre otros, los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de uso, entre ellos los previs-

tos en el derecho civil propio de las comunidades autónomas con competencias para legislar en esta materia, como es el caso de Navarra. Esa misma competencia autonómica es lo que permite descartar que la previsión que examinamos del FN sea una *lex repetita* proscrita por la doctrina constitucional (al respecto, STC 51/2019, de 11 de abril, FJ 6), pues, rectamente entendida, no está regulando una materia ajena a las competencias autonómicas y, como ya se ha señalado, se trata de una previsión que encaja en la sistemática de la legislación que examinamos».

VI. LA INSCRIPCIÓN DEL PACTO ANTICRÉTICO PREVISTA EN EL PÁRRAFO FINAL DE LA LEY 471

La redacción de la citada ley es la siguiente:

«Pacto anticrético. Tanto en la prenda como en la hipoteca, se puede pactar la anticresis o compensación total o parcial del uso de la cosa o de sus frutos con los intereses devengados por la deuda. En otro caso, si la cosa en posesión del acreedor produce frutos, deberá percibirlos aquel para imputarlos a la deuda de intereses y después a la del capital.

Anticresis. También se puede pactar, sin constituir prenda o hipoteca, la compensación total o parcial de una deuda dineraria con el uso o disfrute de una cosa mueble o inmueble.

Inscripción. Los pactos anticréticos serán inscribibles, según su objeto, en el Registro de la Propiedad u otros Registros».

La sentencia rechaza que esta norma sea contraria a la competencia estatal en materia de ordenación de los registros e instrumentos públicos señalando lo siguiente (FJ 6 b):

«El abogado del Estado reconoce que los pactos anticréticos estaban ya regulados en la Compilación de 1973 y que su inclusión en el FN responde a un ejercicio adecuado de la competencia prevista en el art. 48 LORAFNA, pero estima que el último párrafo («inscripción») vulnera la competencia estatal en materia de ordenación de los registros, al permitir la inscripción de tales pactos en el registro de la propiedad, ya que la norma foral nada puede decir al respecto debiendo respetar el carácter exclusivo de la competencia estatal. Las representaciones procesales del gobierno y del Parlamento de Navarra han negado que la norma regule aspecto alguno relacionado con la inscripción del derecho, lo que permitiría excluir la vulneración denunciada.

Por razones similares a las antes apreciadas, esta impugnación, circunscrita a lo relativo a la inscripción del pacto anticrético en el registro de la propiedad, no puede ser estimada.

La previsión que ahora se examina es una consecuencia del carácter real del pacto en cuestión, que se añade bien al derecho real de prenda o bien a la hipoteca inmobiliaria y se limita a reproducir un aspecto que es connatural a su consideración como derecho real, su posible inscripción registral, al que también alude el derecho estatal (arts. 2 LH, en relación con los arts. 7 y 8 RH), sin hacer referencia alguna a las consecuencias jurídicas que despliega la inscripción. Es decir, la ley 471, en lo que ha sido concretamente impugnado, no se refiere a los efectos que la legislación estatal asigna a la inscripción registral, ni a la protección que la inscripción otorga, ni prevé nada respecto a los supuestos en los que tal pacto ha de inscribirse. Se limita a regular la posibilidad de que pueda serlo en los términos previstos por la legislación estatal, lo que no merece reproche competencial, dada la competencia autonómica para regular el pacto anticrético al amparo de sus facultades para conservar, modificar o desarrollar su derecho civil foral del art. 48 LORAFNA.

Tampoco se vulnera la competencia estatal para determinar los derechos que son inscribibles en la medida en que la Ley y el Reglamento hipotecarios son los que prescriben el acceso al registro de la propiedad de este tipo de pactos. El ya transcrito art. 7 RH consagra la denominada doctrina *del numerus apertus* en relación con la creación de derechos reales o modificación de los existentes en lo que respecta a su acceso al registro y a la protección que dispensa. En relación con lo anterior el también mencionado art. 8 RH, dispone la sujeción a inscripción de los actos y contratos relativos a derechos reales y bienes inmuebles previstos en los derechos forales. Idea que también expresa el párrafo cuestionado cuando indica que el pacto anticrético será inscribible en el registro de la propiedad «según su objeto», esto es, atendiendo a su naturaleza de derecho real, según disponen las normas estatales.

No se aprecia tampoco vulneración de la doctrina constitucional sobre la denominada *lex repetita*. Teniendo en cuenta la naturaleza del derecho en cuestión y la competencia foral al respecto, cabe recordar aquí lo afirmado en la STC 132/2019 FJ 7.D) «En el contraste entre la regulación autonómica y la estatal dictadas al amparo de su competencia en materia de Derecho civil debe aplicarse la doctrina constitucional sobre la reproducción de normas estatales por las autonómicas y distinguir dos supuestos distintos de *lex repetita*. El primer supuesto que se produce cuando la norma reproducida y la que reproduce se encuadran en una materia sobre la que ostentan competencias tanto el Estado como la comunidad autónoma, como es nuestro caso. El segundo tiene lugar cuando la reproducción se concreta en normas relativas a materias en las que

la comunidad autónoma carece de competencias. Pues bien, de acuerdo con la doctrina antes expuesta, mientras que en el segundo la falta de habilitación autonómica debe conducirnos a declarar la inconstitucionalidad de la norma que transcribe la norma estatal, en el primero, al margen de reproches de técnica legislativa, la consecuencia no será siempre la inconstitucionalidad, sino que habrá que estar a los efectos que tal reproducción pueda producir en el caso concreto (STC 341/2005, de 21 de diciembre, FJ 3)».

VII. LOS EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN DEL PACTO DEL PACTO DE RESERVA DE DOMINIO: EL PÁRRAFO SEGUNDO DE LA LEY 483.

La ley 483 regula el pacto de reserva de dominio, conforme al cual «el vendedor conserva la propiedad de la cosa vendida hasta que el precio sea pagado por completo, y podrá ejercitar las tercerías de dominio y demás acciones en defensa de su derecho», quedando perfeccionado el contrato desde su celebración, pero difiriéndose el efecto de transmisión de la cosa hasta el pago total. Mientras tanto, corresponde al comprador la posesión y disfrute de la cosa vendida, con las limitaciones pactadas en su caso, y con el riesgo y todos los gastos inherentes a aquella, mientras que el vendedor, por su parte, queda obligado a no disponer de la cosa.

El controvertido segundo párrafo dispone que «Inscrita la venta en el Registro de la Propiedad u otro registro, todo acto de disposición de la cosa por parte del vendedor será sin perjuicio del derecho del comprador».

La sentencia considera que esta norma es inconstitucional (FJ 6 c):

«El precepto foral no reconoce la posibilidad de inscribir los actos de disposición de la cosa que pueda llevar a cabo el vendedor, sino que busca garantizar el carácter prevalente del derecho del comprador sobre la cosa adquirida con pacto de reserva de dominio mediante la inscripción en el registro de la propiedad o en otro distinto. El párrafo transcrito parte del supuesto de que el pacto de reserva de dominio ha sido objeto de inscripción en algún registro, sea el de propiedad o bien el registro de venta a plazos de bienes muebles previsto en el art. 15 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles. Inscripción que se habrá practicado con arreglo a la legislación estatal aplicable, pues nada establece al respecto la norma foral, la cual sí determina cuáles son los efectos concretos que se derivan de tal inscripción, esto es, la protección de la posición jurídica del comprador, que queda a salvo de los actos de disposición que el vendedor pueda llevar a cabo.

La previsión de la norma foral sirve para proteger al comprador, en cuanto a la adquisición de la propiedad del bien transmitido aún pendiente el pago total del precio acordado. Sin embargo, no procede que este Tribunal se pronuncie sobre la pretendida idoneidad de la norma controvertida desde la perspectiva de la finalidad a la que sirve, cuestión de política legislativa, ajena a su función. Desde el punto de vista competencial que se plantea en el recurso es suficiente con apreciar que esa finalidad tuitiva del comprador que tiene la norma foral se traduce en la regulación de aspectos que la Comunidad foral tiene, en todo caso, vedados, como son los relativos a los efectos que produce la inscripción registral. Lo hace al disponer que, una vez inscrito el pacto, «todo acto de disposición de la cosa por parte del vendedor será sin perjuicio del derecho del comprador», con lo que atribuye efectos a la inscripción en relación con la protección que esta otorga al comprador. Es una cuestión que, por integrarse dentro del concepto de «ordenación de los registros» que emplea el art. 149.1.8 CE, queda reservada al Estado en su totalidad, sin posibilidad de que el legislador autonómico introduzca una regulación propia en este ámbito ni aun reproduciendo la estatal, pues carece de competencia para ello, dado el carácter exclusivo de la competencia del Estado.

No se trata aquí, como en los dos casos previamente examinados, que el legislador foral se limite a aludir a la posibilidad de inscripción del derecho en tanto que cuestión ligada a una regulación material sustantiva sobre la que ostenta competencias. A diferencia de los anteriores, este precepto prescribe las consecuencias que dicha inscripción tiene en las relaciones entre comprador y vendedor, lo que excede de las competencias en materia de derecho civil ex. art.48 LORAFNA, por cuanto ya se ha expuesto que el Estado es el único habilitado para determinar los actos y negocios inscribibles, así como los efectos que se derivan de la inscripción registral y la protección que esa inscripción otorga respecto de los derechos que sobre los bienes se constituyan.

De esta suerte, la inscripción de la venta con reserva de dominio en el registro de la propiedad o en algún otro registro de naturaleza civil producirá los efectos que le correspondan al amparo de lo dispuesto en la legislación estatal aplicable y no los que establezca la norma autonómica que regule dicha modalidad de compraventa, por más que estos puedan ser coincidentes con los que aquella prevea. Al hacerlo así el párrafo segundo de la ley 483 se ha extralimitado de las competencias del art. 48 LORAFNA, vulnerando el art.149.1.8 CE, en cuanto consagra la competencia exclusiva estatal en materia de ordenación de los registros, y es, por ello, inconstitucional y nulo».

VIII. LA INSCRIPCIÓN DEL CENSO: LEY 544

Un último precepto impugnado por incluir la mención al Registro de la propiedad en términos que se consideran contrarios al orden constitucional de distribución de competencias es la ley 544, según la cual «la inscripción del censo en el Registro de la Propiedad deberá señalar el título de constitución, el importe de la pensión anual, la cantidad convenida como redención y, en su caso, estabilización, y las demás circunstancias que establezca la legislación hipotecaria».

La sentencia rechaza que esta norma sea contraria a la Constitución (FJ 6 d):

«La ley 544 se inserta en la regulación del censo vitalicio, derecho que no existe en el derecho civil común, en la medida en que esta figura tiene rasgos específicos que lo diferencian del contrato de renta vitalicia previsto en los arts. 1802 a 1808 del Código Civil. En Navarra el censo vitalicio se regula en las leyes 541 y siguientes del FN. Según la ley 541, en el censo vitalicio, el censatario se obliga a pagar una pensión anual durante la vida de una o más personas en contraprestación a la transmisión por el censalista en escritura pública, del dominio de uno o varios bienes inmuebles vinculados con carácter real y en garantía de su pago, u otros bienes muebles excepto dinero o valores. Este censo puede constituirse por acto inter vivos o por disposición mortis causa y permite que se establezcan también derechos temporales o vitalicios de usufructo, uso o habitación a favor del transmitente o terceros, junto con otras obligaciones de naturaleza asistencial a su favor a que se obligue el censatario. Conforme a la ley 542, se instituye a favor de personas físicas o jurídicas, si bien, en este último caso, su duración no puede exceder de cien años. La ley 543 permite que las fincas sujetas a censo vitalicio puedan ser transmitidas, sin perjuicio de la acción real o personal para la reclamación del pago del que responderán solidariamente cedente y cesionario, salvo pacto en contrario, y prescribe también que este tipo de censo es irredimible, también salvo pacto en contrario en el que conste expresamente la cantidad convenida como redención y, en su caso, su estabilización.

Señalado lo anterior, para el examen de la cuestión discutida, debe partirse de lo que, a efectos de inscripción, dispone la legislación estatal respecto a los derechos reales amparados por el derecho civil propio de las comunidades autónomas, como es ahora el caso de Navarra pues su competencia material para regular el censo vitalicio no ha sido discutida en el presente proceso. Según el ya citado art. 2.2 LH, en los registros de la propiedad se inscribirán, entre otros, «Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan...censos...», previsión que concretan los también mencionados arts. 7 y 8 RH, este último en relación

con los actos y contratos relativos a bienes inmuebles o derechos reales previstos en los derechos civiles forales. En particular, el párrafo segundo del art. 8 RH determina que «Para inscribir dichos actos y contratos se presentarán en el Registro los documentos necesarios, según las disposiciones forales, y, en su caso, los que acrediten haberse empleado los medios que establece la legislación supletoria».

Es la propia legislación estatal la que obliga a la inscripción registral de los actos relativos a los censos, censos cuya regulación, en algunos casos como este, no puede encontrarse en el derecho civil estatal, sino en los derechos forales. Ello plantea la necesidad de hacer compatible la obligación de inscripción, derivada de la condición de derecho real del censo e impuesta por el Estado en los términos que derivan de la Ley y el Reglamento Hipotecarios, con la falta de regulación estatal de la figura y la consiguiente indeterminación de los aspectos a inscribir, al menos desde la perspectiva del derecho estatal. Esta obligación de inscripción, a su vez, se relaciona con el segundo aspecto de la competencia estatal, en cuanto a los efectos de la inscripción y la protección que otorga. En ese sentido, un elemento necesario de la ordenación de los registros es la función de calificación que ha de llevar a cabo el registrador, la cual comporta un juicio de legalidad, atinente no sólo a la legalidad formal o extrínseca del documento o título inscribible, sino también, como establece el art. 18 LH, relativo a «la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro». Función de calificación para la que, en el caso del censo vitalicio, no habría parámetro en la legislación estatal, por la ya aludida razón de que en la misma no se contempla esta figura. Sin embargo, esa circunstancia no resulta desconocida por las normas estatales, en la medida en que a tal cuestión viene a atender el art. 8 RH, por cuanto este último precepto es el que prescribe las condiciones en las que los derechos reales regulados por los derechos civiles forales acceden al registro de la propiedad, exigiendo la presentación de «los documentos necesarios, según las disposiciones forales».

En el contexto fijado por la regulación hipotecaria es dónde debe situarse el examen de la previsión impugnada, que permite apreciar que prescribe la información necesaria que ha de presentarse al registro, a fin de hacer posible la inscripción de actos relativos al censo vitalicio que, por su condición de derecho real, viene impuesta por las normas hipotecarias estatales. La efectividad de dicha inscripción exige posibilitar que el registrador lleve a cabo su función calificadora, lo que, a su vez, determina la enumeración de aquellos aspectos a inscribir que se relacionan con los elementos sustantivos y definidores del censo vitalicio como derecho real, para valorar así la procedencia de una inscripción obligada por lo prescrito en la legislación estatal. Requisitos que derivan de la regulación del FN, como es la exigencia del título de constitución y la determinación de algunos de sus elementos esenciales, como el

importe de la pensión pactada y la posible redención o, en su caso, estabilización. Enumeración que, además, no excluye, antes al contrario, la aplicación de la norma estatal («y las demás circunstancias que establezca la legislación hipotecaria») y sin que la foral regule cuestiones ajenas a la enumeración de los mínimos elementos inscribibles que se vinculan directamente con la regulación sustantiva de una figura que no existe en el derecho común, precisamente para, conforme a lo dispuesto en la legislación hipotecaria, hacer posible dicha inscripción.

Tampoco puede considerarse un caso de *lex repetita* pues el precepto hace referencia a algunos de los elementos que definen esta figura en el derecho foral navarro, por lo que no hay aquí repetición ni reproducción de norma estatal alguna, sin que tampoco, a la vista de su contenido, se adentre a determinar la forma o efectos de las inscripciones, la manera de llevar el registro o el valor de los asientos de sus libros.

En suma, la previsión cuestionada encaja en el régimen previsto por las normas estatales a las que se ha hecho referencia, pues es la forma que las mismas prevén para que puedan acceder al registro de la propiedad, cuando así lo disponga la legislación estatal, los actos y negocios relativos a derechos reales diferentes a los previstos en el Código Civil y regulados por las comunidades autónomas al amparo de sus competencias en materia de derecho civil propio».

IX. LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL DEL RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN: EL PÁRRAFO SEGUNDO DE LA LETRA C) DE LA LEY 54

La ley 54 regula la filiación por reconocimiento. Su letra c) se refiere a los requisitos que ha de cumplir dicha filiación por reconocimiento, de los que se impugna el párrafo segundo que tiene el siguiente tenor: «El reconocimiento de la persona menor de edad no emancipada o con la capacidad modificada judicialmente será inscribible en el Registro Civil sin perjuicio de la oposición que puede formular quien tenga su representación legal conforme a lo previsto en el apartado siguiente, la cual deberá fundarse en el superior interés de la persona reconocida».

El abogado del Estado considera que esta previsión infringe la competencia estatal para establecer los efectos jurídicos frente a terceros que tienen las inscripciones en el registro civil, así como obvia el carácter extraterritorial que poseen sus asientos. Vulnera-

ciones que son negadas tanto por el letrado del Parlamento de Navarra como por la representación procesal del gobierno foral.

La sentencia rechaza la impugnación de la norma estableciendo una interpretación conforme que lleva al fallo (FJ 7):

«[E]n el enjuiciamiento de la regulación cuestionada debemos considerar, por una parte, el dato de la competencia de la Comunidad Foral para regular la determinación de la filiación por reconocimiento y, por otra, la forma en que, según las prescripciones de la Ley 20/2011, debe inscribirse ese reconocimiento en el Registro, incluidos los presupuestos para que pueda tener lugar la inscripción, ya que estos últimos aspectos quedan incluidos necesariamente dentro de la competencia exclusiva del Estado sobre la ordenación de los registros públicos del art. 149.1.8 CE y no pueden ser objeto de la regulación foral.

En efecto, como su lectura atenta y detenida pone de manifiesto, la ley 54, en lo que aquí se ha impugnado, no aborda la cuestión de si la filiación es inscribible o no o el modo en que esa inscripción debe ser realizada o sus efectos, cuestiones todas ellas que corresponde determinar al Estado, como efectivamente ha hecho en la ya citada Ley 20/2011.

La norma no regula la inscripción en el registro civil de la filiación que haya sido reconocida en el modo previsto en la ley 54, sino que con la expresión «será inscribible» el párrafo cuestionado hace referencia a un aspecto diferente, relacionado directamente con la necesidad o no de acuerdo previo en torno al reconocimiento pretendido y al momento en que dicho reconocimiento se hace efectivo. Lo que con dicha referencia a la inscripción se expresa es que la oposición al reconocimiento que pueda formular quien ostente la representación legal del menor no obsta, en este momento, para que la inscripción pueda ser posible si así lo prevén las normas estatales. Tal es lo que se desprende del tenor de la regulación del derecho sustantivo navarro en esta materia, en la que esa oposición al reconocimiento no le impide desplegar efectos en cuanto que es *ex post*, conforme resulta de las letras a) y c) de la propia ley 54, o, lo que es lo mismo, que el reconocimiento depende, en primera instancia, únicamente de la voluntad de quien reconoce.

Este régimen de oposición, posterior y no previo al reconocimiento, marca una sustancial diferencia respecto del previsto en el derecho común (art. 44.7 de la Ley 20/2011). Conforme a la legislación estatal del registro civil, el reconocimiento de la filiación no matrimonial con posterioridad a la inscripción del hijo podrá hacerse con arreglo a las formas establecidas en el Código Civil en cualquier tiempo, pero, para que la declaración pueda ser inscrita,

requiere el consentimiento expreso de la madre y del representante legal del hijo si fuera menor de edad o de este, si fuera mayor o, en el caso de que tuviera la capacidad modificada judicialmente, se precisa el consentimiento de su representante legal, el asentimiento de su curador o el consentimiento del hijo. A lo anterior se añade que «Para que sea posible la inscripción deberán concurrir, además, los requisitos para la validez o eficacia del reconocimiento exigidos por la Ley civil». En coherencia con ello también se dispone que formulada oposición, la inscripción de la filiación paterna solo podrá obtenerse previa resolución judicial dictada conforme a las disposiciones previstas en la legislación procesal (art. 44.8 de la Ley 20/2011).

Es decir, de cuanto acaba de exponerse se desprende que la norma foral articula el reconocimiento de la filiación en supuestos de controversia de un modo diferente al del derecho común, pues impide que el mecanismo de tutela frente al reconocimiento del progenitor no querido por la representación legal del descendiente, esto es, la oposición de los restantes interesados, sea una causa obstativa de la posible inscripción, si esa inscripción es posible de conformidad con lo previsto en la legislación estatal reguladora del registro civil y se cumplen también los requisitos exigidos por la ley civil, que en este caso es la navarra, dadas las competencias de la Comunidad Foral en la materia. El reconocimiento, conforme a la legislación navarra, despliega así toda su eficacia en el momento en que se formula, sin necesidad de consentimiento del reconocido y a salvo de lo que pueda suceder posteriormente. Se trata, por tanto, de una norma sustantiva del derecho foral navarro y no puramente instrumental, que no tiene por objeto declarar el carácter inscribible del reconocimiento de la filiación, sino que lo presupone, a partir de los dos efectos que despliega. Con la expresión «será inscribible» señala que el progenitor puede determinar la filiación de su descendiente menor de edad o con capacidad modificada judicialmente, sin que tenga que existir una previa manifestación positiva por parte del representante legal del descendiente, de su defensor judicial o deba mediar autorización judicial. Desde otro punto de vista, con esta expresión la legislación foral no determina que el reconocimiento sea inscribible, cuestión que corresponde determinar al Estado, sino que, más limitadamente, alude al momento en el que dicha inscripción puede solicitarse por quien reconoce o en qué circunstancias es posible hacerla. El hecho de que el régimen de la norma foral en ambos aspectos no sea idéntico al del Código Civil encuentra natural acomodo en las competencias autonómicas en materia de derecho de familia y no supone que el ejercicio de esa competencia determine la publicidad y eficacia de la inscripción registral o que lo haga de forma diferente a la legislación estatal del registro civil.

Así pues, al margen de su mayor o menor acierto en la redacción, es posible concluir que la finalidad de la norma no es regular la inscripción en el registro civil sino poner de manifiesto que, en el sistema navarro, el reconocimiento de la filiación opera de modo

directo, sin que, para tal reconocimiento, se tenga en cuenta en ese momento la oposición de los restantes interesados. No se regulan con ello los efectos de la inscripción, ni se determina, de forma diferente, que el reconocimiento sea inscribible en el registro civil, cuestiones ambas en todo caso reservadas a las normas estatales.

En otros términos, lo que hace la norma es regular el valor y la trascendencia de la oposición de los restantes interesados a la declaración de voluntad que implica el reconocimiento de la filiación en el momento en que esa declaración se formula, sin, por ello, incidir en el carácter inscribible de aquel. Tal carácter, que solo puede ser reconocido por la legislación estatal, se da aquí por supuesto y resulta de lo dispuesto en el art. 4 de la Ley 20/2011, sin que la norma foral introduzca previsión específica alguna al respecto. La regulación es también coherente con la no impugnada ley 54.a) en cuya virtud «El reconocimiento deberá hacerse por declaración ante el encargado del Registro Civil u otro documento público», con lo que el uso de la expresión «será inscribible» implica que basta con cumplir lo allí previsto, sin necesidad de que se cumpla cualquier otro requisito relacionado con la institución de la filiación, como pudiera ser el consentimiento de los demás afectados. No se trata, en definitiva, de una norma que entre a regular una cuestión reservada a la competencia exclusiva del Estado, ni a reproducir la regulación aprobada por éste en ejercicio de una competencia de tal carácter, lo que, en ambos casos, determinaría la inconstitucionalidad de la norma foral, sino de una disposición sustantiva a través de la cual se completa el régimen jurídico aplicable a una institución civil, la filiación por reconocimiento, respecto de la cual la Comunidad foral ostenta un título competencial propio conforme al art. 48 LORAFNA y a tenor de la regulación ya existente en la Compilación de 1973.

En suma, interpretado en los términos expuestos, el párrafo segundo de la letra c) de la ley 54 no es inconstitucional y su impugnación ha de ser desestimada. Esta interpretación será llevada al fallo».

X. LA RESERVA A FAVOR DEL ESTADO DE LA COMPETENCIA PARA DICTAR «NORMAS PARA RESOLVER LOS CONFLICTOS DE LEYES»

Entre las normas impugnadas figuraban las leyes 11 y 12, que regulan la «determinación de la condición civil» – vecindad civil–navarra y la «condición foral de las personas jurídicas», respectivamente. Dado que el fundamento de esta impugnación era que infringían la competencia exclusiva del Estado para dictar normas para resolver los conflictos de leyes (art. 149.1.8), la sentencia

dedica varios párrafos del FJ 8 a recordar la doctrina constitucional sobre esta materia, sentada básicamente en la STC 93/2013, FJ 6, que reproduce parcialmente:

«A fin de responder a la cuestión planteada hemos de partir de nuestra consolidada doctrina, establecida ya en la STC 72/1983, de 29 de julio, FJ 6, la cual recoge, a su vez, lo dispuesto por la Constitución para los supuestos de conflictos de leyes y, en consecuencia, la competencia exclusiva reservada al Estado por el art. 149.1.8 CE en cuanto a las normas para resolver tales conflictos y, por tanto, la facultad de determinar cuál es la norma válida –estatal o autonómica– aplicable en cada caso. De acuerdo con ello en las SSTC 156/1993, de 6 de mayo, y 226/1993, de 8 de julio, determinamos que la reserva competencial a favor del Estado para dictar «normas para resolver los conflictos de leyes» ex art. 149.1.8 CE implicaba que se integraba en todo caso en ella la adopción de las normas de conflicto y la definición de cada uno de sus elementos, entre los que se cuenta, y con la mayor relevancia, la determinación de los puntos de conexión que lleven a la aplicación, en supuestos de tráfico jurídico interregional, de uno de los ordenamientos civiles que coexisten en España. Así, en el fundamento jurídico 3 de la primera de las citadas destacamos que «[l]a Norma fundamental –siguiendo en esto el precedente del art. 15.1 de la Constitución republicana– optó, inequívocamente, por un sistema estatal y, por tanto, uniforme de Derecho civil interregional y excluyó, en la misma medida, que pudieran las Comunidades Autónomas establecer regímenes peculiares para la resolución de los conflictos de leyes, ya por la vía de articular puntos de conexión diversos a los dispuestos en la legislación general ya, en otra hipótesis, por medio de la redefinición, alteración o manipulación de tales puntos de conexión. Esta es, en definitiva, una materia enteramente sustraída por el art. 149.1.8 a la acción normativa de las Comunidades Autónomas y atribuida “en todo caso” a la legislación del Estado».

Añade la sentencia que:

«De este modo, como recalcamos en la STC 226/1993, de 8 de julio, FJ 6, «es a las Cortes Generales a quien corresponde el establecimiento de las normas de conflicto para la resolución de supuestos de tráfico interregional y, antes aún, la definición y regulación, en general, de los puntos de conexión conforme a los cuales han de articularse aquellas reglas. Debe, por consiguiente, el Estado regular el modo de adquisición y régimen jurídico de la vecindad civil (que es criterio para la sujeción al Derecho civil común o al especial o foral y punto de conexión para la determinación de la ley personal: arts. 14.1 y 16.1.1 del Código) y disponer, también, cuál sea la ley aplicable a las relaciones y actos jurídicos en que intervengan sujetos con vecindad civil diversa. Es del todo claro, por ello, que las normas estatales de Derecho civil interregional delimitarán el ámbito de aplicación personal de los varios ordenamientos civiles que coexisten en España, delimitación para la cual no ofrece la Constitución, ciertamente, pauta o criterio positivo alguno». Conforme a la doctrina

expuesta, la adopción de normas unilaterales o de extensión delimitadoras de los respectivos ámbitos de aplicación espacial y personal de la norma en tanto que técnica de solución de conflictos de leyes, es, por tanto, una tarea que, en principio, resulta vedada a la actuación del legislador autonómico [...]».

XI. LA DETERMINACIÓN DE LA CONDICIÓN CIVIL – VECINDAD CIVIL– NAVARRA: LEY 11.

La ley 11 disponía lo siguiente: «La condición foral de navarro determina el sometimiento al Derecho civil foral de Navarra. La condición foral se regulará por las normas generales del Estado en materia de vecindad civil, respetando el principio de paridad de ordenamientos».

La sentencia considera inconstitucional y nulo el inciso «respetando el principio de paridad de ordenamientos». Lo hace tras dejar expuesta, en los términos antes indicados, la doctrina constitucional sobre la competencia estatal (FJ 8 a):

«a) Conforme a tales parámetros deben examinarse los preceptos impugnados comenzando por la ley 11, en la que deben distinguirse tres aspectos diferentes, atendiendo a su redacción.

i) En su primer inciso esta norma prescribe que «La condición foral de navarro determina el sometimiento al Derecho civil foral de Navarra», lo cual no plantea problema alguno en términos competenciales en cuanto que es equivalente a afirmar que la sujeción al derecho navarro se determina por la vecindad civil navarra que ostente un sujeto, ya que la referencia a la condición foral es el término con el que Navarra identifica su vecindad civil. La norma en nada altera lo dispuesto en el art. 13 del Código Civil y, como se verá inmediatamente, se trata de una regla del FN que viene exigida por la LORAFNA.

ii) El segundo inciso de la ley 11 dispone que dicha condición foral «se regulará por las normas generales del Estado en materia de vecindad civil». Se trata de una previsión que concuerda con el art. 5.3 LORAFNA, según el cual «La adquisición, conservación, pérdida y recuperación de la condición civil foral de navarro se regirá por lo establecido en la Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero nuevo de Navarra». Es decir, de acuerdo con la previsión estatutaria, es el FN la norma a la que corresponde regular la condición civil foral de navarro a efectos de la aplicación del derecho civil foral. Ahora bien, dicho mandato estatutario es neutro en términos competenciales, lo que significa que la previsión del FN

debe respetar, al cumplimentarlo, los límites que para la competencia autonómica derivan tanto de la Constitución (art. 149.1.8 CE) como de la propia LORAFNA (art. 48). Límites que se traducen en la necesidad de tener presente que el Estado es el único competente para fijar el ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional, competencia ejercida en la regulación del Código Civil, utilizando para ello la noción de vecindad civil, identificada en Navarra con la condición foral. De esta forma la ley 11 ha dado cumplimiento al mandato de la LORAFNA de la única forma posible, desde la perspectiva del respeto al orden competencial, ya que se limita a remitirse a lo que disponga el competente para ello, en coherencia con el carácter de una materia, la utilización del criterio de la vecindad civil como punto de conexión para la determinación del estatuto personal y la ley aplicable, en la que las comunidades autónomas carecen de competencias (STC 158/2019, de 12 de diciembre, FJ 7).

iii) No puede llegarse a la misma conclusión desestimatoria acerca de la formulación del principio de paridad entre ordenamientos, con la que se cierra la ley 11.

Con esta referencia al principio de paridad de ordenamientos, la ley 11 pretende fijar un criterio que ha de ser respetado en el ejercicio de una indiscutida competencia estatal, cual es la de determinar la relación entre los varios ordenamientos civiles coexistentes en España mediante la reserva atinente a la determinación de las «normas sobre conflictos de leyes».

La doctrina constitucional antes citada ha dejado sentado que la Constitución optó, inequívocamente, por un sistema estatal y, por tanto, uniforme de Derecho civil interregional, de modo que es a las Cortes Generales a quien corresponde el establecimiento de las normas de conflicto para la resolución de supuestos de tráfico interregional y la definición y regulación, en general, de los puntos de conexión conforme a los cuales han de articularse aquellas reglas. Debe, por consiguiente, el Estado disponer cuál sea la ley aplicable a las relaciones y actos jurídicos en que intervengan sujetos con vecindad civil diversa. Tarea en la que la Constitución no ofrece pauta o criterio positivo alguno, sin perjuicio de que la doctrina constitucional haya advertido que no sería admisible la preeminencia incondicionada de uno u otro de los ordenamientos que pueden entrar en colisión, sino que han de fijarse criterios que, como el de la vecindad civil, «asegura un igual ámbito de aplicación de todos los ordenamientos civiles» (STC 156/1993, de 6 de mayo, FJ 3).

En ese contexto, la referencia de la norma foral al respeto al principio de paridad de ordenamientos parece querer aludir precisamente a la necesidad de asegurar esa posición de igualdad que se acaba de mencionar a la hora de fijar las normas para resolver los

conflictos de leyes. Pero sucede que ese objetivo de garantizar la posición de igualdad de los ordenamientos civiles es ajeno a las competencias autonómicas, en cuanto que corresponde al Estado al dictar las normas de conflicto aplicables, sin que pueda el legislador foral pretender fijar un criterio al ejercicio de la competencia estatal allí dónde no lo ha hecho la propia Constitución. Determinar cuál es la ley aplicable en los conflictos interregionales derivados de la potencial concurrencia de legislaciones diversas en la regulación de una situación le corresponde en exclusiva al Estado mediante el establecimiento de las normas de conflicto en estos supuestos. De esta manera, la uniformidad de la norma de conflicto que diseña el legislador estatal, basada en la vecindad civil, es la que garantiza ese principio de paridad de los ordenamientos civiles, en cuanto que esa común conexión con la vecindad civil es la que asegura un igual ámbito de aplicación de todos los ordenamientos civiles, sin que nada corresponda decir al legislador foral, dado el carácter exclusivo de la competencia estatal al respecto. Eso es lo que resulta de la doctrina constitucional (STC 226/1993, de 8 de junio, FJ 2) al señalar que el art. 149.1.8 CE «viene sólo a posibilitar una posición de paridad, si así quiere decirse, entre los Derechos especiales o forales, y entre ellos y el Derecho civil general o común, por vía de la atribución en exclusiva al Estado de la competencia sobre las “normas para resolver los conflictos de leyes”, competencia que en principio asegura –como hemos dicho en la reciente STC 156/1993– “un igual ámbito de aplicación de todos los ordenamientos civiles” (fundamento jurídico 3º). Tan sólo en estos términos, y con las reservas dichas y las salvedades que se harán, cabría hablar de paridad entre ordenamientos civiles, paridad resultante, en definitiva, de la uniformidad de régimen en materia de Derecho interregional privado que la Constitución inequívocamente dispuso».

En atención a esta doctrina hay que concluir que el último inciso de la ley 11, «respetando el principio de paridad de ordenamientos», introduce una norma de conflicto que es contraria al orden competencial e inconstitucional y nula. Declaración de inconstitucionalidad que no ha de afectar al resto del enunciado del precepto, frente al que, depurado así del vicio apreciado, no cabe ya reproche alguno de inconstitucionalidad».

XII. LA DETERMINACIÓN DE LA CONDICIÓN FORAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: LEY 12

La ley 12, declarada inconstitucional y nula por la sentencia, disponía lo siguiente: «En las personas jurídicas cuya regulación sea competencia de la Comunidad Foral de Navarra, la condición foral se determinará por su domicilio en Navarra, debiendo estar sujetas al Derecho de Navarra».

Justifica el fallo la sentencia con los siguientes razonamientos (FJ 8 b):

«b) La ley 12 prescribe que la condición foral (o vecindad civil navarra) de determinadas personas jurídicas, aquellas sobre la que la Comunidad foral ostente competencias, se determinará por su domicilio en Navarra.

A diferencia de la ley 11, no hay aquí una remisión, sino que se está estableciendo un criterio para la adquisición, pérdida y recuperación de la vecindad civil con fundamento en el domicilio, estableciendo con ello la ley aplicable a dichas personas jurídicas e incidiendo en la determinación de las normas para resolver los conflictos de leyes que solo al Estado compete. Se trata de una cuestión reservada con carácter exclusivo a la legislación estatal en el que las comunidades autónomas tienen vedado el establecimiento de su propia normativa al respecto, por más que se adecuen materialmente a lo dispuesto por el legislador estatal. No salva la inconstitucionalidad apreciada el hecho de que el precepto haga referencia a las personas jurídicas sometidas a las competencias de la Comunidad foral, pues también es el Estado, en ejercicio de sus competencias sobre el sector material de actividad de dichas personas jurídicas, el que, en su caso, debe establecer cuál es el punto de conexión territorial determinante de la competencia autonómica. La fijación de dicho punto de conexión se integra en la competencia sustantiva de que se trate, correspondiendo al Estado precisar los criterios y puntos de conexión que sea menester fijar para determinar el ámbito de ejercicio de las competencias autonómicas en coherencia con su carácter territorialmente limitado (por todas, STC 330/1994, de 15 de diciembre, FJ 6)».

XIII. LAS BASES DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

La ley 511 relativa a la cesión de créditos y la dación en pago necesaria regulada en los párrafos segundo y tercero de la ley 495 fueron impugnados alegando su contrariedad a las bases de las obligaciones contractuales.

Esta alegación motivó que antes de examinar los concretos preceptos impugnados, la sentencia vuelva a pronunciarse sobre el contenido y el alcance de esta previsión constitucional. Lo hace reiterando la doctrina de la STC 132/2019, dictada a propósito de determinados preceptos del Código civil de Cataluña.

La sentencia señala que la referida doctrina constitucional puede ser sintetizada en los términos siguientes (FJ 9 c) y d):

«i) La materia contractual es compartida entre el Estado y las comunidades con derecho civil foral con competencia para conservar, modificar o desarrollar esta materia conforme al art. 149.1.8 CE. Así se trata de una competencia material compartida que permite a la comunidad autónoma el desarrollo de su legislación contractual, siempre que se efectúe dentro de los límites marcados como bases por la legislación estatal. La cuestión se sitúa, por consiguiente, «en lo que debe entenderse por básico en materia civil contractual, pues no todo el Derecho contractual lo es, sino que solo lo serán aquellas reglas que contengan los elementos esenciales que garanticen un régimen contractual común para todos los ciudadanos».

ii) Con fundamento en la consolidada doctrina acerca del carácter formal y material de las bases, este Tribunal ha considerado que «dentro de la competencia estatal sobre la contratación entre privados, tienen cobijo las normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de los contratos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de este sector (*mutatis mutandis*, STC 95/1986, de 10 de julio, FJ 4) y por este motivo, la competencia estatal de las “bases de las obligaciones contractuales” del art. 149.1.8 CE debe ser entendida como una garantía estructural del mercado único y supone un límite en sí –un límite directo desde la Constitución– a la diversidad regulatoria que pueden introducir los legisladores autonómicos». Ahora bien, «este precepto constitucional atribuye al Estado la competencia para establecer los criterios de ordenación general del sector de la contratación privada en aquellos territorios autonómicos que cuenten con legislación propia, pero no le permite regular pormenorizadamente aspectos materiales concretos de estas obligaciones, pues tal regulación menoscabaría las competencias de las comunidades autónomas que tengan un Derecho civil foral o especial propio».

iii) Dada la existencia de una situación de concurrencia de competencias estatal y autonómica sobre la legislación civil contractual, «el carácter básico de la normativa estatal determinará que la norma autonómica haya de ajustarse a los límites establecidos por esta regulación, pues si no la respeta se vulnerará de modo mediato el art. 149.1.8 CE. Por ello, para enjuiciar si los preceptos autonómicos impugnados resultan contrarios al orden constitucional de distribución de competencias es preciso contrastar si la normativa autonómica es acorde con la legislación básica estatal».

El legislador estatal no ha declarado formalmente las bases de las obligaciones contractuales, por lo que, «mientras esto sucede, las comunidades autónomas no pueden quedar obligadas a esperar el pronunciamiento específico del legislador estatal y pueden ejercer su competencia respetando los principios que se deriven de la Constitución Española y de la legislación existente». En tanto se

produce tal declaración formal de las bases de las obligaciones contractuales, estas obligaciones se encuentran reguladas en el Código Civil estatal que es una norma preconstitucional, lo que obliga a inferir de la regulación que efectúa aquellas obligaciones que materialmente tienen esta naturaleza.

Para realizar la tarea «ha de partirse de la idea de que la necesidad de una mínima regulación uniforme en materia de contratos, al ser el contrato un instrumento jurídico al servicio de la economía ha de orientarse al cumplimiento de los principios de unidad de mercado y libre circulación de personas y bienes (art. 139 CE), solidaridad y equilibrio económico (arts. 2 y 138 CE) y planificación general de la actividad económica (art. 131 CE). Todas estas normas constitucionales persiguen la ordenación general del orden público económico y son reglas esenciales en el orden jurídico global al ser las normas que determinan la estructura y el sistema económico de la sociedad». Eso hace que, en defecto de pronunciamiento del legislador estatal, «en materia contractual solo deba considerarse normativa básica aquellas reglas que incidan directamente en la organización económica, en las relaciones inter partes y en la economía interna de los contratos, comprobando, por ejemplo, si se respetan directrices básicas tales como el principio de la iniciativa privada y la libertad de contratación, la comutatividad del comercio jurídico, la buena fe en las relaciones económicas, la seguridad del tráfico jurídico o si el tipo contractual se ajusta al esquema establecido en la norma estatal. Además, «La razón para llevar a cabo este ejercicio de simple contraste principal o genérico se encuentra en la propia naturaleza del Derecho contractual, pues, salvo excepciones justificadas, estamos en presencia de un sistema jurídico eminentemente dispositivo en que debe regir y rige el principio de la libertad de pactos».

iv) La operación de inferencia de las bases de las obligaciones contractuales mediante un examen de las normas recogidas en el Código civil de 1889 no significa considerar que todas las normas contractuales contenidas en el libro IV del Código Civil lo sean, de manera que «hay que entender que cuando el art. 149.1.8 CE hace referencia a la competencia exclusiva del Estado para dictar las bases de las obligaciones contractuales está aludiendo al núcleo esencial de la estructura de los contratos y a los principios que deben informar su regulación, pero no puede considerarse que el libro IV CC contenga una regulación que impida a las comunidades autónomas con competencias en esta materia que puedan dictar regulación alguna». Las «bases de las obligaciones contractuales» a las que se refiere el art. 149.1.8 CE no constituyen el punto de partida abierto al desarrollo de las comunidades autónomas, sino que, por el contrario, son exclusivamente un límite a la actividad legislativa de estas. La razón de tal afirmación es clara: «la finalidad de la reserva estatal en materia de Derecho de contratos estriba en la necesidad de garantizar un común denominador en los principios que deben regir las obligaciones contractuales, lo que se logra cuando las categorías generales son las mismas en todo el territorio nacional».

v) En esa concreción de las bases de las obligaciones contractuales «puede considerarse como tal la comprendida en los principios desarrollados en los títulos I y II del libro IV CC (arts. 1088 a 1314), especialmente las normas relativas a las fuentes de las obligaciones (art. 1089 y ss. CC), a la fuerza vinculante del contrato (art. 1091 CC) y las que regulan sus elementos esenciales y efectos (arts. 1254 a 1280 CC). Con el mismo carácter básico deben tomarse los principios materiales que se extraen de estas normas tales como la autonomía de la voluntad, la prevalencia del principio espiritualista en la perfección del contrato, la eficacia obligacional del contrato en relación con los modos de traslación del dominio; la obligatoriedad del contrato, la buena fe contractual, el sistema de responsabilidad por incumplimiento, la responsabilidad universal del deudor, los requisitos de la validez y eficacia del contrato o la defensa de los consumidores». Así, «cuando el art. 149.1.8 CE reserva al Estado la fijación de las bases de las obligaciones contractuales no se la otorga para regular concreta y detalladamente un determinado tipo contractual, sino para dictar aquellas normas que sean esenciales para preservar una estructura de relaciones contractuales con idéntica lógica interna, auspiciada por los mismos principios materiales e igual para todos los agentes económicos en todo el territorio nacional». La consecuencia es que las bases «deben referirse con carácter general y común a todos los contratos o categorías amplias de los mismos (STC 71/1982, de 30 de noviembre) y no pueden comprender la regulación de cada tipo contractual, salvo en la parte y medida que esta suponga una concreción complementaria de las reglas generales o generalizables a la clase a que por su naturaleza jurídica pertenece y, en todo caso, deben quedar opciones diversas para que el legislador autonómico pueda ejercitar su competencia».

d) Así pues, para llevar a cabo el enjuiciamiento que se nos demanda ha de tenerse en cuenta que, conforme a la doctrina de la STC 132/2019, FJ 6, la expresión «bases de las obligaciones contractuales», aun estando, en efecto, referida a una cuestión incardinada en el marco de la denominada segunda reserva del art. 149.1.8 CE, debe entenderse como sinónimo de la expresión «normativa estatal básica», lo que, a efectos de examinar la posible inconstitucionalidad de una norma, remite en última instancia a la relación legislación básica legislación de desarrollo, en ámbitos de competencia legislativa compartida [...]».

XIV. LAS LLAMADAS CIRCUNSTANCIAS SINGULARES DE LA REGULACIÓN FORAL IMPUGNADA

A efectos de aplicar la doctrina constitucional sobre la competencia exclusiva del Estado en materia de derecho civil y bases de las obligaciones contractuales a la regulación contenida en los pre-

ceptos impugnados de la Compilación de Navarra en materias atinentes al derecho de obligaciones (cesión de créditos y dación en pago necesaria), la sentencia considera necesario tomar en consideración tres circunstancias: la primacía de la autonomía de la voluntad y de las normas dispositivas en el ámbito del Derecho civil; el modesto alcance de la reforma en este punto, derivado del hecho de que el legislador navarro no haya introducido en estas materias modificaciones sustantivas sino puramente instrumentales respecto de su derecho vigente; y la necesidad de que el ámbito de aplicación de las disposiciones del Fuero Nuevo respete las competencias estatales en materia de legislación mercantil, que la Constitución reserva en exclusiva al Estado en el artículo 149.1.6.

En relación con estas «tres circunstancias singulares» de la legislación foral impugnada, la sentencia, en el FJ 9 d) señala lo siguiente:

«i) La primera se refiere a la trascendencia que en este ámbito es preciso reconocer a la autonomía de la voluntad de las partes. Hay que subrayar, con la STC 82/2016, de 28 de abril, FJ 8, que «el Derecho civil –sea el común o el foral– es eminentemente un derecho creado por y para los particulares, que resuelve los problemas que puedan surgir en sus relaciones privadas. Es el derecho de la autonomía de la voluntad por antonomasia que surge como máxima expresión de la libertad y, por ello, es un ordenamiento conformado en su mayor parte por normas de carácter dispositivo, es decir, primero rigen los pactos y subsidiariamente la norma legal. Dada la naturaleza dispositiva y la primacía de la autonomía de la voluntad que rige esta disciplina, los particulares deben seguir alcanzando libremente sus pactos de autorregulación, sometiéndose a la reglamentación que estimen más acorde a sus intereses». En el derecho civil el art. 1255 del Código civil plasma el principio de autonomía de la voluntad en las relaciones contractuales privadas, y dispone que los contratantes pueden establecer todos los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, «siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público». Lo misma función cumplen en el derecho foral navarro las leyes 7 y 8, en relación con el principio de libertad civil, que es uno de los rasgos más característicos de este ordenamiento jurídico especial y «autoriza, en los casos en que opera, que los particulares disciplinen sus relaciones jurídicas conforme a su voluntad» [STC 95/2017, FJ 7.a)]. Según la ley 7, intitulada «Paramiento», «Conforme al principio “paramiento fuero vienze” o “paramiento ley vienze”, la voluntad unilateral o contractual prevalece sobre cualquier fuente de Derecho, salvo que sea contraria a la moral o al orden público, vaya en perjuicio de tercero o se oponga a un precepto prohibitivo de esta Compilación con sanción de nulidad. Se entienden comprendidos en el límite del orden público, entre otros, la efectividad de los derechos humanos, el fundamento de las instituciones jurídicas y la tutela de los valores inherentes al sistema

democrático y social constitucionalmente consagrado». Por su parte la ley 8, que lleva por título «Libertad civil», prescribe que «En razón de la libertad civil, esencial en el Derecho navarro, las leyes se presumen dispositivas». La aplicación de tales previsiones al presente caso nos lleva a advertir que cabe, en esta cuestión y al amparo de la autonomía de la voluntad, un pacto entre las partes que elimine o limite lo previsto en la ley 511 en relación con el negocio jurídico de la cesión de créditos.

ii) La segunda es la especificidad de este caso en relación con el resuelto en la STC 132/2019. A diferencia de aquel, en el supuesto que ha dado lugar a la presente impugnación, el legislador navarro no se ha adentrado a regular ámbitos hasta ese momento no normados por el derecho foral navarro, sino que se limita a conservar ese derecho preexistente, en el sentido de que incorpora el previo contenido de la Compilación al ordenamiento autonómico, sin introducir en ese contenido modificaciones sustantivas sino puramente instrumentales. No se trata de una operación de desarrollo del derecho civil foral sino de algo mucho más modesto, de una operación de mero mantenimiento en el tiempo del derecho civil propio, a partir del ya compilado, sin desbordar, por tanto, el derecho históricamente vigente en Navarra. Cumple recordar que, como ya destacó la STC 88/1993, FJ 3, la posible legislación autonómica en materia civil se ha admitido por la Constitución... «a fin de garantizar determinados Derechos civiles forales o especiales vigentes en ciertos territorios» esto es «realidades históricas y legislativas plurales y diferenciadas que han encontrado apoyo, en todo caso, en la vigente Constitución». (STC 236/2000, FJ 5). No se opera aquí al margen del alcance del derecho foral preexistente, en el sentido de que no se introduce peculiaridad territorial alguna allí dónde no la había con anterioridad a la promulgación de la Constitución, ya que lo que hace el art. 2 de la Ley 21/2019 respecto a la precedente redacción de la ley 511 es introducir cambios en aspectos accesorios o no sustanciales, pues, como se ha expuesto, lo concretamente discutido ya se incluía, en los mismos términos, en la Compilación de 1973.

iii) La tercera es la necesidad de que el ámbito de aplicación de las disposiciones del Fuero Nuevo respete las competencias estatales en materia de legislación mercantil que la Constitución ha reservado en exclusiva al Estado en el art. 149.1.6 CE, competencia en la que quedan comprendidas las reglas de derecho privado relativas al tráfico mercantil (STC 14/1986, de 31 de enero, FJ 7). Como destaca la STC 133/1997, de 16 de julio, FJ 4.) «La uniformidad en la regulación jurídico-privada del tráfico mercantil es una consecuencia ineludible del principio de unidad de mercado», con la consecuencia de que «solo a través de sus órganos centrales puede el Estado determinar cuál es el ámbito propio de la actividad libre del empresario mercantil, y sólo la legislación emanada de esos órganos centrales puede regular la forma en que nacen y se extinguen los derechos y obligaciones a que el ejercicio de esa actividad puede dar lugar y el

contenido necesario de aquellos y estas» (STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 3). De acuerdo con ello, la doctrina constitucional ha encuadrado en la legislación mercantil, entre otras cuestiones «la regulación del contenido obligacional de un contrato de esa naturaleza» (STC 97/2014, de 12 de junio, FJ 6) o «las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mercantiles o comerciantes en cuanto tales, las condiciones generales de contratación y, en principio, los derechos y obligaciones que afectan a la actividad libre del empresario mercantil» (STC 26/2012, de 1 de marzo, FJ 10).

Por tanto, las normas del Fuero Nuevo y, con ellas, la aquí impugnada no pueden, so pena de vulnerar la competencia estatal aquí aludida, ser aplicadas a las obligaciones que surjan de un contrato mercantil y a las relaciones jurídico privadas de los empresarios mercantiles o comerciantes, en tanto que las mismas están reservadas al Estado por el art. 149.1.6 CE ».

XV. LA CESIÓN DE CRÉDITOS: LA INTERPRETACIÓN CONFORME DE LA LEY 511

La impugnada ley 511 prescribe lo siguiente:

«Cesión de créditos. El acreedor puede ceder su derecho contra el deudor; pero, cuando la cesión sea a título oneroso, el deudor quedará liberado abonando al cesionario el precio que este pagó más los intereses legales y los gastos que le hubiere ocasionado la reclamación del crédito.

Sin perjuicio de las formalidades requeridas en la legislación hipotecaria, el cedente deberá notificar al deudor de forma fehaciente la cesión, con indicación expresa e individualizada de la identidad y domicilio del cesionario y del precio abonado por su crédito.

El deudor podrá ejercitar su derecho mediante la acción o excepción que corresponda en el proceso declarativo, así como formulando oposición por pluspetición en el procedimiento ejecutivo de que se trate.

Si la cesión tuviera lugar una vez iniciado el procedimiento de ejecución, el órgano judicial requerirá al cedente para que manifieste el precio de la cesión a fin de que el deudor pueda ejercitar su derecho en el plazo que se le establezca».

La sentencia declara que la norma es constitucional, interpretado su primer párrafo de conformidad con lo que señala el FJ 9

apartado g), que se traslada al fallo: atendidas las circunstancias del caso, en particular el carácter dispositivo de la regulación, la falta de contenido innovador de la regulación cuestionada y su aplicación únicamente a las relaciones jurídico privadas no regidas por la legislación mercantil.

Para llegar a esta conclusión, la sentencia razona extensamente en los siguientes términos (FJ 9 apartados e), f), y g):

«e) [A] tenor del contenido del precepto impugnado se plantea el problema de determinar los términos en los que el derecho foral podría ser objeto de esa conservación, en cuanto que ese derecho recogiera alguna institución que pudiera afectar de algún modo al límite que suponen las bases de las obligaciones contractuales. Bases que, en este momento, no existen de modo expreso y han de inferirse de la legislación vigente, tal como resalta la STC 132/2019. En el bien entendido también que esta renovada regulación autonómica no supone, en el supuesto que enjuiciamos, un crecimiento orgánico de ese derecho civil foral, a partir de instituciones preexistentes y conexas o una innovación de sus contenidos según los principios peculiares informadores del derecho foral, sino, simplemente, una modificación de aspectos puntuales y no sustantivos de la preexistente institución que en nada alteran su sentido y contenido anterior.

En lo que a esto último respecta, la Constitución pretende, en el art. 149.1.8 CE, garantizar la existencia de determinados derechos civiles forales o especiales, teniendo en cuenta que solo se explican por suponer una particularidad o diversidad respecto de la regulación general contenida en el Código Civil. El art. 149.1.8 CE permite así la subsistencia de los regímenes existentes en el momento de promulgarse la Constitución, como excepción a la proclamada exclusividad de competencias del Estado en la materia y, específicamente, en relación con las bases de las obligaciones contractuales. En defecto de expresa decisión estatal sobre el alcance de tal cuestión, en el juicio sobre una norma de este tipo no puede resultar indiferente el contenido concreto del precepto discutido, en particular si se trata de una simple reforma o actualización de reglas preexistentes. Contenido que ha de ser puesto en relación, entre otros, con los límites que, para ese ejercicio competencial, derivan del citado precepto constitucional, sin afectar, en lo que a las obligaciones contractuales se refiere, al régimen fundamental que debe deducirse del derecho común, el cual supone un límite externo al ejercicio de la competencia autonómica que ha de ser respetado en todo caso.

La cuestión, por tanto, es cuál es el alcance y extensión de dicho límite externo, que no se ha formulado explícitamente por el Estado, en relación con el contenido de la norma en un supuesto el aquí planteado, en el que no hay, propiamente, innovación, lo que hace inevi-

table un análisis singularizado del caso en el que esta situación se plantee, en el que también deben tenerse presentes las otras dos consideraciones que se han expuesto anteriormente acerca del principio de autonomía de la voluntad y de la necesidad de respetar las competencias estatales en materia de legislación mercantil.

f) Dado que, como se ha mencionado, el legislador estatal no ha establecido que tenga esa naturaleza básica ninguna de las normas que integran el derecho civil contractual, este análisis precisa tomar como punto de partida, teniendo presentes todas las circunstancias que se acaban de exponer, el régimen que el Código Civil establece para la cesión de créditos (arts. 1526 y ss.) y, en particular, su art. 1535 respecto a la venta de créditos litigiosos que es el precepto con el que, como han apuntado todas las partes comparecidas, guarda relación la regulación cuestionada y que se ha propuesto como parámetro de constitucionalidad de la ley foral.

Según dicho precepto del Código Civil:

«Vendiéndose un crédito litigioso, el deudor tendrá derecho a extinguirlo reembolsando al cesionario el precio que pagó, las costas que se le hubiesen ocasionado y los intereses del precio desde el día en que éste fue satisfecho.

Se tendrá por litigioso un crédito desde que se conteste a la demanda relativa al mismo. El deudor podrá usar de su derecho dentro de nueve días, contados desde que el cesionario le reclame el pago».

La comparación entre este precepto del Código Civil y el primer párrafo de la ley 511, que es el relevante en cuanto establece la regulación sustantiva de la figura de la cesión de créditos que se aplica en los restantes párrafos de esa ley, lleva a apreciar que, en ambos casos, el deudor cuyo crédito ha sido cedido por el acreedor a un tercero puede liberarse mediante el pago del precio de adquisición que el cesionario abonó al cedente y de los intereses y gastos correspondientes. La diferencia radica en que la regla del Código Civil se circunscribe a un ámbito concreto, como es el de los créditos litigiosos, mientras que la de la ley 511 se aplica a cualquier tipo de créditos, con independencia de su condición de litigiosos. Así pues, lo que el derecho civil navarro ha regulado tradicionalmente es el régimen de liberación del deudor de un crédito cedido a título oneroso, cualquiera que sea su condición, en tanto que el Código Civil lo ha limitado a los litigiosos. Ello implica, en los dos casos, que el tercero que adquiera tales créditos no podrá nunca exigir al deudor un importe superior a aquel que pagó por la cesión.

Resta ahora por determinar si la regulación navarra se ha ajustado a los límites establecidos en la reserva material a que hace referencia el último párrafo del art. 149.1.8 CE, que ordena «en todo caso» su adecuación a la legislación en materia de bases de las obligaciones contractuales, atendiendo a la doctrina constitucional que antes se ha expuesto.

A estos efectos, el parámetro de control no es la concreta regulación que efectúa el Código Civil, que, «al ser una norma preconstitucional, no puede tener la condición formal de básica. La determinación de estas bases ha de inferirse, por tanto, de los principios esenciales que inspiran esta legislación» (STC 132/2019, FJ 7). Según dicha sentencia y fundamento jurídico, «Para analizar en este supuesto si las normas autonómicas impugnadas respetan la legislación básica estatal, el parámetro de control no es la concreta regulación que efectúa el Código civil de estos contratos, sino únicamente sus elementos esenciales. Son estos elementos los que permiten atribuir una determinada naturaleza jurídica a los negocios jurídicos y establecer una regulación básica que garantice que las condiciones esenciales del ejercicio de la actividad económica sean iguales en todo el territorio nacional. De este modo, se salvaguarda la unidad de mercado (STC 79/2017, de 22 de junio, FJ 2) y, en general, la seguridad jurídica y se cumplen los fines que a través de la legislación básica se pretenden garantizar en este ámbito».

Partiendo de las consideraciones que se acaban de exponer, se va a examinar si la diferencia que introduce la legislación civil autonómica respecto de lo dispuesto en el Código Civil sobre la estructura y principios que deben estar presentes en la cesión de créditos respeta las bases de las obligaciones contractuales que se infieren de la regulación prevista en el Código Civil.

El recurso interpuesto identifica las bases de las obligaciones contractuales con la concreta regulación que contiene el art. 1535 del Código Civil respecto a la cesión de créditos litigiosos, de tal manera que, a su entender, forma parte de lo básico el que solamente en este tipo de créditos litigiosos pueda el deudor liberarse de su obligación, caso de que tales créditos sean cedidos. El Código civil no restringe la posibilidad de ceder créditos únicamente a los que tengan la consideración de litigiosos, sino que parte de la regla general de la válida cesión de créditos y permite que las partes, ejercitando la autonomía de su voluntad, pacten el régimen de liberación del deudor que tengan por conveniente, autonomía de la voluntad a la que, como ya se ha recordado, se atribuye idéntico papel en el derecho navarro. De forma que, en realidad, la posibilidad de que el deudor quede liberado de su obligación no depende en exclusiva de la regulación positiva, sea esta cual fuere, en la medida en que el libre juego de la voluntad de las partes puede disponer algo diferente a esa regulación. A este carácter dispositivo de la regulación cuestionada debe añadirse, como elemento de pon-

deración en el caso concreto, la falta de contenido innovador del precepto en relación con el modo de delimitar las bases de las obligaciones contractuales que deriva de la STC 132/2019, FFJJ 6 y 7, y, por último, la necesidad de respetar las exclusivas competencias estatales en materia de legislación mercantil.

Eso determina que, a juicio de este Tribunal, el contraste que ha de hacerse entre la regulación foral y la estatal haya de atenerse a los elementos esenciales de la regulación del Código Civil en torno a la figura genérica de la cesión de créditos y no a una de sus manifestaciones específicas, como es la prevista en el citado precepto del Código Civil que aplica un tipo contractual general a una clase concreta de créditos, los litigiosos. Conforme al criterio derivado de la STC 132/2019 lo que haya de ser materialmente básico en esta materia se predica, en defecto de previsión expresa, de los principios esenciales que inspiran la regulación del Código Civil. Por esa razón, teniendo en cuenta que la regulación foral se inspira en los mismos principios que la estatal no parece que, en la operación de inferencia de las bases estatales que ahora resulta obligada, pueda entenderse que la restricción de la cesión a los créditos litigiosos a los que alude el art. 1535 del Código Civil deba ser considerada materialmente básica y, con ello, operar en todo caso como un límite insuperable para que las comunidades autónomas que cuenten con competencias para ello, como es el caso de Navarra (arts. 149.1.8 CE y 48 LORA-FNA), puedan, en defecto de norma estatal expresamente proclamada básica y en la medida en que exista en su ordenamiento la figura de la cesión de créditos, mantener la vigencia de dicha figura en las relaciones interprivatos regidas por el derecho foral, si, con ello no alteran el tipo contractual que, en todo caso, ha de ajustarse al esquema establecido por la norma estatal.

La ley 511 se ajusta a dicho criterio, por cuanto no se ocupa de regular el negocio jurídico de la cesión de créditos, con lo que no altera el régimen del Código Civil y no puede apreciarse inadecuación o interferencia lesiva con los principios y reglas establecidos en la normativa básica que son aquí respetadas. El negocio jurídico se perfecciona por el acuerdo entre cedente y cesionario, sin que sea preciso el consentimiento del deudor. Tampoco incide en la eficacia propia del negocio de cesión en cuanto esta determina que el cesionario se convierta en el acreedor, aunque el deudor desconozca la cesión. Con ello la ley 511 está presuponiendo, en realidad, la presencia de los elementos esenciales de este tipo contractual presentes en el Código Civil, como es la posibilidad de libre cesión de créditos por acuerdo entre las partes, la innecesariedad del consentimiento del deudor y la subrogación del cesionario en la posición del cedente. Lo único que regula la ley 511, y eso, diferencias de redacción aparte, lo hace del mismo modo que el Código Civil, es la facultad que se atribuye al deudor para poder extinguir la deuda cedida pagando al cesionario «el precio que este pagó más los intereses legales y los gastos que le hubiere ocasionado la reclamación del

crédito». Y, en todo caso, debe reiterarse que esta regulación no es imperativa ya que está, en todo caso, a disposición de las partes del contrato en virtud del juego de la autonomía de la voluntad que deriva de las leyes 7 y 8 antes transcritas, y también que la misma no se aplica a los ámbitos regidos por la legislación mercantil, por cuanto no puede referirse a obligaciones surgidas de modalidades contractuales regidas por dicho derecho de exclusiva competencia estatal.

Tampoco el que la norma foral y el art. 1535 del Código Civil respondan al mismo esquema supone que la ley 511 sea una *lex repetita* proscrita por la doctrina constitucional, pues en ámbitos de competencia legislativa compartida como este, la consecuencia del empleo de dicha técnica no es siempre la inconstitucionalidad, sino que habrá que estar a los efectos que tal reproducción pueda producir en el caso concreto. En este caso «ha de señalarse que la norma autonómica puede reproducir las bases estatales cuando sea necesario para hacer más comprensible el desarrollo normativo que, en ejercicio de sus competencias propias, realice. En tales casos, concurre la excepción que, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, permite al legislador autonómico introducirse en el terreno de lo básico (entre otras muchas, STC 119/2018, de 31 de octubre, FJ 2)» (STC 132/2019, FJ 6).

Debe descartarse que la norma amenace el principio constitucional de unidad de mercado, pues nada alega al respecto el abogado del Estado, más allá de la cita de la STC 13/2019. Debe señalarse que la continuada vigencia de la norma cuestionada desde 1973 no hubiera impedido, llegado el caso, proporcionar a este Tribunal argumentos en tal sentido (en un sentido similar, respecto a la carga alegatoria en relación con la unidad de mercado, STC 100/2020, de 22 de julio, FJ 3). En todo caso, el principio de unidad de mercado tampoco impide el desarrollo legislativo civil (STC 62/1991, de 22 de marzo), ni supone que la regulación tenga que efectuarse de un modo uniforme dentro del territorio nacional (SSTC 84/1993, de 8 de marzo, y 88/1986, de 1 de julio).

g) Por lo tanto, con arreglo a las premisas que se han expuesto, la regulación amplia, tradicional en el derecho navarro, de este negocio jurídico de cesión haciéndolo aplicable a cualesquiera créditos y no solo los litigiosos, no altera los elementos esenciales de la figura de la cesión de créditos que puede deducirse de la regulación del Código Civil. Atendidas las circunstancias del caso, en particular el carácter dispositivo de la regulación, la falta de contenido innovador de la regulación cuestionada y su aplicación únicamente a relaciones jurídico privadas no regidas por la legislación mercantil, es posible considerar que, así interpretado, constituye una modulación amparada por las competencias autonómicas en materia de conservación del derecho civil foral, sin

que infrinja las bases de las obligaciones contractuales que, en este momento, han de inferirse de la regulación estatal. Esta interpretación de conformidad se llevará al fallo.

Descartada la inconstitucionalidad del primer párrafo de la ley 511, interpretado en los términos que se han expuesto, el resto de sus párrafos deben correr su misma suerte en la medida en que son instrumentales del anterior, al permitir que la norma tenga la posibilidad de propiciar su aplicación por sí misma sin necesidad de acudir a una fuente diferente».

XVI. LA DACIÓN EN PAGO NECESARIA: PÁRRAFOS SEGUNDO Y TERCERO DE LA LEY 495

La ley 495 regula la dación en pago en los términos siguientes:

«Dación en pago. Cuando el acreedor acepte la dación en pago de un objeto distinto del debido, la obligación se considerará extinguida tan solo desde el momento en que el acreedor adquiera la propiedad de la cosa subrogada, pero las garantías de la obligación, salvo que sean expresamente mantenidas, quedarán extinguidas desde el momento de la aceptación.

Dación en pago necesaria. El acreedor de cantidad de dinero tendrá que aceptar un objeto distinto si el juez estima justa la sustitución atendiendo a la posición de iliquidez del deudor por imposibilidad de realización de sus bienes y a la agravación extraordinaria de la prestación que conllevaría para el mismo su cumplimiento forzoso o su incumplimiento por resultar una desproporción entre sus consecuencias o garantías y la deuda dineraria. Sin perjuicio de la solicitud por parte del deudor en el procedimiento declarativo que corresponda, si se hubiere iniciado la ejecución, podrá formular oposición con causa en la dación en pago por agravación extraordinaria de la prestación en el procedimiento ejecutivo de que se trate.

Dación para pago. La dación para pago solo libera al deudor por el importe líquido de los bienes cedidos».

El abogado del Estado formuló varios reproches a los párrafos segundo y tercero de la ley 495 relativos a la dación en pago necesaria. Consideró que se ha variado sustancialmente el carácter dispositivo que la dación en pago tenía en la Compilación de 1973 por lo que concluía que la ley 495, en sus párrafos impugnados, no se puede justificar en la facultad legislativa autonómica para desarrollar el derecho civil o foral propio. Añadía que además contraviene

las bases de las obligaciones contractuales que han de ser fijadas por el Estado. Respecto del párrafo tercero entendía que introduce una especialidad procesal contraria a la competencia exclusiva del Estado en la materia, conforme al art. 149.1.6 CE.

La sentencia resuelve que concurre la conexión necesaria para estimar que Navarra no se ha extralimitado competencialmente desde la perspectiva de la conservación, modificación o desarrollo de su derecho civil propio, porque, de hecho, la regulación impugnada es esencialmente la misma en 2019 que en 1973.

Rechaza que infrinja el artículo 149.1.6 (competencia estatal en materia de legislación procesal) porque entiende que se trata de una institución recogida en el derecho foral desconocida para el derecho común lo que justifica esta normación autonómica específica en el orden procesal.

La sentencia declara, en fin, que la norma no es inconstitucional por contraria a la competencia estatal en materia de bases de las obligaciones contractuales si es interpretada conforme establece en el FJ 10 b): en relación tanto con el juego de la autonomía de voluntad de las partes en el contrato como el carácter no innovador de la regulación en un ámbito en el que el Estado no ha ejercido de modo expreso la competencia que le atribuye el art. 149.1.8 CE. A lo que ha de añadirse que este precepto únicamente ha de aplicarse a las relaciones entre particulares, sin que pueda serlo en el caso de relaciones jurídico privadas de los empresarios o comerciantes en cuanto tales, ni tampoco en relación con los derechos y obligaciones que afectan a la actividad libre del empresario mercantil.

La sentencia llega a esta decisión con base en los siguientes razonamientos (FJ 10):

«a) La dación en pago no se encuentra regulada expresamente en el Código Civil, si bien la menciona en alguno de sus preceptos (así, entre otros, arts. 1521, 1536 y 1636). Sí estaba, por el contrario, recogida en dos preceptos diferentes de la Compilación de 1973. La ley 495, en su redacción de la Ley 1/1973, hacía referencia a la dación en pago voluntaria al disponer que «Cuando el acreedor acepte la dación en pago de un objeto distinto del debido, la obligación se considerará extinguida tan sólo desde el momento en que el acreedor adquiera la propiedad de la cosa subrogada, pero las garantías de la obligación, salvo que sean expresamente mantenidas, quedarán extinguidas desde el momento de la aceptación», así como también incluía la denominada dación para pago. Por su parte la ahora controvertida dación en pago necesaria, existente en el derecho navarro a partir de su origen en el derecho romano y no incorporada por el Código Civil al derecho civil común, se regulaba en el último inciso del segundo párrafo de la ley 493 que disponía que «Asimismo, el acreedor de cantidad de dinero tendrá que aceptar un objeto distinto si el Juez estima justa la sustitución por haberse hecho excesivamen-

te gravosa la prestación debida», previsión que incorpora de este modo una figura de amplia tradición en el derecho navarro.

Cuanto se acaba de exponer permite desestimar ya la primera tacha que formula el abogado del Estado al párrafo segundo de la ley 495, en la redacción de la Ley foral 21/2019, acerca de la falta de conexión de esta figura con instituciones preexistentes del derecho navarro en el momento de promulgarse la Constitución. Es de todo punto evidente tanto que Navarra ostenta competencias para regular esta figura como que, en la vigente redacción del segundo párrafo de la ley 495, no presenta diferencias sustanciales con la preexistente ley 493 de la Compilación de 1973. Sin entrar en consideraciones de técnica o política legislativa que son ajenas a los cánones a los que ha de atenerse este Tribunal, hemos de apreciar que concurre la conexión necesaria para estimar que Navarra no se ha extralimitado competencialmente desde la perspectiva de la conservación, modificación o desarrollo de su derecho civil propio. De hecho, la regulación es esencialmente la misma en 2019 que en 1973, por cuanto la obligación ha de ser de abono de una cantidad de dinero; es el juez quien ha de establecer la extinción de la obligación mediante la entrega de un objeto distinto y la sustitución ha de ser «justa», en palabras de la anterior ley 493, «por haberse hecho excesivamente gravosa la prestación debida»; y, a tenor de la vigente ley 495, «atendiendo a la posición de iliquidez del deudor por imposibilidad de realización de sus bienes y a la agravación extraordinaria de la prestación que conllevaría para el mismo su cumplimiento forzoso o su incumplimiento por resultar una desproporción entre sus consecuencias o garantías y la deuda dineraria». La modificación introducida por la vigente ley 495, en la dación en pago necesaria, respecto del texto primitivo de ley 493 de la Compilación de 1973, es que se han explicitado los parámetros que la autoridad judicial ha de tener en cuenta para determinar si la sustitución instada por el deudor es o no justa. De hecho, fuera de tal precisión, lo único que ha hecho la Ley foral 21/2019 es modificar la sistemática de la regulación de los distintos tipos de dación en pago que, de estar en dos leyes diferentes (las leyes 493 y 495), han pasado ahora a agruparse en una única ley, la 495.

b) Cumple ahora examinar si la regulación del segundo párrafo de la ley 495 es contraria a las bases de las obligaciones contractuales fijadas por el Estado en el Código Civil. La doctrina constitucional respecto a dichas bases y a la necesidad de inferirlas de la regulación del Código Civil ha quedado ya recogida en el fundamento jurídico anterior. Y a esta ley le son también aplicables las tres consideraciones allí expuestas en torno al juego del principio de la autonomía de la voluntad, tanto en el Derecho civil común como en el foral navarro; las diferencias de este supuesto con el resuelto en la STC 132/2019, en cuanto a la necesidad tanto de inferir las bases de la regulación preexistente como de ponerlas en relación con la falta de contenido innovador de la disposición que se cuestiona y, por último, a la necesidad de que el ámbito de apli-

cación de esta norma foral respete las competencias del Estado en materia de legislación mercantil, en el sentido de no aplicarse al marco de los derechos y obligaciones que afectan a la actividad libre del empresario mercantil.

En concreto, se entiende vulnerado el art. 1166 del Código Civil, que, al regular la extinción de las obligaciones prescribe que «El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida».

No cabe dudar de que esta norma integra las bases de las obligaciones contractuales que han de ser fijadas por el Estado, pues pretende garantizar la exactitud de la prestación como elemento esencial del cumplimiento y extinción de la obligación. Ese mismo carácter básico se deriva de la ya aludida doctrina de la STC 132/2019, FJ 6, cuando afirma que «puede considerarse como tal la comprendida en los principios desarrollados en los títulos I y II del libro IV CC (arts. 1088 a 1314)».

La dación en pago necesaria comparte con la dación en pago voluntaria el hecho de ser un medio alternativo de pago con el que se persigue el cumplimiento y extinción de la obligación al margen del requisito general de la identidad del pago, que exige la entrega de la prestación debida y no otra (art. 1157 del Código Civil). Es decir, se entrega una prestación distinta a aquella que, en principio, constituye el objeto de la obligación. La diferencia entre una y otra figura de dación en pago estriba en que la necesaria no precisa de la aceptación del acreedor, si bien, en la regulación cuestionada en el presente proceso, tampoco depende de la decisión del deudor sino de la autoridad judicial, que ha de decidir con arreglo a los criterios que proporciona la ley 495 en su segundo párrafo. Se trata de permitir, como excepción a la regla general, que, en casos en los que el cumplimiento de una obligación se ha hecho excesivamente gravosa por un cambio en las circunstancias ajeno a la voluntad del deudor, se haga posible la entrega de un objeto diferente al acreedor, siempre que la autoridad judicial, ponderando los intereses en presencia, estime justa la sustitución ofrecida. La dación en pago necesaria del FN se muestra así como un instrumento excepcional, aunque complementario, del resto de los mecanismos previstos por el ordenamiento para el cumplimiento obligacional. Como excepción, en tanto que depende de las circunstancias y la situación del deudor, se admite el cumplimiento por equivalente en virtud de la equidad y la buena fe que ha de regir las relaciones contractuales, en la medida en que resulte más conveniente para el deudor, sin generar de contrario daño para el acreedor.

Es precisamente eso lo que determina que no pueda apreciarse infracción de lo dispuesto en el art. 1166 del Código Civil, pues dicha norma lo que prescribe, en su tenor literal, es que el deudor no

puede obligar a su acreedor a recibir cosa diferente a la debida o, en otros términos, que, en el seno de la relación obligacional, al acreedor le asiste, en principio, el derecho a exigir una prestación idéntica a la pactada. Esa misma regla general se recoge en la ley 492 que otorga al acreedor la facultad de rechazar una oferta de cumplimiento incompleto o de objeto distinto del debido. Ello supone, para el deudor, el cumplimiento de la prestación de forma exacta, íntegra y sin fraccionamiento, ya que, en principio, al acreedor le asiste el derecho a exigir una prestación idéntica a la pactada.

Sin embargo, dicha regla no es absoluta, pues es posible modularla, estimando que no puede rechazarse la prestación ofrecida, escudándose en el art. 1166 del Código Civil, si esta no se diferencia de forma relevante de la debida, ya que los derechos deben ejercerse conforme a las exigencias de la buena fe (art. 7.1 del Código Civil). En el caso concreto de la dación en pago prevista en la ley 495, con independencia de la voluntad del acreedor de aceptar esa cosa distinta (dación en pago voluntaria, párrafo primero), en la necesaria, prevista en el párrafo segundo, se atempera el rigor del principio en cuya virtud el acreedor no puede ser compelido a aceptar algo diferente de lo pactado. Pero en este caso y en las situaciones especiales a que alude la norma, ha de acudir al amparo judicial al efecto de que sea el juez quien valore la existencia de tales excepcionales circunstancias y, en este caso, sea el juez y no el deudor quien compela al acreedor a aceptar la subrogación que se solicita, teniendo también presente el interés del acreedor, pues es también lo que justifica la intervención del tercero, en este caso, el juez, en orden a procurar el equilibrio de las partes en el contrato. Es decir, la figura no opera en virtud de la compulsión del deudor al acreedor, deudor que, como en el régimen del Código Civil, no puede, por su voluntad, obligar al acreedor a aceptar cosa distinta como pago, sino que únicamente puede solicitarlo al juez para que sea este quien lo decida, atendiendo a las concretas circunstancias del caso planteado. Decisión en la que ha de tener también presente el interés del acreedor, atendiendo a la equivalencia de las prestaciones y al interés o utilidad derivado de la sustitución de la cantidad de dinero debida por el objeto entregado u ofrecido.

Por otra parte, aunque el Código Civil no prevea una figura similar, la misma no es desconocida en el derecho estatal que la aplica en determinadas circunstancias (al respecto, art. 5 y anexo del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos). También la jurisprudencia ha reconocido un mecanismo que expresamente permite extinguir o modificar el contenido de las obligaciones en función de cambios imprevisibles, recurriendo a la cláusula *rebus sic stantibus*, para así solucionar los problemas derivados de una alteración sobrevenida de la situación existente o de las circunstancias concurrentes al tiempo de la celebración del contrato y que se tuvieron en cuenta para establecer las recíprocas prestaciones de las partes. En el caso navarro, como ha reconocido este Tribunal

Constitucional, «la existencia de realidades históricas y legislativas plurales y diferenciadas que han encontrado apoyo, en todo caso, en la vigente Constitución» (STC 236/2000, FJ 5) justifican la posibilidad de que exista un tratamiento distinto de esta materia que, en todo caso, respeta la regla estatal que impide al deudor imponer su voluntad sobre el acreedor.

A cuanto se acaba de exponer procede añadir las consideraciones anteriores en relación tanto con el juego de la autonomía de voluntad de las partes en el contrato como el carácter no innovador de la regulación en un ámbito en el que el Estado no ha ejercido de modo expreso la competencia que le atribuye el art. 149.1.8 CE, factores ambos que, de ningún modo, pueden ser ajenos al enjuiciamiento que ahora realizamos. A lo que ha de añadirse que este precepto únicamente ha de aplicarse a las relaciones entre particulares, sin que pueda serlo en el caso de relaciones jurídico privadas de los empresarios o comerciantes en cuanto tales, ni tampoco en relación con los derechos y obligaciones que afectan a la actividad libre del empresario mercantil.

En consecuencia, entendida en los términos antes expuestos, esta regulación no conlleva el quebrantamiento de ningún principio estructural ínsito en la regulación de las obligaciones contractuales. Esta interpretación se llevará al fallo».

Respecto de la impugnación del párrafo tercero por infringir la competencia del Estado en materia de legislación procesal, la sentencia rechaza el recurso, sosteniendo que la norma impugnada puede considerarse amparada en la competencia autonómica en materia procesal (FJ 10 c):

«De acuerdo con el art. 149.1.6 CE, la legislación procesal constituye una competencia exclusiva del Estado, en tanto que la competencia atribuida a las comunidades autónomas por este precepto constitucional tiene un carácter limitado, pues está circunscrita a «las necesarias especialidades que en ese orden se deriven de las particularidades de derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas». En las SSTC 47/2004, de 25 de marzo, FJ 4; 2/2018, de 11 de enero, FJ 4, 80/2018, de 5 de julio, FJ 5, y 13 /2019, de 31 de enero, FJ 2, a las que ahora procede remitirse, este Tribunal ha tenido ya ocasión de pronunciarse sobre el alcance de las competencias autonómicas en el ámbito procesal y la metodología que debe seguirse para enjuiciar tales controversias competenciales.

Conforme a la doctrina constitucional, deben completarse tres escalones sucesivos para aplicar la salvedad competencial contenida en el art. 149.1.6 CE, a fin de dilucidar si una norma procesal autonómica constituye o no una «necesaria especialidad» procesal, que encuentra legitimidad constitucional en el art. 149.1.6 CE: pri-

mero, ha de determinarse cuál es el derecho sustantivo autonómico que presenta particularidades; segundo, hay que señalar respecto de qué legislación procesal estatal, y por tanto general o común, se predicen las eventuales especialidades de orden procesal incorporadas por el legislador autonómico; y, finalmente, ha de indagarse si, entre las peculiaridades del ordenamiento sustantivo autonómico y las singularidades procesales incorporadas por el legislador autonómico en la norma impugnada, existe una conexión directa tal que justifique las especialidades procesales.

En el presente caso se cumplen las tres operaciones procesales para aplicar la salvedad competencial contenida en el art. 149.1.6 CE. En primer lugar, el derecho sustantivo autonómico viene conformado, en el presente caso, por la regulación de la dación en pago necesaria prevista en el segundo párrafo de la ley 495, figura no prevista en el derecho común y cuya conformidad desde el punto de vista de la delimitación de competencias en materia de derecho civil acabamos de confirmar. Regulación que exige la decisión de la autoridad judicial. En segundo lugar, la norma autonómica prescribe una mínima especialidad no prevista en la legislación procesal civil en la que las causas de oposición están tasadas. Por ello se introduce una causa de oposición al procedimiento de ejecución que resulta imprescindible para asegurar la operatividad de la figura una vez iniciado dicho procedimiento de ejecución, lo que, a su vez, se vincula, directamente con una peculiaridad del derecho sustantivo de la comunidad autónoma, como es la regulación de la denominada dación en pago necesaria, que sin esta regulación procesal no podría ser aplicada. Se trata por ello de una innovación procesal mínima que inevitablemente se deduce, desde la perspectiva de la defensa judicial, de la regulación sustantiva configurada por la norma autonómica en virtud de las particularidades del derecho creado por la propia comunidad autónoma. Es, en suma, una institución recogida en el derecho foral desconocida para el derecho común lo que justifica esta normación autonómica específica en el orden procesal».

XVII. LOS VOTOS PARTICULARES

Son tres, suscritos, respectivamente, por los magistrados señores Ricardo Enríquez, Antonio Narváez y Andrés Ollero.

Aún con contenido diverso, los tres votos particulares coinciden en disentir de la doctrina mayoritaria sobre el contenido y el alcance de la competencia del Estado para regular las bases de las obligaciones contractuales. De hecho, en este punto, se remiten, reiteran o resumen los votos particulares que al respecto formularon frente a la STC 132/2019 relativa a determinados preceptos del

Código civil de Cataluña, criticando lo que uno de los magistrados califica de concepción «minimalista» del concepto de bases de las obligaciones contractuales, y la conceptualización de esta reserva de segundo grado a favor del Estado como si de un supuesto de concurrencia de legislación básica y legislación de desarrollo se tratara.

1. VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO DON RICARDO ENRÍQUEZ SANCHO.

Sostiene que la ley 544, sobre el contenido de la inscripción de los censos vitalicios en el Registro de la Propiedad, y la ley 511, reguladora del llamado retracto de créditos litigiosos, debieron ser declaradas inconstitucionales por vulnerar las competencias del Estado sobre «ordenación de registros públicos» la primera y «bases de las obligaciones contractuales» la segunda.

La ley 544 indica expresamente qué circunstancias deben constar en la inscripción de los censos vitalicios constituidos con arreglo al derecho navarro. El voto particular sostiene que este precepto vulnera claramente la competencia estatal sobre ordenación de los registros públicos de carácter civil que el art. 149.1.8 CE reserva «en todo caso» al Estado. El carácter «exclusivo» de esta competencia, reconocido en la sentencia (FJ 6), implica que las Comunidades Autónomas no pueden regular el contenido de los libros de esos registros:

«[S]egún doctrina consolidada del Tribunal sobre el inciso final del art. 149.1.8 CE («En todo caso...») donde se encuentra la competencia estatal sobre «ordenación de los registros [...] públicos», «el sentido de esta, por así decir, segunda reserva competencial en favor del legislador estatal no es otro... que el de delimitar un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible, por tanto, de conservación, modificación o desarrollo, Derecho civil especial o foral alguno... sin perjuicio, claro está, de lo que en el último inciso del artículo 149.1.8 se dispone en orden a la determinación de las fuentes del Derecho» (SSTC 41/2018, de 26 de abril, FJ 4, 40/2018, de la misma fecha que la anterior, FJ 6, 31/2010, de 28 de junio, FJ 79, y 88/1993, de 12 de marzo, FJ 1, entre otras). En contra de esta doctrina, la mayoría ha decidido que el contenido de la competencia sobre ordenación de registros públicos se reduce a la «regulación y organización de los registros», la regulación de «la publicidad y protección que estos otorgan» y la «determinación... de los efectos de la inscripción [y] de los actos y negocios jurídicos... que son o deben ser inscribibles» (FJ 6). Nada más. En otras palabras, la competencia sobre ordenación de los registros públicos no comprende la regulación del contenido de esos registros, es decir, de lo que debe inscribirse en sus libros. La mayoría ha convertido una competencia exclusiva en compartida, ya que de ahora en adelante el

contenido de esos registros del Estado queda en manos de las Comunidades Autónomas.»

Para este voto particular:

«La sentencia parece justificar esta intromisión en la ordenación del Registro de la Propiedad en una especie de necesidad intrínseca: al no regular el derecho civil común el censo vitalicio «no habría parámetro en la legislación estatal» para la calificación material sobre la «validez del acto» que debe efectuar el Registrador conforme al art. 18 LH antes de darle acceso al Registro, y por lo tanto la mención a estas circunstancias se hace necesaria «a fin de hacer posible la inscripción» de los censos constituidos con arreglo al derecho navarro [FJ 6 d)]. Pero esto, en mi opinión, no es así. La calificación material del art. 18 LH es una operación extraregistraral que exige verificar la adecuación del negocio jurídico al entero ordenamiento jurídico, y por tanto también a las normas del derecho foral sustantivo cuando sea el caso. En otras palabras, cuando algún interesado quiera inscribir un derecho de censo vitalicio navarro, el art. 18 LH ya obliga al Registrador a comprobar la validez y carácter real de ese derecho que se pretende inscribir conforme a las normas forales aplicables, entre otras las leyes 541 a 543 antes citadas. No es necesario, por tanto, concretar el contenido de la inscripción para permitir la calificación del Registrador. Sostener esto, como hace la mayoría, es tanto como afirmar que hasta ahora los derechos reales forales no tienen acceso al Registro (puesto que los legisladores autonómicos no han regulado nunca hasta la fecha qué debe constar en la inscripción de los mismos) o que tampoco pueden acceder al Registro los derechos reales atípicos, por definición no regulados en las leyes, afirmaciones ambas que no se corresponden con la realidad.

La sentencia cita en apoyo de su tesis lo dispuesto en los arts. 1 y 2 LH y 7 RH. Y el art. 8 RH que expresamente permite el acceso al registro de los actos y contratos con trascendencia real previstos en los derechos forales.

Sin embargo, en la competencia estatal sobre ordenación de los registros públicos se incluye la relativa a determinar el contenido de los asientos. Y esta competencia resulta claramente del art. 9 LH que determina cómo debe ser el folio registral y cómo el contenido de los asientos debe ser el que resulte del título, así como del art. 51 RH que establece las reglas a que han de sujetarse esas inscripciones extensas a que se refiere el art. 9 LH.

Precisamente para posibilitar el acceso al Registro de derechos reales atípicos o de derechos reales regulados en los derechos forales, la ley y el reglamento hipotecarios regulan el contenido de las inscripciones de un modo abstracto, es decir, independiente del derecho de que se trate, y no concreto o típico, es decir, derecho

por derecho. La normativa estatal no dice qué debe constar en la inscripción de un usufructo, de una servidumbre, de un censo, etcétera (derechos todos ellos mencionados, junto con otros, en el art. 2.2 LH), sino que impone la inscripción de las condiciones o cláusulas que sean necesarias para identificar el derecho de que se trate y encomienda al Registrador su individualización en el caso concreto [v. artículo 9, letras c) y d) de la Ley Hipotecaria, y artículo 51, reglas 5ª a 8ª de su reglamento]. Por seguir este sistema, el único espacio que deja el legislador estatal al foral es el de regular los “documentos necesarios” para la inscripción (art. 8 RH), no el contenido de los asientos, que es lo que le ha otorgado la sentencia de la que discrepo. De hecho, cuando lo ha considerado necesario, el Estado ha dictado normas especiales para la inscripción de actos que solo existen en derecho foral y no en derecho común, como los de «bienes adquiridos o que hayan de adquirirse en el futuro en virtud de contrato sucesorio» (art. 77 RH) o de «bienes que con arreglo al Derecho foral o especial aplicable correspondan a una comunidad matrimonial» (art. 90 RH).

Por todo ello no tiene la menor importancia, a estos efectos, que el censo vitalicio navarro no tenga correspondencia con ninguna regulación análoga del Código Civil. Lo relevante es que el legislador navarro le dice al registrador qué circunstancias tiene que inscribir cuando se le presente un censo vitalicio: «el título de constitución, el importe de la pensión anual, la cantidad convenida como redención, y, en su caso, estabilización» y, añade, «las demás circunstancias que establezca la legislación hipotecaria». Con toda seguridad, esas circunstancias a que alude el legislador navarro son las que el registrador inscribirá, si así resultan del título presentado; y si no resultan del título, en función de su facultad de calificación, denegará la inscripción, porque son circunstancias esenciales para que el derecho constituido tenga eficacia real.

Pero es que, con la tesis de la sentencia, se abre la posibilidad a que todos los legisladores forales regulen más o menos pormenorizadamente el contenido de los asientos de cada derecho real que ellas reconozcan. Y esto, a mi juicio, supone introducirse en la competencia estatal sobre ordenación de los registros civiles.

En definitiva, conforme a la delimitación de competencias efectuada en el art. 149.1.8 de la Constitución, las circunstancias mencionadas en la ley 544 deben acceder o no al Registro de la Propiedad en función de lo que resulte de la ley y reglamento hipotecarios, pues solo al Estado le corresponde decidir qué se inscribe en su registro, y no puede una Comunidad Autónoma imponerle qué datos o circunstancias debe incorporar al mismo. El precepto, por tanto, debió haber sido declarado inconstitucional».

El voto particular discrepa también de la declaración de constitucionalidad, aunque con interpretación conforme, de la ley 511, que regula la cesión de créditos y en concreto el derecho del deudor a liberarse de la obligación pagando el precio que pagó el cesionario, más los intereses legales y los gastos que le hubiere ocasionado a este la reclamación del crédito.

Señala que es indiscutible, y no lo niega la mayoría, que la citada ley es contraria al artículo 1535 del Código civil, que solo permite al deudor esta liberación o retracto del crédito cedido cuando se trate de un crédito «litigioso» y «dentro de nueve días contados desde que el cesionario le reclame el pago». Entiende que tal y como sostenía el recurso del Gobierno de la Nación el concreto inciso de la ley 511 que permite con carácter general la liberación o retracto contraviene la doctrina de la STC 13/2019, de 31 de enero, FJ 3 C), que declaró inconstitucional y nula una norma análoga (la disposición adicional de la Ley del Parlamento de Cataluña 24/2015, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética) y discrepa de que a luz de la STC 132/2019, sobre determinados preceptos del Código civil de Cataluña, se pueda justificar que la ley 511 se ha dictado dentro del marco de la «conservación, modificación y desarrollo» del derecho foral navarro que establece el art. 149.1.8 CE sin menoscabar las «bases de las obligaciones contractuales» que el citado precepto atribuye «en todo caso» al Estado:

«No me extenderé aquí en las razones por las que no puedo compartir la interpretación de la expresión «bases de las obligaciones contractuales» que se hizo en aquella STC 132/2019. Me remito al voto particular que allí formulé. Sintéticamente, considero que esas «bases» no son como las normas básicas de otros subapartados del art. 149.1 «líneas directrices y criterios globales de ordenación de los contratos» [FJ 9 C) (ii)] o «una mínima regulación uniforme» de los mismos a partir del cual puedan las Comunidades Autónomas desarrollar una política propia [FJ 9 c) (iii)], de modo que la «materia contractual es compartida entre el Estado y las comunidades con derecho civil foral» [FJ 9 c) (i)], como repite ahora la sentencia en los párrafos aludidos. En mi opinión, las «bases de las obligaciones contractuales» no son una regulación mínima abierta al desarrollo de las Comunidades Autónomas, sino un límite a la actividad legislativa de estas, precisamente esta que –sorprendentemente– incorpora ahora esta sentencia de la que discrepo [FJ 9 c) (iv)] si bien como afirmación retórica ya que no le impide aplicar la doctrina de la STC 132/2019 basada en aquellos principios contrapuestos y limitar así esas «bases de las obligaciones contractuales» a las establecidas en los títulos I y II del libro IV del Código civil (arts. 1088 a 1314) y a los «elementos esenciales» de los contratos [FJ 9 f)]. Aplicación de «bases» y «elementos esenciales» del contrato que luego se hace a conveniencia, pues la

mayoría reconoce como tales «bases de las obligaciones contractuales» las de «obligatoriedad del contrato», «responsabilidad por incumplimiento» y «responsabilidad universal del deudor», ya citadas en la STC 132/2019 y recordadas en esta [FJ 9 c) (v)], y como «elemento esencial» de la cesión de créditos «la subrogación del cesionario en la posición del cedente» [FJ 9 f)]. Principios todos ellos negados y puestos en entredicho por la facultad liberatoria general reconocida en la ley 511. En particular, la subrogación del cesionario en el lugar del cedente no es sino el anverso de la limitación de la facultad liberatoria del deudor al caso singular del artículo 1535 del Código civil, reverso de la misma moneda, pues si hay subrogación de un tercero en el lugar del acreedor, el crédito permanece (cfr. arts. 1203.3.º, 1212 y 1213 CC) y por tanto no puede extinguirse pagando el deudor menos de lo debido, salvo que una norma especial le autorice a hacerlo (el art. 1535 CC).

En fin, y para concluir, si las «bases de las obligaciones contractuales» no son un mínimo a desarrollar por las Comunidades Autónomas, sino un límite al desarrollo por éstas de su derecho foral; si ese límite incluye además no solo las normas generales de los arts. 1088 a 1314 del Código civil y unos enigmáticos «elementos esenciales» de los «negocios jurídicos» [STC 132/2019, FJ 7, y FJ 9 f) de esta sentencia], sino también normas concretas de los contratos típicos del mismo Código; y si el fundamento y criterio rector para identificar esas bases es la defensa del principio de unidad de mercado, premisas todas ellas que ya defendí en mi voto particular a la STC 132/2019, entonces la conclusión que es obligada extraer de todo ello es que el artículo 1535 del Código civil es una de esas bases. La limitación a un caso muy singular de la facultad liberatoria no es una norma accesorio, de detalle, prescindible y a disposición de las Comunidades Autónomas. Al contrario, es una norma esencial en la medida en que el tráfico de créditos solo puede funcionar si el cesionario paga al cedente un precio inferior al importe del crédito, precio tanto más bajo cuanto mayor sea el riesgo de que el crédito cedido resulte incobrable. Una norma general que permite al deudor liberarse pagando ese precio inferior impide, de hecho, el funcionamiento económico de la cesión de créditos, pues nadie comprará un crédito a la baja para intentar enriquecerse mediante el cobro de su importe (superior al precio pagado por él) si el deudor puede liberarse pagando el precio más bajo que pagó el cesionario por la cesión».

Por último, el voto particular disiente de los argumentos de la sentencia relativos al carácter dispositivo de la ley 511 y a la posibilidad de pacto en contrario:

«Si la sentencia se refiere al cedente y al cesionario, es elemental que estos no pueden excluir el derecho que la ley reconoce a un tercero, el deudor (art. 1257 CC y ley 7 del Fuero Nuevo). Y si se refiere al acreedor y deudor originales, además de resultar una posibilidad poco verosímil (¿por qué iba a exigir la exclusión de

ese derecho el acreedor original?), esa simple eventualidad no impide que la ley 511 menoscabe igualmente el funcionamiento del mercado. Se ha impuesto cierta tendencia en la doctrina del Tribunal a intentar desactivar conflictos competenciales en materia civil aludiendo al carácter esencialmente dispositivo de esa materia. Así lo hizo ya la STC 132/2019, FJ 6, y aquí se repite nuevamente. Se olvida o se omite con ello que la norma dispositiva no es neutra, ni da igual una que la contraria. Es la que rige en ausencia de pacto, y por lo tanto enmarca y condiciona las relaciones jurídicas y económicas. No es lo mismo que la ley reconozca un derecho a que no lo haga y por tanto aquel a quien interese deba negociar su existencia y alcance en el mercado».

2. VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO DON ANTONIO NARVÁEZ RODRÍGUEZ

Aborda en primer lugar las normas que fueron impugnadas por vulnerar la competencia estatal de «ordenación de los registros e instrumentos públicos». Sostiene el voto particular que la correcta aplicación de la doctrina sobre la *lex repetita* habría debido conducir a la estimación de dichas impugnaciones, de modo particular en lo que se refiere a la Ley 544:

«La Sentencia utiliza respecto de las Leyes 72, 471, 483, 544 y 54 (por el orden establecido en la resolución) un argumento que, de modo resumido, es el siguiente: Dado que el propósito de estas normas es regular determinadas instituciones del derecho foral navarro y, por tanto, la perspectiva desde la que se aborda aquella regulación es de carácter material y atinente al régimen jurídico sustantivo de aquellas instituciones, el planteamiento normativo así determinado quedaría dentro del primero de los supuestos anteriormente enunciados, esto es el que habilita para que la Comunidad Autónoma de Navarra, en el ejercicio de su competencia exclusiva para conservar, modificar y desarrollar su derecho foral (art. 48 LORAFNA), pueda disponer sobre una normativa propia que, dentro de los tres ámbitos expuestos, haga uso de aquella competencia; según razona, las citadas leyes, aun incluyendo en su texto la referencia a que aquellos derechos pueden tener acceso al Registro de la Propiedad, a través de los asientos de inscripción (en todos los casos) y de anotación preventiva (en el supuesto de la Ley 72), no rebasarían los límites de aquella competencia.

Disiento de esta valoración. Como ya sostuve con ocasión del enjuiciamiento del recurso de inconstitucionalidad núm. 2557-2017, interpuesto contra determinados preceptos del Código civil de Cataluña, resuelto mediante la STC 132/2019, de 13 de noviembre, a la que formulé un voto particular y me adherí, asimismo, al planteado por el magistrado don Ricardo Enríquez Sancho, en

materia civil no hay competencias compartidas ente el Estado y las comunidades autónomas. El Estado tiene competencia exclusiva en materia de Derecho civil y, bajo ciertas condiciones, también tienen competencias las Comunidades Autónomas con derechos civiles, forales o especiales, pero no hay duda de que corresponden en exclusiva al Estado, en todo caso, las llamadas «reservas de segundo grado», entre las que se encuentra la «ordenación de los registros e instrumentos públicos».

Así pues, omitiendo toda referencia al párrafo segundo de la Ley 483, que la sentencia ha declarado inconstitucional y nulo, pronunciamiento este que comparto, debo sin embargo, objetar que, cuando el legislador navarro reproduce las normas estatales que disponen el acceso a los registros de determinados actos y negocios, lo hace en un ámbito de exclusiva competencia estatal, en el que la reproducción está vedada, según la doctrina sobre la *lex repetita*, lo que habría debido llevar a estimar la impugnación.

En concreto, deberían haberse declarado inconstitucionales y nulos por tal motivo: (i) el último inciso del párrafo quinto de la Ley 72 («el derecho de uso podrá ser inscrito o anotado preventivamente en el Registro de la Propiedad»), por disponer la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho de uso de la vivienda en caso de ruptura de la familia; (ii) el párrafo tercero de la Ley 471 («Inscripción. Los pactos anticréticos serán inscribibles, según su objeto, en el Registro de la Propiedad...»), que hace lo mismo respecto de los pactos anticréticos; y, (iii) el párrafo cuatro (inciso «será inscribible en el Registro Civil») de la Ley 54».

El voto particular sostiene que «más clara, si cabe, sería la inconstitucionalidad y nulidad de la Ley 544, referida al censo vitalicio, pues llega a detallar las menciones que deben constar en la inscripción de este derecho»:

«No es atendible el argumento de la Sentencia que sostiene que se trata de una figura singular del Derecho foral navarro, que justificaría, no solo la previsión de inscribirlo, sino la enumeración de los datos que deben constar en la inscripción.

El que se trate de una figura propia del Derecho navarro no hace necesario que este prevea su inscripción, pues, como se ha dicho, el acceso al Registro de la Propiedad deriva de la normativa estatal reguladora de los registros públicos. Menos aún puede adentrarse la norma autonómica en precisar las menciones de la inscripción, que serán, en virtud de la norma estatal, los que caracterizan al censo vitalicio como derecho real, aspecto en el que el legislador foral no debe intervenir. Los arts. 8 y 9 de la Ley Hipotecaria, relativos al contenido de las inscripciones registrales, así como el art. 18 del mismo texto legal, que dispone el régimen jurí-

dico de la función calificadora del registrador de la propiedad, son los que deben regular el objeto y actuación de la práctica de aquéllos, sin que una norma autonómica pueda disponer cuál deba ser el contenido de la inscripción registral, pues el precepto de referencia (Ley 544) contraviene, a mi juicio, la competencia exclusiva del Estado en materia de ordenación de los registros públicos, cuya doctrina constitucional recoge el propio FJ 6 de la sentencia».

El voto particular del magistrado señor Narváez discrepa también de la sentencia en lo que atañe a los preceptos impugnados por afectar a las bases de las obligaciones contractuales, especialmente en relación con la ley 511 referida a la cesión de créditos. A juicio de este magistrado esta norma infringe no solo las referidas bases (art. 149.1.8 CE) sino también la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil (art. 149.1.6 CE):

«En el apartado anterior he hecho mención a mi adhesión al voto particular discrepante que el magistrado don Ricardo Enríquez Sancho formuló a la STC 132/2019, de 13 de noviembre, resolutoria del recurso de inconstitucionalidad núm. 2557-2017, interpuesto contra diversos artículos del Código Civil de Cataluña, al que ahora me remito para ratificar mi planteamiento contrario a la doctrina del Pleno de este Tribunal que allí se estableció.

El FJ 6 de aquella sentencia abordó, como acabo de anticipar, la noción de «bases de las obligaciones contractuales» en unos términos sobre los que ya manifesté mi discrepancia. En síntesis, disienta del concepto «minimalista» de bases que postuló aquella resolución, totalmente desligado de la imprescindible conexión con los «principios informadores peculiares del Derecho foral», que opera como razón y límite de la competencia autonómica en materia de Derecho civil. Lo cual lleva a una interpretación extensiva de esta y a una correlativa restricción de la competencia estatal, frente a la innegable voluntad de la Constitución de reservar «con alguna salvedad cualificada, el Derecho privado a la potestad central del Estado» [SSTC 88/1986, FJ 5; 225/1993, FJ 5 B); 54/2018, FJ 6 b); y 13/2019, FJ 3 b)].

Pues bien, mi discrepancia se refiere ahora a lo resuelto por la sentencia en relación con la Ley 511, que regula la «cesión de créditos». A mi entender, es inconstitucional y nulo todo el precepto, a excepción de su inciso inicial («[e]l acreedor puede ceder su derecho contra el deudor»). Mi parecer discrepante se refiere al retracto legal que la ley de referencia reconoce al deudor de un crédito cedido por el acreedor (cedente) a un tercero (cesionario), cuando la cesión sea a título oneroso; en tal caso, la Ley 511, como regla general, faculta al deudor para quedar liberado de su obligación «abonando al cesionario el precio que este pagó más los intereses

legales y los gastos que le hubiere ocasionado la reclamación del crédito».

El ahora párrafo primero de la Ley 511 conserva el texto original de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra aprobada por la Ley 1/1973, de 1 de marzo, de tal manera que la modificación legislativa operada por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la citada Compilación, se ha limitado a añadir tres párrafos al primitivo contenido del precepto, para realizar, según reza en el preámbulo, «una mínima adecuación procesal necesaria y derivada de la especialidad sustantiva».

Sin embargo, como ha declarado la doctrina reiterada de este Tribunal, que glosa y así lo reconoce el FJ 3 de la Sentencia, la inclusión de aquel párrafo primero en la inicial regulación del Fuero Nuevo de Navarra no impide su enjuiciamiento constitucional y un eventual pronunciamiento estimatorio de su inconstitucionalidad y nulidad, toda vez que se trata de una norma preconstitucional y, por «el hecho de que la Ley foral 21/2019 reproduzca algunas de sus previsiones no las convierte, por ese solo hecho, en adecuadas al orden competencial que deriva de la Constitución y la LORAFNA».

Varios son los argumentos que, conforme a mi criterio, deberían haber llevado a un pronunciamiento estimatorio de la inconstitucionalidad y nulidad de esta Ley 511 y de los nuevos párrafos incorporados por la Ley 21/2019, en cuanto que estos últimos son desarrollo instrumental y procesal del anterior principal:

a) Hay que partir de que, conforme al FJ 6 de la STC 132/2019, ya citada, la autonomía de la voluntad, la obligatoriedad del contrato y su cumplimiento exacto (arts. 1127, 1157, 1166 y 1169 Código civil) forman parte de las bases de las obligaciones contractuales y que el retracto en la cesión de créditos (Ley 511) constituye una excepción a aquellos principios, impuesta en favor del deudor por el legislador foral para toda clase de cesión de créditos onerosos, frente a la regulación del Código Civil que únicamente contempla esta posibilidad en el art. 1535, relativo a los «créditos litigiosos».

Parece lógico que, si la obligatoriedad del contrato y su cumplimiento exacto es una «base de las obligaciones contractuales», su delimitación negativa, es decir, sus excepciones, también hayan de serlo. Así las cosas, una regulación como la aquí controvertida, que amplía notablemente los casos en los que el deudor se puede liberar pagando al cesionario del crédito oneroso lo que este satisfizo por el principal, intereses y gastos que le ocasionó la reclamación del crédito (Ley 511), afecta a la citada base. La Sentencia (FJ 9) entiende que la base contractual que debe servir de contraste es

«la figura genérica de la cesión de créditos y no una de sus manifestaciones específicas, como es la prevista en el citado precepto del Código civil [en referencia al art. 1535] que aplica un tipo contractual general a una clase concreta de créditos, los litigiosos». Y considera que la regulación foral se inspira en los mismos principios que la estatal, sin que «la restricción de la cesión a los créditos litigiosos a los que alude el art. 1535 del Código Civil deba ser considerada materialmente básica y, con ello, operar en todo caso como un límite insuperable».

Sin embargo, la sentencia no repara en que lo específico del art. 1535 del Código Civil y en la Ley 511 del Fuero Nuevo no es tanto la «cesión de créditos», cuanto más el derecho de retracto legal que se otorga al deudor en dicha cesión, esto es, la posibilidad de liberarse pagando menos de lo pactado. La alteración que introduce la Ley 511 se refiere específicamente al citado retracto, para concederlo en cualquier caso de cesión de créditos y no solo en los litigiosos, supuesto para el que lo reserva el Código civil con un fin concreto que es reducir la conflictividad.

La norma estatal sacrifica el principio general que permite al acreedor exigir lo pactado en aras de facilitar el fin de un pleito, pero la Ley 511 generaliza una excepción a la fuerza vinculante del contrato y al cumplimiento exacto de las obligaciones, que es una «base de las obligaciones contractuales», según reconoció la propia STC 132/2019, FJ 6. Lo cual, a mi juicio, vulnera la base.

En este sentido, resulta muy ilustrativa la reciente Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 151/2020 de 5 marzo, en cuyo FJ 4 se enfatiza que el retracto del art. 1535 del Código Civil supone una excepción a principios estructurales de las obligaciones contractuales, particularmente, el cumplimiento exacto de las obligaciones, justificado en el interés de poner fin a los pleitos. Dicha Sentencia considera que, como excepción que es a un principio estructural, no cabe extenderla a otros supuestos distintos de los expresamente previstos.

b) En segundo término, la tesis de la mayoría contraviene también el principio de autonomía de la voluntad, que es, según el criterio de aquella STC 132/2019, una base de las obligaciones contractuales (además, es una fuente del Derecho Foral de Navarra, de conformidad con lo que disponen las Leyes 7 y 8 del Fuero Nuevo). Pues bien, en la cesión de créditos operan, en realidad, dos vínculos jurídicos que se crean a partir de la formalización de aquellas relaciones contractuales: De una parte, el que se origina entre el cedente y el cesionario, esto es entre el acreedor originario y un tercero al que aquél le cede el crédito; y, de otro lado, el que pasa a constituirse también entre el cesionario, en cuanto nuevo acreedor, y el deudor. Al permitir esta norma navarra que el deudor, en cualquier modali-

dad de crédito oneroso, pueda liberar su obligación abonando al cesionario lo que este pagó por el crédito cedido y no por la cuantía del principal del mismo, está vulnerando también el principio de autonomía de la voluntad, en la medida en que afecta de modo relevante a lo que, en su momento, pactaron cedente y cesionario; de modo general y por imperativo legal, el cesionario de un crédito adquirido a título oneroso (usualmente, por una cantidad inferior a su cuantía real) se verá compelido a liquidar aquel crédito y liberar al deudor de su obligación si este se limita a abonar el importe del principal que pagó el cesionario más los intereses y gastos que se citan.

En definitiva, la Sentencia renuncia, incluso, a aplicar al enjuiciamiento de la Ley 511 del Fuero Nuevo el ya «minimalista» concepto de «bases de las obligaciones contractuales» que postula la STC 132/2019, dando un paso más en la interpretación restrictiva de la competencia estatal para regular una materia trascendental para el tráfico jurídico.

c) Finalmente, tampoco puedo estar de acuerdo con el argumento de que esta norma legal no invada, además de la competencia exclusiva del Estado en materia de bases de las obligaciones contractuales (art. 149.1.8 CE), la igualmente exclusiva competencia de aquél en materia de legislación mercantil (art. 149.1. 6 CE), porque entiendo que resulta también aplicable a los consumidores y usuarios de créditos hipotecarios.

A mi entender, el planteamiento que hace la sentencia acerca de que se trata de una «norma de contenido netamente civil» [FJ 9 b)], de tal manera que su ámbito de aplicación queda limitado a las relaciones obligatorias de carácter civil pero no a las mercantiles, contrasta con la propia dicción del texto del párrafo segundo de esta Ley 511, que comienza disponiendo «[s]in perjuicio de las formalidades requeridas en la legislación hipotecaria, el cedente deberá notificar al deudor de forma fehaciente la cesión...», lo que permite deducir, sin gran esfuerzo interpretativo y en la medida en que la norma tiene una vocación de generalidad a toda clase de cesiones de créditos, que también la cesión de los créditos con garantía hipotecaria, suscritos por entidades bancarias o financieras con sus clientes, tienen acogida en aquella. No resulta concebible en la actualidad, salvo contadas y singulares excepciones, la constitución de garantías hipotecarias sobre un inmueble para asegurar el pago de préstamos suscritos entre particulares y en el ámbito exclusivamente civil y, por ello, sin que intervenga una entidad bancaria o financiera en calidad de prestamista.

Por eso, en la deliberación sostuve que los presupuestos de enjuiciamiento constitucional de esta norma guardaban similitud con la que, en su momento, fue analizada y resuelta por la STC 13/2019, de 31 de enero [...].».

3. VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO DON ANDRÉS OLLERO

Se refiere en primer lugar a las normas impugnadas por invadir la competencia exclusiva del Estado en materia de ordenación de los registros públicos. A su juicio, estas normas afectan a la competencia estatal porque solo el Estado tiene competencia para señalar qué actos son inscribibles, pero tras ello la sentencia debería haberse limitado a afirmar que el legislador foral navarro no ha llegado a invadir esas atribuciones porque se ha limitado a optar por una repetición, que no es en este caso injustificada, por razones de seguridad jurídica:

«Alcanza tal exclusividad no solo a los efectos de la inscripción registral, sino también a la indicación de los actos y negocios que pueden o deben acceder al registro, de la que se ocupa el fundamento jurídico sexto de la Sentencia. Esta señala con todo rigor que el legislador hipotecario estatal ha ejercido esta competencia, al enumerar los actos inscribibles cuando se trata de declarar, constituir, reconocer, transmitir, modificar o extinguir el dominio o derechos reales. Igualmente ha establecido que también lo son cualesquiera otros de la misma naturaleza, incluidos los actos y contratos que –con diferentes nombres se conocen en las provincias forales–, si producen respecto a los bienes inmuebles o derechos reales similares efectos.

Considero sin embargo que, al examinar en el apartado a) de dicho fundamento, la ley 72 sobre inscripción de actos del titular de vivienda familiar, sin perjuicio del uso atribuido en caso de ruptura de la familia, o –en el apartado b)– la ley 471 sobre inscripción del pacto anticrético, así como –en el apartado d)– la ley 554 sobre inscripción del censo vitalicio con indicación de la documentación precisa, la Sentencia debería haber reconocido, sin problema, que el legislador foral navarro se había adentrado en el ámbito de la competencia estatal. Sin duda ello entrañaba prima facie una invasión, pues, con carácter general, una comunidad autónoma no puede repetir ni parafrasear normas cuya adopción solo corresponde al Estado, como ha resaltado este Tribunal en reiterada jurisprudencia sobre las llamadas *leges repetitae* (por todas, STC 51/2019, de 11 de abril, FJ 6).

En efecto, solo el Estado puede establecer qué actos son inscribibles y ha ejercido esta competencia incluso respecto de actos y negocios que ahora regula el Derecho foral. La Sentencia, sin embargo, debería también descartar la existencia de invasión competencial, al no darse una contradicción con la norma estatal y sí razones que justifican, por excepción, la intervención repetitiva del legislador navarro. El legislador estatal solo ha indicado de modo genérico que

los actos o negocios del Derecho foral son inscribibles si afectan al dominio: declaración, constitución, transmisión, modificación o extinción. De ahí que, por razones de seguridad jurídica, no esté pues de más que el legislador navarro afirme el carácter inscribible de las figuras concretas que él regula y que producen esos efectos. Para justificar dicha reiteración cabe subrayar además que el reparto competencial en este ámbito no responde a pautas comunes o generales y que, antes de la Constitución, la Compilación foral ya se refería al carácter inscribible de los actos por ella regulados en perfecta coordinación con la legislación hipotecaria estatal.

Desgraciadamente la Sentencia opta, por el contrario –en el ya citado apartado a)– por afirmar que «el solo argumento de que la norma autonómica se refiera a un eventual acceso del derecho de uso que regula el registro de la propiedad, no puede ser considerado suficiente para apreciar su inconstitucionalidad»; o –más abajo que Navarra «no está regulando una materia ajena a las competencias autonómicas». Igualmente insiste –tanto en dicho apartado como en el b)– en que las leyes controvertidas no están regulando los efectos de la inscripción. Como solo el Estado tiene competencia para señalar qué actos son inscribibles, como por lo demás reconoce la Sentencia con todo rigor, debería limitarse a afirmar que el legislador foral navarro no ha llegado a invadir esas atribuciones porque se ha limitado a optar por una repetición, que no es en este caso injustificada».

El voto particular discrepa también del tratamiento que la Sentencia dispensa a las bases de las obligaciones contractuales, ya que sigue haciendo suya –en el fundamento jurídico noveno– la doctrina de la STC 132/2019 sobre el Código Civil de Cataluña en torno al significado de las «bases de las obligaciones contractuales» (art. 149.1.8 CE) como límite al Derecho civil foral:

«Ya tuve ocasión, como otros cuatro Magistrados, de formular respecto a ella Voto particular, por desconocer la voluntad del constituyente de que el derecho privado sea estatal como regla general. El resultado es que, al permitirse casi cualquier regulación autonómica de derecho civil, pues basta para ello una lejana conexión con algún principio foral preconstitucional, se desemboca en una interpretación minimalista de las «bases de las obligaciones contractuales» (art. 149.1.8 CE). Paradójicamente, el Estado puede llegar a contar con menos competencias en materia de derecho civil que en ámbitos tan autonómicos como la educación, la sanidad o el medio ambiente. La Sentencia da una vuelta de tuerca a esta doctrina, de lo que cabría discrepar incluso aceptando las premisas de la STC 132/2019; que no es mi caso.

La Sentencia descarta –en el fundamento jurídico noveno que el retracto en la cesión de créditos, de la ley 511–, así como –en el décimo la dación en pago, de la ley 495–, vulneren las bases de las

obligaciones contractuales. Razona que ningún problema suscita que Navarra introduzca limitaciones a la autonomía de la voluntad como estas. La consecuencia, en ambos casos, es que el acreedor se expone a que el deudor se libere con cantidades inferiores a las pactadas, pese a que el código civil las ha regulado solo para un caso concreto –crédito litigioso– ni siquiera las ha previsto, en el caso de la dación en pago.

La Sentencia busca apoyo en una peculiar «ponderación» de varios elementos. Afirma, para empezar, que las partes pueden siempre pactar lo que quieran, desplazando la aplicación de los preceptos controvertidos; pero –dejando aparte la competencia competencial– no oculta que, en ausencia de acuerdo, se aplicará en Navarra un régimen especial de cesión de créditos o dación en pago que privilegia a una de las partes, en contra del régimen general en derecho civil de igualdad de los ciudadanos y autonomía de la voluntad. Argumenta, por otra parte, que las figuras reguladas no son fruto de un crecimiento orgánico, sino de una regulación foral de pura conservación, al estar previstas casi en los mismos términos antes de la Constitución; pero la realidad es que la competencia exclusiva estatal en materia de bases de las obligaciones contractuales esta constitucionalmente reconocida como límite a las competencias forales, con independencia de que estas sean de conservación, actualización o desarrollo (art. 149.1.8 CE). Enfatiza, a la vez, que la regulación navarra no tiene dimensión mercantil, al ser este un ámbito competencial exclusivamente estatal, lo que –a través de una interpretación de conformidad se lleva al fallo–; siendo cierto que no se produce invasión competencial del art. 149.1.6 CE, ello nada dice sobre si los preceptos controvertidos han invadido la competencia estatal igualmente exclusiva de las bases de las obligaciones civiles contractuales, que es el objeto de la deliberación. Por último, apunta que el código civil no ha identificado cuáles son esos preceptos básicos, lo que obligaría al Tribunal Constitucional a la dificultosa tarea de inferir por sí qué es lo básico; pero es obvio que la dificultad de inferir tales bases no exime de la tarea de identificarlas al Tribunal Constitucional, que –por otra parte la reclamó para sí por todas–, en la STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 6, sobre la ley catalana de transferencia de las diputaciones a la Generalidad, además de rubricarlo en la histórica Sentencia 76/1983, de 5 de agosto, sobre armonización autonómica.

La cuestión crucial para resolver la controversia gira en torno a cuáles son las bases de las obligaciones contractuales, que han de operar como parámetro de contraste. Más allá de la lógica ponderativa que se esfuerza por desarrollar, la Sentencia considera que el régimen excepcional del crédito litigioso (art. 1535 CC) sería el parámetro de contraste; el Fuero Nuevo no lo habría vulnerado, sino que se habría limitado a extender su lógica. En suma, la Sentencia desconoce que la ausencia dentro del Código Civil de restricciones a la autonomía de la voluntad no puede interpretarse como un ámbito material no regulado, que podría copar el derecho

foral. La ausencia de un régimen estatal –de dación en pago o de liberación de la deuda pagando al cesionario lo que este abonó al cedente– es fruto de una opción clara y deliberada del Estado en favor de la igualdad de las partes y de la primacía de la autonomía de la voluntad.

Las bases aplicables en el presente caso son pues: los principios generales de igualdad y autonomía de la voluntad, así como los preceptos del código civil que los concretan al imponer el cumplimiento exacto de las obligaciones –arts. 1127, 1166 y 1169 CC–, dado que el término de los contratos se entiende establecido en beneficio de las dos partes (art. 1157 CC). Igualmente, que el régimen de cesión del crédito litigioso reviste carácter excepcional y responde a una concreta finalidad: facilitar la conclusión de pleitos (art. 1535 CC). Al llevar esta regulación excepcional más lejos de lo implícitamente establecido, las leyes 511 y 495 del Fuero Nuevo han invadido, por tanto –a mi juicio la competencia estatal en materia de derecho civil, teniendo en cuenta que la propia STC 132/2019, FJ 6– que no suscitó en mí especial entusiasmo ya señaló que la autonomía de la voluntad y la obligatoriedad de los contratos forman parte de las bases de las obligaciones contractuales».

El magistrado señor Ollero concluye su voto particular con una crítica general a la doctrina del Tribunal sobre los derechos civiles forales o especiales:

«En conclusión, considero que la doctrina constitucional está ensanchando desmesuradamente la competencia autonómica para conservar, actualizar y desarrollar las peculiaridades civiles forales. Siendo la regla general que el Derecho civil es estatal, parece obligada una interpretación estricta de las materias que corresponden en todo caso al poder central. Por el contrario, a determinadas excepciones autonómicas se las interpreta extensivamente, mientras la indiscutible competencia exclusiva estatal queda convertida en una forzada excepción a la excepción, interpretable con notoria tacañería, en perjuicio de la igualdad de los ciudadanos. Así ocurre –a mi juicio– con esta interpretación minimalista de las bases obligacionales, que conducirá a la postre a la desaparición pura y simple del régimen civil contractual común en las comunidades con alguna tradición foral, resultado que indudablemente no defiende la Constitución».

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia comentada

Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación 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

M.ª PAZ GARCÍA RUBIO

Catedrática de Derecho civil

Universidade de Santiago de Compostela

Vocal de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación

M.ª EUGENIA TORRES COSTAS

Abogada. Doctora en Derecho

RESUMEN

El pasado 3 de junio de 2021 se publicaba en el Boletín Oficial del Estado la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas jurídicas en el ejercicio de su capacidad jurídica (LAPCD), por medio de la cual el legislador español cumplía, tras trece años de espera, con el mandato contenido en el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y, además, con los requerimientos que reiteradamente ha venido efectuando al Estado español el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (el Comité), órgano supervisor de la citada Convención (CDPD), que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico desde mayo de 2008. Tres meses después de su publicación, concretamente el 3 de septiembre de 2021, la LAPCD entraba en vigor y, cinco días después, el Tribunal Supremo dictaba su primera sentencia aplicando la nueva ley para resolver un recurso de casación interpuesto en un procedimiento de modificación

de la capacidad y designación de curador tramitado hasta entonces bajo la cobertura de la legislación anterior. En esta primera sentencia, el Alto Tribunal se pronuncia sobre una cuestión central en el sistema diseñado por el texto convencional, cual es la posibilidad de que las medidas de apoyo puedan ser rechazadas por las personas con discapacidad, que manifiestan expresamente su voluntad en ese sentido, derecho que no ha sido reconocido literalmente en la ley española, pero que se halla expresamente incluido dentro del derecho a la plena capacidad jurídica en la Observación General Primera dictada por el Comité en el año 2014, y que sí han recogido en otros ordenamientos textos como el BGB (§ 1814.2, tras la Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts, de 4 de mayo de 2021).

Apenas mes y medio después, el mismo Tribunal dictaba, en aplicación de la misma ley, su segunda sentencia, fechada el 19 de octubre siguiente. En esta ocasión, resolvía definitivamente sobre la persona que debía ostentar la medida de apoyo diseñada previamente por la necesitada de este en un documento de autotutela otorgado en su día ante notario, después de que, tanto en primera como en segunda instancia, las correspondientes resoluciones hubiesen obviado la voluntad de la otorgante plasmada en escritura pública. El 2 de noviembre de 2021 la Sala Primera del Tribunal Supremo emitió una nueva sentencia, planteando una cuestión muy similar a la inmediatamente anterior.

PALABRAS CLAVE

Personas con discapacidad. Mayores. Capacidad jurídica. Dignidad. Voluntad. Deseos y preferencias. Mejor interés. Paradigma. Derechos humanos.

First pronouncements of the Supreme Court in application of Law 8/2021, of June 2, which reforms civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity.

ABSTRACT

On June 3, 2021, Law 8/2021, of June 2, was published in the Official State Gazette, which reforms civil and procedural legislation to support legal persons in the exercise of their legal capacity. (LAPCD), by means of which the Spanish legislator complied, after thirteen years of waiting, with the man-

date contained in article 12 of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and, in addition, with the requirements that the Committee on the Rights of Persons with Disabilities (the Committee), the supervisory body of the aforementioned Convention (CRPD), which has been part of our legal system since May 2008. Three months after its publication, specifically on September 3, 2021, the LAPCD entered into force and five days later, the Supreme Court issued its first sentence applying the new law to resolve an appeal filed in a procedure for modifying the capacity and appointment of curator processed until then under the coverage of the previous legislation. In this first ruling, the High Court ruled on a central issue in the system designed by the conventional text, which is the possibility that support measures can be rejected by people with disabilities who expressly express their will in that regard, right that it has not been literally recognized in Spanish law, but that it is expressly included within the right to full legal capacity in the First General Comment issued by the Committee in 2014, and that texts such as the BGB (§ 1814.2, after the Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts of May 4, 2021).

Barely a month and a half later, the same Court handed down, in application of the same law, its second sentence, dated the following October 19. On this occasion, it definitively resolved on the person who should hold the support measure previously designed by the person in need of this support in a self-protection document granted at the time before a Notary Public after, both in first and second instance, the corresponding resolutions they would have ignored the will of the grantor expressed in a public deed. On November 2, 2021, the First Chamber of the Supreme Court issued a new ruling, raising a question very similar to the immediately preceding one.

KEYWORDS

People with disabilities. The elderly. Legal Capacity. Dignity. Will. Wishes and preferences. Best interest. Paradigm. Human rights.

SUMARIO: I. *Introducción.* —II. *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, n.º 589/2021, de 8 de septiembre de 2021 (ROJ: STS 3276/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3276).* 2.1. Resumen de los hechos. 2.2. Fundamentación jurídica. 2.2.1. Aplicación del nuevo régimen legal a un procedimiento iniciado en el anterior. 2.2.2. La declaración de incapacitación. 2.2.3. El nuevo sistema de provisión de apoyos. 2.2.4. El principio de respeto a la voluntad, deseos y preferencias. 2.2.5. El argumento procesal. 2.2.5.1. El argumento semántico. 2.2.5.2. El argumento social. 2.3. El fallo. —III. *La (dis)cordancia de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de septiembre de 2021 con la LAPCD y la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.* 3.1. El argumento semántico. 3.2. El argumento procesal. 3.3. El argumento social. —IV. *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, n.º 706/2021, de 19 de octubre de 2021 (ROJ: STS 3770/2021-ECLI:ES:TS:2021:3770).* Ponente, José Luis Seoane Spiegelberg. 4.1. Resumen de los hechos. 4.2. Fundamentación jurídica. 4.2.1. Aplicación del nuevo régimen legal a un procedimiento iniciado en el anterior. 4.2.3. La declaración de incapacitación y el nuevo sistema de provisión de apoyos.

4.2.4. La necesidad de motivar el apartamiento de la designación hecha por la persona con discapacidad. 4.3. El fallo. —V. *Sentencia del Tribunal Supremo n.º 734/2021, de 2 de noviembre de 2021 (ROJ: STS 4003/2021-ECLI:ES:TS:2021:4003)*. Ponente, José Luis Seoane Spiegelberg. —VI. *Reflexión final; Bibliografía; Índice cronológico de jurisprudencia*.

I. INTRODUCCIÓN

La LAPCD introduce el nuevo paradigma social de la discapacidad basado en el enfoque de derechos humanos propugnado por la CDPD. Esto supone reconocer a la persona con discapacidad como sujeto de derechos en igualdad de condiciones con los demás; estas personas dejan de ser un mero objeto o centro de imputación de derechos económicos o sociales, para ser los protagonistas de sus decisiones. El máximo exponente del cambio de modelo es el expreso reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, adaptando así buena parte de nuestro ordenamiento jurídico estatal interno al artículo 12 CDPD. Al respecto, conviene recordar, como indica literalmente el Preámbulo de la LAPCD, que dicha capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos, como quedó constatado en el proceso de elaboración de la Convención¹ y ha puesto en evidencia la Observación General del Comité de Expertos de las Naciones Unidas elaborada en 2014.² Hay que tener presente que, además del reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica en el sentido más amplio que se acaba de exponer, la Observación General Primera incluye dentro del alcance del artículo 12 CDPD otros aspectos, como el claro rechazo al principio del mejor o superior interés de las personas con discapacidad adultas, el cual, afirma, no constituye ninguna salvaguarda para ellas,³ sino justamente lo contrario. Este principio ha de ser sustituido por el de respeto absoluto de la voluntad, deseos y preferen-

¹ TORRES COSTAS, 2020, pp. 25-79.

² CRPD/C/GC/1, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 11.º período de sesiones 31 de marzo a 11 de abril de 2014. Observación general n.º 1 (2014). Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley En: un.org Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/23/PDF/G1403123.pdf?OpenElement>, párrs. 12 y 14, pp. 3 y 4.

³ *Ibidem*, párr. 21, p. 6.

cias de aquellas, principio que ahora se recoge de forma expresa a lo largo de todo el articulado de la LAPCD y, muy en particular, el artículo 249 CC; sobremanera, este mismo precepto legal consigna también el procedimiento a seguir por quienes presten apoyos para acercarse a la persona con discapacidad y averiguar qué es lo que esta quiere o hubiere querido, de no poder expresarlo de modo comprensible. En este sentido, se deja claro que la persona prestadora de apoyo debe realizar, en primer lugar, un esfuerzo considerable para intentar comprender la voluntad, atendiendo a lo que la persona apoyada, de un modo u otro, pueda manifestar por sí misma; en segundo lugar, de no ser posible, deberá auxiliarse de cuantas ayudas precise para averiguar esa voluntad y, por *último*, si aun así no pudiera concluir cuál es la verdadera voluntad de la persona con discapacidad, la prestadora de apoyos deberá realizar un auténtico ejercicio de reconstrucción de la voluntad, atendiendo a la trayectoria de vida, valores, creencias, etc., de la auxiliada; además, una vez realizado, emitirá la decisión que, a su juicio, hubiese tomado la persona que ha requerido el apoyo, incluso aunque esta sea contraria a la opinión de la auxiliar y al propio interés superior objetivo de la persona con discapacidad; criterio este que, insistimos, debe ser expulsado como guía a seguir en la prestación de apoyos a las personas adultas.⁴

La Observación General Primera ahonda todavía más en el verdadero alcance del artículo 12 CDPD, explicando a los Estados parte que el reconocimiento de la plena capacidad jurídica y el nuevo sistema de provisión de apoyos incluye el derecho a recibir los que la persona precise, pero también a rechazarlos⁵ aunque los necesite, pues, como indica el Comité, muchas personas con discapacidad solo pretenden que su derecho les sea reconocido expresamente, pero igualmente quieren ejercerlo por sí mismas, esto es, sin contar con las medidas de apoyo a que tuvieran derecho, si esta es su voluntad.⁶ Esta afirmación equivale sin ambages a reconocer el derecho a rechazar los apoyos o a renunciar al que se ya se tiene, lo cual, en definitiva, declara sin titubeos el *órgano* supervisor del tratado en esta Observación General Primera, cuyas líneas maestras ha querido seguir el legislador español al aprobar la LAPCD y a la que, como hemos visto, (GARCÍA RUBIO, *Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, 2021) apela expresamente en su Preámbulo.⁷

⁴ *Ibidem*, párr. 29, p. 8.

⁵ *Ibidem*, párr. 29, p. 8.

⁶ *Ibidem*, párr. 19, p. 5.

⁷ GARCÍA RUBIO, 2021, *SEPIN, Familia y Sucesiones* n.º 136, pp. 45-62, espec. p. 48, donde se señala como objetivos tanto la adaptación máxima posible de nuestro sistema

Pese a ello, la reforma introducida por la LAPCD tiene un importante vacío legal en su articulado, al no reconocer de forma expresa el derecho de las personas con discapacidad a disponer de las medidas de apoyo asignadas judicialmente, bien sea modificándolas, dándolas por finalizadas o rechazándolas expresa o tácitamente; y ello, a pesar de que en el inicio de la tramitación parlamentaria se puso de relieve la conveniencia de que la ley se pronunciase expresamente sobre esta cuestión,⁸ a fin de prevenir dudas futuras que no han tardado en plantearse. El resultado ha sido que la reforma no prohíbe abiertamente la imposición de medidas de apoyo a la persona con discapacidad que las precise y no las quiera o se niegue a aceptarlas. Justamente, el asunto que se plantea en el caso resuelto en la primera sentencia dictada por el Alto Tribunal, tras la entrada en vigor de la reforma introducida por la LAPCD que comentaremos en primer lugar. En ella se aplica el régimen transitorio, en concreto, su Disposición Transitoria Sexta, que dispone que los procesos sobre capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de esta Ley, se regirán por lo dispuesto en ella, especialmente lo relativo al contenido de la sentencia. Además, esta resolución hace una interpretación del principio de respeto a la voluntad, deseos y preferencias, repetido hasta en un total de veintidós ocasiones en la propia LAPCD que, sin duda, no ha dejado a nadie indiferente.

El mismo principio de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad es protagonista del segundo pronunciamiento del Tribunal Supremo, tras la entrada en vigor de la reforma. En este caso, la voluntad anticipada de la persona concernida había sido expresada de forma clara y detallada en un testamento que incluía una designación de autotutela que, al amparo de la legislación anterior, había otorgado ante notario; la autora dejaba bien clara y patente su voluntad acerca de las personas que, llegado el momento, debían ser nombradas curadoras siguiendo el orden de prelación por ella establecido y, lo que era más importante, quiénes bajo ningún concepto, debían ser llamadas al ejercicio del cargo. En aplicación del régimen transitorio de la LAPCD, el Tribunal Supremo vuelve a considerar aplicables, en la medida de lo posible, las normas que esta ley establece para la nueva figura de la autocuratela, revocando las sentencias previamente dictadas por el juzgado de pri-

al artículo 12 CDPD, como la mayor adaptación posible a la Observación General Primera del Comité.

⁸ GARCÍA RUBIO, comparecencia ante la Comisión de Justicia del Congreso Diputados en fecha 20 de octubre de 2020. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=vLDggPmjko&t=17s>, minuto 13:08 y ss. y respuestas a las preguntas formuladas por Sus Señorías. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=cfVIdmtMfHs>, minuto 3:11, [última consulta: diciembre 2020]

mera instancia y por la Audiencia Provincial correspondiente –en este *último* caso, lo hizo en dos ocasiones– al entender que, en ninguna de las resoluciones revocadas se aplicó el principio de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la otorgante, sin encontrar motivación suficiente que justificase esa preterición.

Seguiremos el orden cronológico de ambas sentencias, para hacer el respectivo comentario. Anticipamos también que la tercera sentencia dictada por el Tribunal Supremo, tras la entrada en vigor de la LAPD, trata de un caso que guarda gran similitud con la segunda que comentamos, por lo que aludiremos a ella de manera mucho más breve.

II. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CIVIL, N.º 589/2021, DE 8 DE SEPTIEMBRE DE 2021 (ROJ: STS 3276/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3276)

2.1. *Resumen de los hechos*

La sentencia n.º 589/2021, dictada por el Tribunal Supremo en fecha 8 de septiembre de 2021, resuelve en casación un procedimiento procedente del Juzgado de Primera Instancia número 9 de Oviedo y, en segunda instancia, de la Audiencia Provincial de Asturias.

La demanda había sido promovida en su día por el Ministerio Fiscal que, con arreglo a la legislación anterior, interesaba respecto al demandado, la «fijación precisa de la extensión de su capacidad jurídica», el establecimiento de los medios de apoyo que se considerasen más apropiados para la conservación de su capacidad jurídica y los actos sobre los que se concretaría su intervención, para lo cual debía nombrarse la persona que hubiera de asistirle o, en su caso, representarle y velar por él. Por último, pedía que se adoptasen las salvaguardias adecuadas y efectivas para asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respetasen los derechos, la voluntad y las preferencias del demandado, evitando influencias indebidas, abusos o conflictos de intereses y que, en línea con lo ordenado por el artículo 12 CDPD, resultasen proporcionales y adaptadas a sus circunstancias personales.

La demanda fue presentada tras la denuncia formulada ante la Fiscalía por los vecinos del demandado; en el procedimiento judicial se personó la Administración asturiana en calidad de futura tutora de este.

Conviene aclarar que se trataba de un hombre que había acumulado una cantidad ingente de basura en su domicilio, pero que

se oponía expresamente a la demanda, alegando que no padecía ninguna enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que justificara la declaración de que carecía de capacidad para regir su persona y administrar sus bienes.

El juzgado de primera instancia fallaba estimando parcialmente la demanda, ordenando la asistencia al demandado en el orden y limpieza de su domicilio, autorizando a la entidad pública a entrar en él a tal fin, con la periodicidad que estimase pertinente, con designación como tutor a la Administración asturiana única y exclusivamente para ese aspecto y en las condiciones fijadas en los fundamentos de dicha resolución judicial.

Para la autoridad judicial en esta instancia, quedaba acreditado que el demandado padecía síndrome de Diógenes, patología que le condicionaba en el cuidado e higiene correctos de su salud y en la limpieza e higiene de su vivienda, poniendo en riesgo igualmente la salubridad general y la de sus vecinos.

Según el informe del médico forense, la situación sanitaria del demandado debía abordarse mediante el tratamiento médico correspondiente «que detecte otras posibles patologías o trastornos». El juzgado de primera instancia recogía como hechos probados que el demandado mostraba una actitud «coherente en su razonamiento», respondiendo a todas las preguntas durante la práctica de la exploración judicial, entendiéndolo que se le preguntaba y dando respuestas precisas a cada una de las preguntas formuladas; aceptó que recogía algunas cosas y comida de los contenedores, pero negó que el olor fuese tan nauseabundo como decían sus vecinos, a pesar de reconocer que, en alguna ocasión, pudiese haberse producido mal olor por haber dejado fuera de su vivienda alguna bolsa de comida. Por último, esta resolución judicial dejaba acreditado que nunca se había realizado ninguna intervención de urgencia en la vivienda del demandado.

Contra la sentencia el demandado presentó recurso de apelación, resultando aquella nueva e íntegramente confirmada en segunda instancia por la Audiencia Provincial de Asturias. En esta ocasión, el tribunal profundiza en el contenido del informe emitido por el médico forense y, con fundamento en este, afirma que, pese a que el discurso del apelante resulta coherente y razonado, esto no es incompatible con un trastorno de conducta que le lleva a recoger y acumular basura sin ser consciente del síndrome que padece. Es precisamente esta ausencia de consciencia de enfermedad (anosonogía) la que le impide percibir el olor nauseabundo, según el informe del facultativo y lo que le lleva a aislarse y a rechazar cualquier tipo de intervención. Para la Audiencia Provincial no cabe duda de que, a tenor de lo expuesto en el informe médico y lo comprobado por el propio tribunal, el ape-

lante es incapaz de gobernarse por sí mismo en la esfera personal, lo que, a su vez, repercute negativamente en el resto del vecindario. Por todo ello, confirma el fallo dictado en primera instancia.

Contra esta segunda resolución, el apelante formuló recurso de casación ante el Tribunal Supremo. La Administración de Asturias se personó como parte recurrida. El Ministerio Fiscal intervino también, interesando que se mantuviese la sentencia confirmada por la Audiencia Provincial, si bien, modificando la figura de protección o apoyo de conformidad con la nueva ley, en el sentido de que en vez de tutela pasase a ser curatela con facultades de mera asistencia, respecto a la elección de la empresa que debería llevar a cabo la limpieza, que sería la elegida por el propio demandado y, solo en el caso de que este no escogiese ninguna, la recurrida podría sustituirle en esta decisión, designando a la que considerase adecuada. Además, pedía que las facultades de la Administración de Asturias se ampliasen a las decisiones y actuaciones sanitarias, tendentes a garantizar los tratamientos y terapias de todo tipo que requiriese el demandado para el control y cuidado de la enfermedad que, según afirmaba el Ministerio Público, había motivado la modificación de su capacidad. Interesaba, en fin, que la medida fuese revisada cada seis meses. A todas estas peticiones se adhirió la Administración de Asturias.

El Tribunal Supremo fija los motivos de casación en uno único: la infracción del entonces artículo 199 CC, en relación con los artículos 200 y 322 CC del mismo texto legal, reguladores de las causas de incapacitación, alegando que la sentencia recurrida se basa en la existencia de un «posible» trastorno, lo cual, a criterio del recurrente, resulta insuficiente para declarar su incapacitación.

Al momento en que estaba prevista la deliberación y resolución del recurso, la publicación de la LAPDC se preveía muy próxima, por lo que el Tribunal Supremo concedió un plazo a las partes a fin de que alegasen sobre la eventual incidencia que la reforma podría tener en la resolución del asunto, ocasión que aprovechó la recurrente para reiterar su oposición a las pretensiones de la demanda y a la sentencia recurrida, interesando expresamente el mantenimiento de su capacidad jurídica y la negativa a la provisión de medida alguna de apoyo; todo ello, sin perjuicio de que, al margen del procedimiento judicial, se iniciasen por la autoridad municipal otras acciones que estimasen oportunas dentro del área social competente.

El Ministerio Fiscal insistía en la necesidad de mantener las medidas de apoyo propuestas, en el sentido de designar como más apropiada la figura de la curatela, si bien, flexibilizando esta respecto a las facultades representativas iniciales, pero sin cerrar las puertas a la ampliación gradual hacia ellas, de fallar la mera asis-

tencia del curador en la elección de la empresa y las tareas de limpieza; estas obligaciones deberían ser llevadas a cabo por la propia persona demandada con la asistencia de la entidad pública designada y, solo para el caso de que aquella se negase a hacerlo, podrían ampliarse las facultades de la curadora para que esta pudiese «sustituir» –que no representar– al afectado por el síndrome en dicha tarea. Solicitaba, además, que se ampliaran las atribuciones del curador a la asistencia para la toma y administración de tratamientos médicos y solicitaba, asimismo, la fijación de un plazo máximo de seis meses para proceder a la revisión de la medida.

El Tribunal Supremo entra de lleno a resolver el recurso con la nueva reforma ya en vigor y se pronuncia emitiendo el primer pronunciamiento sobre cómo ha de ser interpretada la expresión «atender a la voluntad, deseos y preferencias», tantas veces repetida en la LAPCD; más en concreto, se manifiesta acerca de la posibilidad de que las personas con discapacidad puedan rechazar las medidas de apoyo aunque las precisen, marcando una línea interpretativa, que va claramente en contra de las directrices establecidas por el Comité en la Observación General Primera, como trataremos de mostrar en los epígrafes siguientes.

2.2. *Fundamentación jurídica*

2.2.1. APLICACIÓN DEL NUEVO RÉGIMEN LEGAL A UN PROCEDIMIENTO INICIADO EN EL ANTERIOR

La sentencia del Tribunal Supremo comienza analizando cuál ha de ser el régimen jurídico aplicable al caso tras la entrada en vigor de la LAPCD. Teniendo en cuenta que el procedimiento judicial origen del recurso de casación fue iniciado con arreglo a la legislación anterior, la decisión invoca como vinculante, en primer lugar, la disposición transitoria sexta de la nueva ley, que obliga a que los procedimientos en curso se adapten a las disposiciones de la nueva reforma, especialmente, respecto al contenido de la sentencia. Partiendo de esta base, las actuaciones procesales debían continuar en el punto en el que se encontraban al momento de entrar en vigor la reforma. Atendiendo a la inmediatez de este momento, el Alto Tribunal resolvió el recurso de casación según el nuevo régimen de provisión de apoyos contenido en el Código civil reformado, decisión, sin duda, adecuada a lo establecido en la citada norma de derecho intertemporal.

2.2.2. LA DECLARACIÓN DE INCAPACITACIÓN

Una vez justificada la necesidad de adaptación del procedimiento y, en particular, de la sentencia, a la nueva regulación, el Tribunal Supremo realiza una primera tarea de ajuste, modificando la sentencia recurrida en cuanto al pronunciamiento que declaraba la incapacitación del demandado. La decisión resulta absolutamente coherente con el renovado sistema que ha desterrado la incapacitación o modificación judicial de la capacidad pues, como indica el Preámbulo de la LAPCD, «el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse». El pleno reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica en el sentido expuesto en la Observación General Primera del Comité, recogido de forma expresa en el citado Preámbulo, abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercerlos y obliga, por tanto, a la desaparición de los procedimientos que permitan anular o limitar la capacidad de algunas personas. En consecuencia, el pronunciamiento del Alto Tribunal no podía ser otro que la revocación de la sentencia de origen en cuanto a la declaración de incapacitación de la parte demandada.

2.2.3. EL NUEVO SISTEMA DE PROVISIÓN DE APOYOS

Ubicados ya en el nuevo modelo diseñado por la LAPCD, la sentencia debía resolver el caso, adaptando la situación particular suscitada al nuevo sistema de provisión de apoyos. Antes de emitir su pronunciamiento, el Tribunal Supremo asume como propia una cierta labor pedagógica y se detiene en explicar las características propias de este nuevo sistema, que se resumen en las siguientes:

- a. El nuevo régimen se aplica a mayores de edad o menores emancipados.
- b. La finalidad de las medidas de apoyo es permitir el libre desarrollo de la personalidad y el desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad de la persona con discapacidad y deben inspirarse en el respeto a su dignidad y en la tutela de sus derechos fundamentales.
- c. Las medidas judiciales de apoyo son subsidiarias respecto de las medidas voluntarias de apoyo, por lo que aquellas solo entrarán en juego en defecto o en caso de insuficiencia de estas últimas.
- d. La determinación de medidas judiciales de apoyo no requiere de ningún previo pronunciamiento sobre la capacidad de

la persona (ya que todas las personas tienen reconocida expresamente su capacidad jurídica).

- e. La provisión judicial de apoyos debe respetar los principios de necesidad y proporcionalidad y la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, atendiendo en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias.

A continuación, concreta más detalladamente estos principios de necesidad y proporcionalidad, aclarando que las medidas de apoyo solo podrán ser designadas judicialmente cuando la persona con discapacidad realmente las necesite para ejercitar su capacidad jurídica; en este último caso, las que se adopten deberán ser proporcionadas, de manera que el apoyo no exceda de lo que la persona realmente precise, de suerte que esta realizará por sí misma todo aquello para lo que no necesite ningún tipo de asistencia; por lo tanto, el prestador de apoyo solo deberá intervenir para lo estrictamente imprescindible. En todo caso, las medidas de apoyo deberán respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, de conformidad con el nuevo artículo 249 CC. Esta última es la verdadera y peliaguda cuestión que el Tribunal Supremo debe afrontar en el recurso, ya que a lo largo de todo el periplo judicial había quedado en evidencia la reiterada negativa de la persona concernida a recibir la medida interesada por el Ministerio Fiscal con la conformidad de la entidad pública designada inicialmente tutora.

En todo caso, antes de resolver este concreto asunto el Tribunal Supremo trata de determinar si la medida de apoyo, adoptada primero por el juzgado de instancia y luego por la Audiencia Provincial, se había ajustado a los principios marcados por la nueva normativa.

Para ello, parte, en primer lugar, de la prueba médica practicada por el médico forense, cuyo informe aprecia que el demandado padece un trastorno de conducta que le lleva a recoger basura de forma obsesiva y a abandonar su higiene y alimentación. A criterio tanto del facultativo como de los servicios sociales que también emiten informe, el demandado no es consciente de su trastorno y de las consecuencias de este, lo que le ha colocado en una situación de aislamiento y de negativa reiterada a recibir ayuda; así considerado, se afirma que el propio trastorno es el que afecta su voluntad y le está produciendo una «degradación personal sin que sea consciente de ello». Pese a ello, el Tribunal reconoce que sus facultades cognitivas no están alteradas, lo que ya había sido igualmente admitido en instancias anteriores.

Esta falta de conciencia es lo que, a criterio del Tribunal, pone en evidencia la necesidad de la medida de apoyo asistencial soli-

citada, que también se considera proporcionada para garantizar no solo la limpieza de la vivienda sino el bienestar de la persona; según afirma el Ministerio Fiscal en su informe, haciéndose eco de la jurisprudencia de la Sala, esto último constituye la finalidad principal de la medida.⁹

Además, en tanto dure esa falta de conciencia del trastorno, a criterio del Tribunal, será necesario «suplir» en esto su voluntad (FJ Cuarto, 4.º). Para ello, sin embargo, entiende que la curadora no precisará de facultades de representación, siempre que cuente con la anuencia o colaboración del demandado; no obstante, sí deberán atribuirse esas facultades representativas, cuando aquel se niegue a recibir la asistencia o colaborar en el mantenimiento de limpieza e higiene de la vivienda y personal, lo que es tanto como reconocer facultades a la prestadora de apoyo, ya no representativas en sentido amplio, sino propiamente sustitutivas, pues resulta difícil prever la voluntaria colaboración de quien reiteradamente se ha negado a recibir ayuda a tales fines.

2.2.4. EL PRINCIPIO DE RESPETO A LA VOLUNTAD, DESEOS Y PREFERENCIAS

Una vez concluido que la medida adoptada respeta los principios de necesidad y proporcionalidad, el Tribunal Supremo entra a valorar si se ajusta también al principio de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona concernida. No se pronuncia, sin embargo, sobre el cumplimiento del principio de subsidiariedad. Presuponemos que el demandado no había otorgado medidas voluntarias de carácter formal (autotutela o poderes preventivos, con arreglo a la legislación anterior, poderes o mandatos preventivos, o autocuratela, u otra medida voluntaria atípica, según la nueva Ley), ya que las diferentes sentencias dictadas a lo largo del procedimiento judicial no se refieren a ellas y no parece que el Tribunal estime suficiente ni prioritaria la voluntad expresa, aunque no plasmada en escritura pública, reiterada por el demandado dentro y fuera del procedimiento judicial.

Este es precisamente el punto de partida y el núcleo de la decisión del Tribunal Supremo: si es o no posible, con arreglo al estrenado sistema, acordar una medida de apoyo para quien de forma

⁹ No se trata de eliminar el problema social generado por la acumulación de basura y olores en el piso del recurrente sino, como ya ha establecido reiteradamente la jurisprudencia de la Sala, de velar preferentemente por el bienestar de la persona afectada y procurar que disfrute de los mismos derechos que el resto de las personas en igualdad de condiciones (249 CC). FJ Segundo, 4.º.

expresa y reiterada se opone a su imposición (FJ Cuarto, 5.^o).¹⁰ Para el órgano judicial, la respuesta ha de ser afirmativa; esto es, se debe admitir que los apoyos puedan ser impuestos a las personas con discapacidad que los precisen, incluso en el caso de que estas se nieguen a tenerlos. Para alcanzar tal conclusión, el Tribunal se apoya en argumentos jurídicos de índole esencialmente procesal extraídos de la propia LAPCD, así como en razones semánticas y sociales; sobre todos ellos nos detendremos a continuación.

2.2.4.1. *El argumento procesal*

El primer argumento con el que el Tribunal Supremo justifica su resolución encuentra su sede en la propia LAPCD, que modifica la Ley de Jurisdicción Voluntaria (LJV) y la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), para regular los procedimientos judiciales de provisión de apoyos. Al desaparecer los procedimientos de incapacitación o de modificación judicial de la capacidad, la persona con discapacidad o las demás a quienes la ley otorgue legitimación activa, podrán comparecer ante la autoridad judicial para solicitar la provisión de las medidas de apoyo que la persona con discapacidad pudiera precisar para ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás. El objeto del procedimiento judicial se reduce a la asignación de una medida de apoyo en función de las necesidades de la persona concreta; por lo tanto, resulta evidente la falta de controversia entre dos partes, típica de los procedimientos contenciosos. No habrá ahora, al menos de inicio, una parte demandante que actúe contra otra demandada. Esta es una de las razones principales que explican el cambio no solo del derecho sustantivo, sino también del procedimiento judicial que, tras la entrada en vigor de la LAPCD, pasa a ser con carácter principal un expediente de jurisdicción voluntaria donde la parte actora deberá acreditar su discapacidad y encontrarse en situación de necesitar apoyos para poder ejercitar su capacidad jurídica. El protagonismo de este procedimiento principal resulta absolutamente coherente con el espíritu de la reforma y, por ende, con el artículo 12 CDPD. Se trata, en definitiva, y tal y como exige el párrafo tercero del citado precepto convencional, de dotar a la persona con discapacidad de las medidas precisas para ejercer su capacidad jurídica, de empoderarla y de no privarla de derechos que serían ejercidos por terceros en su lugar.

¹⁰ En un caso como el presente, en que la oposición del interesado a la adopción de las medidas de apoyo es clara y terminante, cabe cuestionarse si pueden acordarse en estas condiciones. Esto es, si en algún caso es posible proveer un apoyo judicial en contra de la voluntad manifestada del interesado. (FJ Cuarto, 5.^o).

El procedimiento judicial principal tras la entrada en vigor de la ley busca potenciar la autonomía de la voluntad de la persona, hasta el punto de que, incluso una vez iniciado, corresponderá a la autoridad judicial informar al interesado en la preceptiva comparecencia sobre las posibles medidas alternativas a las judiciales que podría tener a su disposición fuera del ámbito judicial para que, de estimarlo necesario, pueda optar por ellas, debiendo en este último caso, cerrarse el expediente de jurisdicción voluntaria dejando constancia de la opción ejercida por quien precise de los apoyos (art. 42 *bis* b) LJV). Es decir, se busca desjudicializar el proceso para promover, precisamente, que sea la propia persona con discapacidad quien opte por las medidas de apoyo que mejor le convengan, según sus propios intereses, aunque cabe asimismo que se opte por una medida de naturaleza informal que se vehicularía a través de la guarda de hecho.

Sin embargo, puede ocurrir que, pese al ofrecimiento o la información facilitada por la autoridad judicial, la persona con discapacidad prefiera continuar la vía judicial. En este último caso, deberá dictarse resolución designando la medida de apoyo interesada, si se considera necesaria, proporcional y subsidiaria de las que eventualmente hubiera otorgado la propia persona con discapacidad o estuviese gozando de manera informal. Además, de fijarla, deberán establecerse las salvaguardas necesarias para garantizar que los apoyos se prestan atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la concernida y, por último, fijar el plazo de revisión.

El artículo 42 *bis* a) 3 LJV señala las personas que estarán legitimadas para promover el expediente de provisión medidas de apoyo. Además de la propia persona con discapacidad que las precise, la ley otorga legitimación activa a su cónyuge o pareja de hecho, ascendientes, descendientes, hermanos o hermanas y también al Ministerio Fiscal. Cualquiera de ellos, por tanto, pueden interesar del juzgado la adopción de medidas de apoyo para la persona con discapacidad; de no haber promovido el expediente, pueden personarse igualmente en él para, incluso, oponerse a la adopción de alguna o todas las medidas propuestas. La propia persona con discapacidad podría también oponerse a la adopción de las medidas interesadas por cualquiera de los demás legitimados. En nuestra opinión, en este último caso, el expediente debería archivar-se sin más, en coherencia con el espíritu de la reforma y con el tratado internacional a cuya adaptación aspira, como más adelante se explicará. Sin embargo, tenemos que reconocer que nuestra tesis choca frontalmente con la seguida por el Tribunal Supremo en la sentencia que ahora se comenta.

El artículo 42 *bis* b) 5 LJV ordena que, para el caso de que durante la tramitación del expediente de jurisdicción voluntaria se presentase oposición, sin excluir de esta la de la propia persona con discapacidad, se proceda al archivo y la cuestión se dirima en un procedimiento contencioso distinto del anterior. Para ello, habrá que presentar demanda, en la cual figurará, como demandante, cualquiera de los legitimados y, como demandada, la persona con discapacidad para quien se solicite la medida de apoyo. Si ninguno de los legitimados la presenta, el Ministerio Fiscal podría hacerlo, aunque tampoco está obligado, según se desprende de lo previsto en el reformado artículo 757 LEC.

Es precisamente en esa reconducción al procedimiento contencioso cuando se hubiese presentado oposición en el expediente de jurisdicción voluntaria, donde el Tribunal Supremo encuentra un argumento para interpretar que la medida de apoyo podría ser impuesta en el procedimiento contradictorio si, precisamente, la oposición viniera de la propia persona con discapacidad que se niega a admitir el apoyo. Para el Tribunal Supremo no hay duda de que, al no haberse establecido ningún tipo de limitación a la derivación al procedimiento contencioso por oposición en el expediente de jurisdicción voluntaria, encaja en el contradictorio el que podría promoverse cuando la oposición proviniera de la propia persona con discapacidad; se sobreentiende que, de no haber querido hacerlo así, el legislador hubiera cerrado esta posibilidad en el caso de oposición del propio sujeto con discapacidad o la hubiese limitado a los casos en que la oposición fuese presentada por otros legitimados. De esta suerte, para el Alto Tribunal «es muy significativo que “la oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo”, además de provocar la terminación del expediente, no impida que las medidas puedan ser solicitadas por un juicio contradictorio»; todo lo cual supone, según el órgano judicial, que ese juicio pueda concluir con la adopción de las medidas, aun en contra de la voluntad del interesado.

Volveremos más adelante sobre esta cuestión, que es la que merece más atención y resulta decisiva para la toma de decisión final.

2.2.4.2. *El argumento semántico*

El segundo argumento sobre el que se fundamenta la posibilidad de imponer apoyos aun en contra de la voluntad expresada por la propia persona con discapacidad se apoya en una razón semántica. Alude el tribunal al significado del verbo «atender», utilizado, entre otros, en el nuevo artículo 268 CC en relación con la voluntad, deseos

y preferencias de la persona con discapacidad. En este sentido, la resolución comentada dice que se trata de un verbo polisémico del que destaca dos significados: en primer lugar, la acepción de «tener en cuenta o en consideración algo» y, en segundo lugar, el «satisfacer un deseo, ruego o mandato». Pues bien, entre las dos acepciones escogidas, el Alto Tribunal se decanta por la primera para interpretar que el mandato legal no obliga al juzgador el satisfacer la voluntad de la persona en todo caso, sino que podrá prescindir de ello cuando las circunstancias así lo aconsejen, lo que para el Pleno del Tribunal ocurre, precisamente, en el caso que ahora se comenta. De este modo, aprecia que en el artículo 268 CC la fórmula verbal «atenderán», dirigida a las personas encargadas de las medidas judiciales, es seguida de la expresión «en todo caso», que el Tribunal interpreta en el sentido de que el juzgador siempre deberá «recabar y tener en cuenta (siempre en la medida de lo posible) la voluntad de la persona con discapacidad», aunque luego decida apartarse de ella. La elección de esta acepción por parte del Tribunal Supremo tampoco debe sorprender, pues, en fechas inmediatamente anteriores a la entrada en vigor de la LAPD, ya venía afirmando que el principio de consideración de los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad no deja de ser una manifestación del derecho de autodeterminación que, «en la medida de lo posible», ha de ser respetado, lo que exige para su operatividad la consulta de la persona afectada. En cualquier caso, añadía el Alto Tribunal, es necesario determinar que la voluntad manifestada no esté mediatizada por el propio curso de la enfermedad que se padece, fuente de la necesidad de apoyos.¹¹

2.2.4.3. *El argumento social*

Para terminar de cerrar su razonamiento, el Tribunal Supremo alude a un tercer argumento extrajurídico. En concreto, según esta sentencia, es el propio trastorno padecido por la persona concernida el que –como ocurre con frecuencia, según el tribunal, en otros trastornos psíquicos y mentales– le impide ser consciente de su enfermedad y anula su voluntad; en concreto afirma: «el trastorno no solo le provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que, además, le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda» (FJ n.º 5). Por ello, pese a reconocer el discurso coherente del interesado, su capacidad cognitiva y la oposición reiterada a la medida a lo largo del procedimiento, considera justificado no satisfa-

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 6 de mayo de 2021, n.º 269/2021, de 6 de mayo de 2021, (ROJ: STS 1894/2021- ECLI:ES:TS:2021:1894). Ponente, José Luis Seoane Spiegelberg. (FJ Segundo-3.º F).

cer su deseo e imponer el apoyo. Es más, una vez negada la voluntad de la persona, al entenderla anulada por razón de su trastorno psíquico, considera que no imponer la medida en contra de los deseos expresados por la persona sería una «crueldad social», pues sería «abandonar a su desgracia a quien, por efecto directo de su trastorno mental no es consciente del proceso personal de degradación que sufre».

Semejante aseveración constituye, como reconoce el propio Tribunal, un auténtico «juicio de valor» conforme al cual, si la persona no estuviere afectada por ese trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal. Aunque volveremos sobre ello más adelante, conviene advertir desde este momento que no consta en el caso siquiera un mínimo de prueba indiciaria sobre la trayectoria vital, valores, etc. de la persona a quien la medida finalmente le fue impuesta, aspecto sobre el que igualmente nos detendremos en posteriores párrafos.

2.3. *El fallo*

En coherencia con los argumentos invocados, el Tribunal Supremo estima en parte el recurso de casación; acuerda la imposición de las medidas de apoyo consistentes en que la entidad designada curadora realice los servicios de limpieza y orden de la casa del demandado; por otra parte, trata de asegurar su efectiva atención médico-asistencial en lo que concierne al trastorno que padece y lo que guarde directa relación con él, ampliando las medidas acordadas anteriormente, según lo solicitado por el Ministerio Fiscal en la tramitación del recurso de casación. Para todo ello se designa como curadora a la entidad pública asturiana y, por último, se fija un plazo de seis meses para la revisión de la medida de apoyo impuesta.

III. LA (DIS)CORDANCIA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 8 DE SEPTIEMBRE DE 2021 CON LA LAPCD Y LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Entrando de manera más profunda en el contenido de la sentencia, nuestra opinión es que, tal y como sucediera con la pionera STS n.º 282/2009, de 29 de abril de 2009,¹² la STS n.º 589/2021,

¹² STS n.º 282/2009, de 29 de abril de 2009 (ROJ: STS 2362/2009 - ECLI:ES:TS:2009:2362).

que comentamos, nos deja con la sensación de “oportunidad perdida” para interpretar realmente nuestro ordenamiento jurídico interno de acuerdo con las previsiones de la CDPD, obligación que dimana directamente de los mandatos constitucionales previstos en los artículos 10.2 y 96 CE.

Como es bien conocido, en el año 2009 el Tribunal Supremo declaró la compatibilidad de nuestro ordenamiento jurídico interno con la CDPD, lo cual, sin embargo, fue desmentido en diferentes ocasiones por el propio Comité,¹³ que venía requiriendo a España de manera reiterada para que derogase su tradicional sistema sustitutivo y, en su lugar, incorporase el nuevo modelo asistencial de provisión de apoyos. Pese a ello, el Tribunal Supremo ha venido manteniendo su tesis hasta la entrada en vigor de la LAPCD.¹⁴ Aquella sentencia del año 2009 supuso, sin duda, un avance, pero también una pérdida de oportunidad de adaptación *tout court* de nuestro sistema a la Convención, sobre todo si tenemos en cuenta el «efecto dominó» que, a lo largo de todos estos años, ha tenido sobre la jurisprudencia menor y sobre la del propio Tribunal Supremo, creando la ilusión de que efectivamente nuestro ordenamiento jurídico civil estaba plenamente acorde con el sistema instaurado por la CDPD; como el tiempo ha puesto de manifiesto, básicamente a través de los actos del Comité, esa ilusión no era conforme con la realidad.

Como hemos dicho, la lectura detenida de la STS n.º 589/2021 nos produce una sensación similar, hasta el punto de que, de seguir por esta senda, nos atrevemos a vaticinar cuál será el eventual pronunciamiento al respecto del Comité cuando proceda a revisar los informes periódicos cuarto y quinto combinados que deberá presentar España, a más tardar el 2 de enero de 2025, para informar

¹³ Concretamente la Observación General Primera del Comité indica textualmente: «La obligación de los Estados parte de reemplazar los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva por otros que se basen en el apoyo a la adopción de decisiones exige que se supriman los primeros y se elaboren alternativas para los segundos.

Crear sistemas de apoyo a la adopción de decisiones manteniendo paralelamente los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva no basta para cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención». CRPD/C/GC/1, párr. 28, p. 7.

Vid. también las Observaciones y Recomendaciones efectuadas concretamente a España con motivo de la presentación de sus informes periódicos inicial y segundo y terceros combinados: CRPD/C/ESP/CO/1, párr. 34, pp. 5 y 6; y CRPD/C/ESP/CO/2-3, párrs. 22 y 23, p.6.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 6 de mayo de 2021, n.º 269/2021, de 6 de mayo de 2021, (ROJ: STS 1894/2021- ECLI:ES:TS:2021:1894). Ponente, José Luis Seoane Spiegelberg; STS de 16 de septiembre de 2019 (ROJ: STS 2820/2019), o los AATS de 18 de diciembre de ese mismo año (ROJ: ATS 3485/2019; ROJ: ATS 13611/2019), donde expresamente se afirma sin tapujos que la protección del interés de la persona con «capacidad restringida» está por encima de la autonomía de la voluntad y que «el interés superior del discapaz», es rector de la actuación de los poderes públicos y está enunciado expresamente en el artículo 12-4 de la CDPD, según había afirmado anteriormente en sus SSTS de 19 de noviembre 2015 y de 27 de junio de 2018.

del grado de adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a la CDPD.¹⁵ Estamos convencidas de que se opondrá frontalmente a la solución adoptada en esta ocasión por el Tribunal Supremo, como trataremos de justificar al ir desgranando los argumentos de la sentencia comentada.

Se ha reconocido en numerosas ocasiones que la CDPD es el primer tratado de derechos humanos del siglo XXI, lo que constituyó uno de sus muchos hitos históricos,¹⁶ por lo que corresponde a los operadores jurídicos y, más en concreto, a los órganos jurisdiccionales interpretar nuestras leyes de acuerdo a lo previsto en este tratado específico que protege los derechos humanos de las personas con discapacidad.

La labor de interpretación de los tratados internacionales por parte de los órganos judiciales debe ajustarse, a su vez, a lo previsto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) ratificado por España,¹⁷ concretamente en sus artículos 31 y 32.¹⁸ El primero de los preceptos establece, en su primer párrafo, que un tratado debe ser interpretado de buena fe, de acuerdo con el sentido corriente que debe darse a los términos del tratado en su contexto y a la luz de su objeto y fin. El significado ordinario normalmente se determina según el diccionario y el contexto en que es usado el término; el contexto, a tenor de lo previsto en el párrafo segundo del artículo 31 abarca al texto del propio tratado y también a su preámbulo, anexos y *cualquier acuerdo o instrumento relacionado con el tratado y redactado en relación con su conclusión*¹⁹. El artículo 31 indica también que solo se puede dar un significado especial al término si se determina que las partes así lo quisieron. Por su parte, el artículo 32 CVDT permite acudir a medios de interpretación complementarios para confirmar el sentido resultante de la aplicación del

¹⁵ Vid. CRPD/C/ESP/CO/2-3, párr. 68, p. 15.

¹⁶ TORRES COSTAS, 2020-I, p. 472.

¹⁷ Instrumento de adhesión de 2 de mayo de 1972, del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969. BOE n.º 142, de 13 de junio de 1970. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1980-11884> (última consulta: diciembre 2021).

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se abrió a la firma el 23 de mayo de 1969 por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados y entró en vigor el 27 de enero de 1980, en conformidad con el artículo 84 (1). Las reglas de interpretación de los tratados internacionales, establecidas en los artículos 31-32 de la Convención, se consideran comúnmente como reflejo del derecho internacional consuetudinario. A/AC.265/2005/CRP.5, p.6, nota al pie 17.

¹⁸ La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se abrió a la firma el 23 de mayo de 1969 por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados y entró en vigor el 27 de enero de 1980, en conformidad con el artículo 84 (1). Las reglas de interpretación de los tratados internacionales, establecidas en los artículos 31-32 de la Convención, se consideran comúnmente como reflejo del derecho internacional consuetudinario. A/AC.265/2005/CRP.5, p.6, nota al pie 17.

¹⁹ La cursiva es nuestra.

artículo precedente o para buscar el sentido cuando de la interpretación dada de conformidad con el artículo 31 se deduzca un significado ambiguo u oscuro o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable; se incluyen expresamente entre los medios de interpretación complementarios los trabajos preparatorios de los trabajos o las circunstancias de su celebración.

Es cierto que en nuestra literatura jurídica han sido muchos los autores que, en relación con la CDPD, han considerado que algunos actos del Comité, y más en concreto, su Observación General Primera relativa artículo 12 CDPD, va mucho más allá de lo establecido en el texto convencional²⁰ y que, precisamente por ello, no vincula a nuestro legislador. Sin embargo, nuestra opinión al respecto es la opuesta. A las razones estrictamente jurídicas ya apuntadas, añadimos ahora que la CDPD forma parte también, desde 2010, del Derecho de la Unión Europea, por lo que España, como el resto de los países de la Unión que han ratificado la CDPD, están doblemente obligados por ella: por una lado, como Estados parte del tratado de las Naciones Unidas; por otro, como miembros de la Unión Europea, tal y como recientemente ha expresado la Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de octubre de 2021, sobre «la protección de las personas con discapacidad a través de las peticiones: lecciones aprendidas».²¹ Precisamente en esta misma Resolución se advierte de que las observaciones generales sobre la CDPD son orientaciones autorizadas sobre su aplicación y en el párrafo n.º 23 se pide expresamente a la Comisión que garantice que la Unión y los Estados miembros cumplen plenamente todas las obligaciones pertinentes de la Unión y de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, en particular la

²⁰ Por ejemplo, en opinión de MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2019, p. 257, coincidiendo con DE SALAS MURILLO, 2018, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, pp. 1-6, no existe a cargo de los Estados signatarios una obligación, en sentido estricto, de cumplir con las recomendaciones y opiniones del Comité, de forma que «un Estado Parte debe comprometerse con la interpretación y reconocerle el correspondiente valor», pero que en última instancia tiene el derecho de rechazar tales conclusiones si encuentra la base argumental necesaria; en concreto, sobre la misma cuestión, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2021, pp. 101; SÁNCHEZ-VENTURA MORER, 2015, pp. 585-596, espec. 595. También los Tribunales españoles han venido negando tradicionalmente el carácter vinculante de los informes emitidos por los órganos de control de los tratados internacionales. Así, la STS 141/2015, de 11 de febrero, de la Sala 2ª de lo Penal, respecto del Comité de Derechos Humanos, que ha visto en él un órgano «político», «no jurisdiccional», afirmaba que: «el mencionado Comité de Derechos Humanos de la ONU no tiene carácter jurisdiccional de modo que sus resoluciones o dictámenes carecen de aptitud para crear una doctrina o precedente que pudiera vincular a esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo». Otras sentencias que también niegan el carácter vinculante de este tipo de informes son las de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2011 (recurso de casación 3862/2009), de la Sala Segunda de 25 de julio de 2002 (recurso de revisión 69/2001), y de la sala Quinta de 9 de noviembre de 2001/recurso de casación 28/2001), entre otras, citadas por la STS 1263/2018, de 17 de julio de 2018.ROJ: STS 2747/2018-ECLI:ES:TS:2018:2747, que luego comentaremos.

²¹ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0414_ES.html

CDPD, pero también y de modo expreso, las observaciones generales del Comité CDPD a la Convención. Parece pues que desoír estas últimas, por considerarlas inadecuadas, no es realmente una opción legítima, tampoco para el Parlamento Europeo.

Por añadidura, ya en el ámbito de nuestro Derecho interno, el artículo 3 CC establece en su párrafo primero que las normas deberán interpretarse 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.

En definitiva, en consideración a lo anterior, creemos que la interpretación realizada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 8 de septiembre de 2021, que ahora nos ocupa, no se ajusta a los criterios ordenados por las normas nacionales e internacionales mencionadas, como enseguida argumentamos.

3.1. *El argumento semántico*

Alterando el orden seguido en el epígrafe anterior, comenzaremos por rebatir el argumento semántico invocado en la sentencia comentada. El Tribunal Supremo exponía, como hemos visto, que «atender» es un verbo polisémico, del que destacaba únicamente dos acepciones: «tener en cuenta o en consideración» o «satisfacer un deseo, ruego o mandato».

Sin embargo, según la RAE, el citado verbo tiene otros muchos significados, figurando como primero de ellos, precisamente, el de «satisfacer un deseo, ruego o mandato» y solo en cuarto lugar aquel por el que se ha decantado el Tribunal Supremo para justificar su decisión.²² La primera acepción resulta incluso más amplia que la expuesta por el Tribunal, ya que implica no solo satisfacer, sino también «acoger favorablemente».²³ Luego, resulta bastante claro que el significado principal del verbo no se reduce a un mero «tener en cuenta», sino que va mucho más allá al exigir un resultado que

²² GARCÍA RUBIO/TORRES COSTAS, 2022 p. 215.

²³ Las acepciones que recoge la RAE son las siguientes:

«1. Acoger favorablemente, o satisfacer un deseo, ruego o mandato.

2. Esperar o aguardar.

3. Aplicar voluntariamente el entendimiento a un objeto espiritual o sensible.

4. Tener en cuenta o en consideración algo.

5. Mirar por alguien o algo, o cuidar de él o de ello.

6. Dicho de un animal o de una persona: Responder al ser llamado por su nombre. El perro perdido atiende por Sombra. Su hija atendía por Juana.

7. Leer para sí el original de un escrito, atendiendo a la lectura en voz alta que un corrector hace de las pruebas para cotejar ambos textos».

(Cf: <https://dle.rae.es/atender>).

responda, derechamente, al cumplimiento de los deseos, ruegos o mandatos de la persona que ha de ser «atendida».

Esta primera acepción cobra todo el sentido si a la hora de interpretar la expresión la integramos en el contexto en el que se ubica el verbo. Para ello, debemos empezar por atender —esta vez en su acepción de «tener en cuenta o en consideración»— al propio Preámbulo de la LAPCD, que comienza por señalar que la Ley pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y se marca como objetivo principal el de «promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente». Este objetivo obliga a los Estados parte y, particularmente, a España a que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica proporcionen salvaguardias que garanticen que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica «respeten» los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona. El verbo «respetar», según la RAE, significa, en primer lugar, «tener respeto, veneración, acatamiento»; es decir, implica algo más que «tomar en consideración o tener en cuenta».

Prosigue el Preámbulo indicando que la LAPCD impone el cambio de un sistema en el que predominaba la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el «respeto a», esto es en el «acatamiento de» la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones. El apartado I del Preámbulo finaliza haciendo importantes referencias a los pronunciamientos emitidos en los últimos años por diferentes organismos internacionales, particularmente de Naciones Unidas, calificando a la propia LAPCD de hito fundamental en el trabajo de adaptación de nuestro ordenamiento a la Convención de Nueva York. Además, el párrafo final de este mismo apartado I expone que la nueva regulación se inspira, entre otros, en el «respeto» a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso, pueda necesitar esa persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás. Al respecto, añade, ha de tomarse en consideración que dicha capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos, remitiéndose directamente en este aspecto concreto a la Observación General Primera del Comité. En consecuencia, resulta poco discutible que la

opción del legislador español sobre la interpretación del artículo 12 CDPD es la que el órgano de supervisión ha dejado plasmada en la tantas veces aludida Observación General Primera, sobre la que todavía tendremos que volver en párrafos posteriores.

Si seguimos contextualizando la expresión «atender a la voluntad», debemos admitir que no solo el Preámbulo atestigua que lo que se pretende no es simplemente «tomar en consideración», sino «respetar». En realidad, es fácilmente constatable que en el articulado el verbo «atender», aplicado a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, se utiliza en algunos de los preceptos de la nueva ley, mientras que en otros se usan verbos o perífrasis verbales diferentes que, en aras a la evitación de repeticiones, pretenden ser perfectos sinónimos del citado; tales son, entre otros y a modo de ejemplo, determinar (art. 249 CC en su párrafo tercero), respetar (arts. 250 CC, párrafo primero, 270 CC, párrafo primero, art. 282 CC párrafo tercero, art. 283 párrafo primero, 295 CC, último párrafo 297 CC) o garantizar (art. 288 CC). A mayor abundamiento, de nuevo sin ánimo de exhaustividad, el artículo 255 CC, referido a las medidas voluntarias, prevé en su párrafo tercero que la persona podrá establecer salvaguardas, mecanismos y plazos de revisión con el fin de «garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias». El artículo 258 CC, en relación con los poderes y mandatos preventivos, también contempla la posibilidad de establecer salvaguardias para «garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias» del poderdante. El artículo 264 CC, regulador de la guarda de hecho, obliga a quien la ejerza a solicitar autorización judicial cuando deba ejercitar funciones que requieran representación; en este caso, indica que, cuando se conceda la autorización, la función de apoyo deberá ser ejercida «de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias». El propio artículo 268 CC, al que alude el Tribunal Supremo en esta sentencia, va precedido de otra expresión mucho más clarificadora, al ordenar que tales medidas «respetarán siempre la máxima autonomía de la persona». Más adelante, el artículo 276 CC permite a la autoridad judicial alterar el orden de delación establecido para designar curador siempre que con ello se nombre a la persona idónea que mejor pueda «comprender e interpretar» la voluntad de la persona con discapacidad; en el mismo sentido se pronuncia el artículo 295 CC, referido al defensor judicial. Entrando ya de lleno en la regulación de la curatela, los ya citados artículos 282 y 283 CC insisten de nuevo en que las funciones y el cargo deben ejercitarse «respetando» la voluntad de la persona apoyada; el artículo 282 CC permite a la autoridad judicial autorizar la realización de una pluralidad de actos al curador cuando lo considere preciso para «garantizar la

voluntad, deseos y preferencias». El verbo «respetar» aparece de nuevo en el artículo 297 CC, como obligación del defensor judicial respecto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona a quien presente apoyo. En fin, todas estas fórmulas lingüísticas dejan en evidencia que la acepción del verbo «atender», cuando se utiliza para expresar la obligación de la persona encargada del apoyo en relación con la voluntad, deseos y preferencias de la persona que lo recibe es, precisamente, la contraria de la aceptada por el Tribunal Supremo en la dicotomía que él mismo propone: esto es, atender a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad no es otra cosa que respetarla y garantizar su cumplimiento.

En la misma línea y al margen de la regulación específica relativa a las figuras de apoyo, el Código Civil refleja en otros preceptos la obligación de los diferentes operadores de indagar, averiguar y actuar siguiendo la voluntad de la persona con discapacidad. Así, por ejemplo, el nuevo artículo 665 CC obliga al notario interviniente en el otorgamiento del testamento por parte de la persona con discapacidad, a facilitarle los ajustes que sean precisos para que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias; en el mismo sentido se expresa la Disposición Transitoria Segunda respecto al otorgamiento de poderes o mandatos preventivos.

Por otro lado y para reforzar la idea sobre la correcta inteligencia de la atención o respeto a la voluntad de la persona con discapacidad, debemos subrayar que la redacción de la LAPCD no deja lugar a dudas respecto a la expulsión de nuestro ordenamiento jurídico del principio de mejor o superior interés objetivo referido a las personas adultas con discapacidad,²⁴ separando claramente este principio, dirigido ahora solo a menores de edad, del de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de adultos, impuesto como princi-

²⁴ La eliminación de este criterio, siguiendo las directrices marcadas por la Observación General Primera del Comité no ha estado exento de polémica, tanto entre la doctrina científica como entre diferentes órganos consultivos. Por ejemplo, como advertíamos en TORRES COSTAS, 2020, p. 232 nota 505, p. 238 nota 524. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2019, pp. 253-270, espec. p. 268, opina que «eliminar toda referencia al interés superior de la persona con discapacidad y limitar la guía del curador (representativo o no) a una voluntad o preferencias pretéritas, por hipótesis inexistentes, es claramente insuficiente». Nuestra postura, manifestada, entre otros lugares en GARCÍA RUBIO, 2018, *Revista de Derecho Civil. Registradores y Notarios*, pp. 143-191, espec. p. 173, es que «...es la persona con discapacidad y solo ella quien puede considerarse encargada de decidir cuál es su mejor interés, incluso aunque se equivoque, pues las personas con discapacidad tienen el mismo derecho a equivocarse que todas las demás». Conviene advertir que el «interés superior» aparecía en las primeras versiones del Anteproyecto de ley, especialmente en la parte procesal redactada por la Sección quinta de la Comisión General de Codificación, lo cual fue objeto de diferentes y fuertes críticas, como expusimos en TORRES COSTAS, 2020, p. 361, notas 886 y 887.

pio rector en el tratamiento de la discapacidad, a diferencia de lo que sucede con los menores.²⁵

La importancia de este nuevo principio rector, que se proyecta sobre todas las medidas de apoyo y que vincula también a la autoridad judicial, es de tal magnitud que el propio artículo 249 CC, frontispicio de la nueva regulación,²⁶ impone que las medidas de apoyo judiciales «solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate»; es decir, serán subsidiarias, razón por la cual, si existe voluntad suficiente de la persona, esta deberá respetarse de forma prioritaria y vinculante incluso para la autoridad judicial. Ciertamente es que si la voluntad resulta «insuficiente» podrán designarse medidas de esta índole, camino escogido por sentencia que comentamos. Pero la verdad es que el propio artículo 249 CC indica el procedimiento que se ha de seguir para conocer y averiguar la voluntad de la persona concernida, al que también deberá ajustarse la medida judicial; es decir, tal medida nunca podrá quedar al albur de otros intereses, ni siquiera el interés superior objetivo, distintos de la voluntad expresa, hipotética o reinterpretada de la persona con discapacidad. En consecuencia, la decisión adoptada por representación deberá ser una mera transmisión de lo que hubiera sido la voluntad de la persona que pueda precisar de apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Repárese en que el párrafo tercero del artículo 249 CC obliga, en primer lugar, a hacer un «esfuerzo considerable» para averiguar la verdadera voluntad de la persona, lo que no parece que se haya realizado en el presente caso. En realidad, pese a reconocer el discurso coherente y razonado de la persona, su inteligencia media y sus plenas capacidades cognitivas, se le termina por negar su capacidad volitiva, señalando de forma rotunda, sin más base que el informe médico en el que consta la genérica afirmación de que las personas con Diógenes no son conscientes de su enfermedad y que esta es la que altera la voluntad, que el recurrente en casación no tiene, en verdad, voluntad de acumular basura y abandonar su higiene personal.

No consta que se haya realizado un «esfuerzo considerable» para conocer cuál sería, entonces, la voluntad real de esta perso-

²⁵ La disociación se contempla, entre otros, en los renovados artículos 94 CC, al referirse al régimen de visitas de los hijos en situaciones de crisis matrimonial, dispone que la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visitas, comunicación o estancia en resolución motivada en el «interés superior del menor» o en la «voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos»; se insiste, respecto al régimen de comunicación y visitas regulado en el artículo 160-2º CC, en que se resolverá teniendo siempre presente «el interés del menor» o «la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad».

²⁶ GARCÍA RUBIO/ TORRES COSTAS, 2022 pp. 207-2019.

na. Incluso asumiendo que este esfuerzo se hubiera realizado, tampoco consta que el tribunal haya seguido el cauce que el propio artículo ordena en el mismo párrafo *in fine* para los casos en que, aun habiéndose llevado a cabo ese «esfuerzo considerable», hubiera sido imposible averiguar la voluntad de la persona concernida. Para estos casos, que el propio artículo califica de excepcionales, se indica que «se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación». Nada de esto aparece intentado en el procedimiento judicial donde, sin embargo, sí se afirma sin más que la persona está sufriendo una «degradación personal», aludiendo a sus vecinos como «otrora amigos». Pero no se realiza un verdadero análisis acerca de cómo era la vida de la persona antes de padecer el síndrome de Diógenes; no se hace mención a su trayectoria vital, a sus valores de vida o a otras circunstancias que pudieran ayudar a comprender su verdadera voluntad, por hipótesis, según el Supremo, ahora borrada. Se desconocen concretamente cuáles eran sus hábitos de limpieza e higiene en épocas anteriores de su vida, su relación o resistencia a los tratamientos médicos, su opinión sobre personas que acumulan basura o padecen este síndrome u otros trastornos de conducta análogos o si se trata simplemente de un individuo con un modo de vida extravagante.²⁷ En definitiva, no se ha realizado el esfuerzo legalmente requerido, en nuestra opinión, para averiguar si realmente su libre albedrío se encuentra afectado hasta el punto de no existir una voluntad real de acumular basura y de abandonarse o si, por el contrario, esta es la vida que voluntariamente desea. Más adelante nos detendremos en este concreto argumento de la anosognosia, tan usualmente utilizado, como denostado por la interpretación autorizada de la CDPD.

3.2. *El argumento procesal*

El segundo argumento sobre el que el Tribunal Supremo apoya la decisión de imponer las medidas interesadas pese a la oposición de la persona con discapacidad se encuentra, como anticipamos, en el procedimiento común para la provisión judicial de apoyos, al

²⁷ Como literalmente afirmaba la STEDH en el caso *Winterwerp*, de 24 de octubre de 1979 «... hemos de partir de la indiscutible base de que una conducta extravagante, inusual o desviada no es sinónima de enajenación (STEDH dictada, de 24 de octubre de 1979)», FJ Segundo-3.º.

disponer que cuando, tras la comparecencia del Fiscal, la persona con discapacidad y su cónyuge y parientes más próximos, surja oposición sobre la medida de apoyo, se ponga fin al expediente (art. 42 *bis* b]. 5 LJV), dando paso entonces el proceso contencioso (art. 756.1 LEC). Encuentra muy significativo el órgano judicial que la oposición de la propia persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo no solo produzca la terminación del expediente, sino que no impida que las medidas puedan ser solicitadas por un juicio contradictorio (FJ 5, p. 3). Para el Tribunal esa posibilidad implica que ese juicio pueda concluir con la adopción de las medidas, aun en contra de la voluntad del interesado.

Aun reconociendo que en este punto concreto las reglas procesales hubieran debido reflejar mejor los principios fundamentales que inspiran la CDPD y, en consecuencia, la nueva regulación española,²⁸ no compartimos la tesis del alto Tribunal; y ello porque no solo existen otros preceptos de naturaleza sustantiva que abogan por la postura contraria, sino que resulta posible una lectura de las reglas procesales aducidas en la sentencia mucho más acorde con el espíritu de la reforma, con la propia Convención, con la interpretación del Comité en la Observación General Primera y con las Observaciones efectuadas a España en los años 2011 y 2019.

Comenzaremos por la interpretación alternativa de la derivación que el artículo 42 *bis* b) en coordinación con el artículo 756.1 LEC parecen hacer al procedimiento contencioso. Ciertamente que el párrafo 5º del precepto prevé que la oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo pondrá fin al expediente; lo mismo ocurrirá si dicha oposición fuese presentada por el Ministerio Fiscal o por cualquiera de los demás interesados –legitimados– en la adopción de las medidas de apoyo solicitadas. Sin embargo, la finalización del expediente de jurisdicción voluntaria por oposición de las medidas instadas, no implica, en primer lugar, una tramitación automática y preceptiva de un nuevo procedimiento contencioso, sino solo una posibilidad de iniciarlo, si se presenta demanda por los legitimados (ex art. 757 LEC), entre los que puede incluirse, por supuesto, a la propia persona con discapacidad que hubiese formulado oposición en el expediente de jurisdicción voluntaria, lo que podría haber ocurrido por distintas razones, entre ellas, el rechazo tajante a cualquier tipo de apoyo. De darse este último caso, entendemos que, en principio, no cabría la adopción de ningún tipo de medida de apoyo. Pero también podría ocurrir

²⁸ De hecho, nosotras mismas habíamos aventurado que este argumento basado en la regulación procesal podría ser utilizado para sustentar la tesis de que se podía imponer el apoyo contra la voluntad de la persona con discapacidad, en GARCÍA RUBIO, 2021, *SEPIN, Familia y Sucesiones* p. 50; TORRES COSTAS, 2020, p. 367, nota 904.

que –y esta sería la verdadera finalidad de la derivación al juicio contradictorio–, en el procedimiento contencioso se acreditase que el rechazo absoluto a cualquier medida de apoyo efectuado por la propia persona con discapacidad en el expediente de jurisdicción voluntaria no respondiese a su voluntad real. La finalidad que tendría entonces el procedimiento contencioso podría ser la de llevar a cabo el proceso de averiguación o, en su caso, integración de la voluntad de la persona concernida, en el sentido del párrafo tercero del artículo 249 CC. En ese procedimiento contencioso y contradictorio debería practicarse prueba suficiente para dejar probada la trayectoria vital, valores, creencias, deseos y preferencias de la persona a lo largo de su vida y, sobre la base de todo ello, concluir cuál sería su verdadera voluntad, con el fin de, atendiendo a esta, adoptar o no las medidas de apoyo que la persona hubiese deseado. Si del resultado de la prueba practicada en el procedimiento contradictorio se concluyese que la persona hubiese rechazado cualquier apoyo, no se podría adoptar ningún tipo de medida de apoyo, ni siquiera cuando fueran aconsejables de conformidad con el principio de superior interés objetivo, pues como ya se ha dicho varias veces, se trata de un principio expulsado de nuestro ordenamiento jurídico para las personas adultas, que ha sido sustituido por el de respeto a su voluntad, deseos y preferencias, tal como ordena el referido artículo 249 CC, entre otros.

Lo que resulta indudable es que motivos de oposición puede haber muchos y legitimados para oponerse a las medidas tanto como los previstos en la ley. Pero lo que no podemos compartir es la conclusión tajante y sin matices a la que llega el Supremo, en el sentido de «imponer» medidas «en contra de la voluntad de la persona» o, lo que es lo mismo, de privarla de su derecho a rechazar los apoyos. Baste señalar que tal decisión supone anular tácitamente la capacidad jurídica de la persona, que es precisamente lo contrario de lo que dice la ley y el propio artículo 12 CDPD.

Desde un punto de vista meramente procesal ya decíamos que la terminación del expediente de jurisdicción voluntaria no tiene por qué implicar automáticamente la presentación de una demanda en vía contenciosa, como se deduce de la propia literalidad del artículo 757 LEC. Este precepto dispone que la propia persona con discapacidad o los demás legitimados, «pueden» presentar la demanda de provisión de apoyos, es decir, no están obligados a hacerlo, ni siquiera si hubiesen formulado oposición en el expediente de jurisdicción voluntaria. Tampoco esa obligación resulta tajante para el Ministerio Fiscal el cual, a tenor de lo previsto en el párrafo 2 del mismo artículo, deberá promover el proceso si las

anteriores no lo hicieran, pero solo cuando concluyese que no existen otras vías alternativas a través de las que la persona interesada pueda obtener los apoyos que precisa, lo que concuerda perfectamente con los principios de subsidiariedad y de necesidad, principios, ambos, recogidos en el artículo 249 CC que, como hemos reiterado, se presenta como frontispicio de todo el sistema de provisión de apoyos que incorpora la reforma.

El principio de subsidiariedad obliga a que las medidas judiciales se asignen solo a falta de voluntad o cuando esta resulte inexistente, y no existan apoyos informales suficientes; luego, solo en este caso podría el Ministerio Fiscal presentar demanda, lo que tampoco es equivalente a que el resultado final sea la imposición de medidas en contra de la voluntad.

Además, para terminar de cerrar el argumento procesal, debemos citar el reformado artículo 760 LEC, que no deja lugar a dudas al señalar que las medidas que adopte la autoridad judicial en la sentencia deberán ser conformes a lo dispuesto sobre esta cuestión en las normas de Derecho civil que resulten aplicables, principalmente, en el artículo 249 CC, cuyo contenido y alcance hemos explicado ampliamente.

Por tanto, aunque pueda parecer la opción más evidente, el argumento según el cual la derivación a un procedimiento contencioso cuando la oposición en el expediente la haya presentado la propia persona con discapacidad admita la posibilidad de que las medidas le sean impuestas «en contra de su voluntad» no es una conclusión tan unívoca y necesaria como a primera vista pudiera parecer. Pero es que, además, no es la más coherente con el conjunto del sistema pues, como hemos visto, la sentencia habrá de ser conforme con las normas de derecho civil aplicables, cuyos principios rectores se resumen en el artículo 249 CC, se proyectan a lo largo de todo el articulado de la reforma, y encuentran su pilar fundamental en el principio de garantía y respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

A mayor abundamiento, creemos que existen otras reglas sustantivas que contradicen la conclusión a la que llega el Tribunal de imponer las medidas de apoyo en contra de la voluntad manifestada por la persona con discapacidad. Sin que nos podamos extender en esta sede con la profundidad que merece, mencionamos especialmente las normas que regulan la capacidad para contratar, lo que en nuestro sistema es tanto como decir la capacidad jurídica, toda vez que es en sede de contratos donde se recogen, en general, las reglas de capacidad para realizar la mayor parte de los actos jurídicos. Como explicamos por extenso en otros

trabajos,²⁹ del conjunto de reglas generales sobre contratos afectadas por la reforma, se deduce que el contrato celebrado por una persona con discapacidad prescindiendo del apoyo que tiene, solo puede ser anulado si la contraparte conoce la existencia del apoyo o se aprovecha de otro modo de la situación de discapacidad, obteniendo con ello una ventaja injusta (art. 1302.3 CC). Luego si voluntariamente prescinde o renuncia al apoyo y no se da esa situación de ventaja, el contrato es plenamente válido y eficaz, de suerte que no podrá ser atacado ni por el titular del apoyo omitido, ni por el propio interesado que ha cambiado de opinión; la renuncia al apoyo produce, pues, todos sus efectos. Parece pues lógico considerar que, si se puede renunciar al apoyo que ya se tiene, por la misma razón y con idéntico criterio se puede rechazar la imposición de un apoyo que no se quiere.

3.3. *El argumento social*

El tercer argumento sobre el que la sentencia fundamenta la imposición de medidas de apoyo es la consideración de que no adoptarlas sería una «crueldad social», esto es, sería «abandonar a su suerte a quien, por efecto directo de un trastorno mental no es consciente de su proceso de degradación». Como ya pusimos de manifiesto más arriba, el propio Tribunal admite que tal afirmación presupone un juicio o valoración conforme al cual, si la persona no tuviera dicho trastorno, estaría de acuerdo en evitar su degradación personal.

Tampoco este argumento nos parece coherente con la LAPCD, ni con la CDPD o con los diferentes informes al respecto emitidos, entre otros, los del propio Comité, de carácter vinculante, según la doctrina del propio Tribunal Supremo³⁰ o la reciente Resolución del Parlamento Europeo de 2021, a los que cabe sumar los de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad³¹ y los del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de

²⁹ GARCÍA RUBIO, 2022 (pendiente de publicación); GARCÍA RUBIO/VARELA CASTRO, 2022 pp. 645-668.

³⁰ STS 1263/2018, de 17 de julio de 2018. ROJ: STS 2747/2018-ECLI:ES:TS:2018:2747. Disponible también en: <https://www.womenslinkworldwide.org/files/3045/sentencia-angela-tribunal-supremo.pdf>

³¹ A/HRC/37/56, Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, de conformidad con las resoluciones 26/20 y 35/6 del Consejo, 2017. Disponible en: <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/HRC/37/56; A/HRC/34/58>, Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad de conformidad con lo dispuesto en la resolución 26/20 del Consejo. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/436/69/PDF/G1643669.pdf?OpenElement> (última consulta: enero 2022).

salud física y mental.³² Además, el fundamento desoye las reivindicaciones y aportaciones de las personas con discapacidad psicosocial a la Convención³³ y a nuestra ley interna³⁴ o las expresadas por las distintas entidades en contra del proyecto «Protocolo Adicional al Convenio de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastornos mentales respecto a ingresos y tratamiento involuntarios», elaborado por el Comité de Bioética del Consejo de Europa, según las cuales la imposición forzosa de tratamientos médicos atenta contra la dignidad de la persona, constituye una medida de carácter coercitivo, contraria a la CDPD, que confunde coerción y cuidados.³⁵

Todos los organismos y entidades mencionados coinciden al señalar que el uso de medidas coercitivas causa aun más daño psicosocial, exclusión y aislamiento del que la persona pudiera estar sufriendo, con lo que se estaría aumentando el riesgo de padecer problemas adicionales; además, constituyen prácticas discriminatorias que pueden llegar a producir sufrimiento psíquico severo, además de temor y trauma. Por tanto, intervenir en este sentido podría llegar suponer, una mayor «crueldad social» que la que se pretende evitar con la imposición acordada.

Lejos de verlo así, el Tribunal Supremo niega la voluntad a la persona sobre la base exclusiva de un informe médico que indica que el paciente no es consciente del trastorno que padece; y ello pese a reconocer que la persona se encuentra ubicada en tiempo y espacio, se muestra colaboradora, responde a todas las preguntas

³² A/HRC/35/21, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, 2017. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/076/09/PDF/G1707609.pdf?OpenElement>; A/HRC/44/48, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G20/094/48/PDF/G2009448.pdf?OpenElement> (última consulta: enero 2022).

³³ Entre otras: Presentación al Comité *Ad Hoc* de las Naciones Unidas sobre una Convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las Personas con discapacidad. Red mundial de usuarios y supervivientes de la psiquiatría (WNUSP), 2003, 4.º periodo de sesiones, del 23 de agosto al 3 de septiembre de 2004. Disponible en: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/contrib-wnusp.htm> (última consulta: enero, 2022). *Vid.* Asamblea japonesa DPI Documento de posición con respecto a la Convención. Disponible en: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/wgcontrib-dpi.htm> (última consulta: enero, 2022).

³⁴ También las recogidas en el Manifiesto de Cartagena por unos servicios de salud mental respetuosos con los derechos humanos y libres de coerción. Disponible en: <https://www.comunidad.madrid/hospital/principeasturias/sites/principeasturias/files/2019-07/manifiesto-ca.pdf> (última consulta: diciembre 2021).

³⁵ Asociación Española de Neuropsiquiatría-Profesionales de la Salud Mental, la Confederación Salud Mental España, En Primera Persona, Federación Andaluza de Asociaciones de Salud Mental en Primera Persona y Federación VEUS-Federacio Catalana d'Entitats de Salut Mental en Primera Persona.

que se le formulan, reconoce recoger cosas de la basura, incluso comida e incluso reconoce que, en alguna ocasión, pudo haber producido mal olor al haberse dejado fuera de la vivienda una bolsa con comida podrida, presenta una inteligencia media y reitera, una y otra vez, que no quiere recibir apoyo. Ciertamente, no reconoce padecer ninguna enfermedad ni la existencia permanente de un olor nauseabundo, como denuncian los vecinos. En definitiva, su capacidad de razonar se muestra intacta y su voluntad de no recibir apoyos, férrea.

Resulta difícil asumir que, con las características expuestas y plasmadas en la sentencia, la persona carezca de voluntad. Lo que falla, según el dictamen médico, es su capacidad para admitir que padece un trastorno de conducta que le lleva a la recogida compulsiva de objetos y a su autoabandono, lo que está provocando daños a sus vecinos y a él mismo. Esta situación de anosognosia es suficiente para el Tribunal le imponga una doble medida: por un lado, llevar a cabo la limpieza a través de una empresa que deberá contratar a su costa y, por otro, someterse a tratamiento médico.

Pero esta razón no es, a nuestro parecer, coherente ni con la CDPD ni con la propia LAPCD por diferentes motivos. En primer lugar, porque tanto la CDPD como la LAPCD priorizan, por encima de todo, la autonomía de persona y la dotación de apoyos de carácter voluntario, en el sentido de que la persona deberá contar con estos no solo cuando los precise, sino cuando lo quiera; es decir, los apoyos no pueden ser impuestos, como de forma contundente han reiterado el Comité,³⁶ la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad³⁷ o el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.³⁸

En el caso de autos, con independencia de que la persona en cuestión sea consciente o no del trastorno de conducta reflejado en su informe médico, lo cierto es que nadie duda –ni siquiera el Tribunal– de que no desea recibir apoyo; dicho de otro modo, su voluntad es la de no recibirlo. A primera vista, parece que los principios y las reglas de la nueva Ley obligan a respetar esa voluntad. Sin embargo, el Tribunal considera que la expresada por el demandado no se corresponde con su voluntad real, cuya existencia le es negada sobre la base del informe médico. Pues bien, siguiendo los dictados del artículo 249 CC, el informe médico tampoco sería suficiente pues, como sabemos, este artí-

³⁶ CRPD/C/GC/1, párr. 29-g.

³⁷ A/HRC/37/56, párr. 27, p. 8.

³⁸ A/HRC/44/48, párr. 65, p. 17.

culo establece un mecanismo que vincula a la autoridad judicial para llegar a conocer la verdadera voluntad de la persona concernida y que no es el de atender a un dictamen médico, sin más. Según el citado precepto, en primer lugar, debe estarse a la voluntad de la persona; en este caso parece que esa voluntad es clara, pero el Tribunal entiende que no es la real y, por tanto, no debe tenerse en cuenta. De admitir que sea así, el artículo 249 CC impone una segunda obligación: la de realizar un «esfuerzo considerable» para averiguarla, cosa que no parece que se haya intentado en el proceso judicial. Por último, si a pesar de haberse realizado ese esfuerzo considerable, el Tribunal no hubiera podido averiguar la voluntad real de la persona, el párrafo tercero del mismo precepto obliga a realizar una labor de reinterpretación de la voluntad de la persona, atendiendo para ello a la trayectoria vital, valores, creencias, modo de vida, o cualquier otro factor que la persona hubiera tenido en cuenta a la hora de tomar las decisiones que ahora se cuestionan.³⁹

Pero es que, además, la Ley prevé en el propio artículo 249 CC que las medidas judiciales solo puedan ser designadas a falta de la voluntad de la persona (principio de subsidiariedad) y que las medidas voluntarias serán vinculantes para la autoridad judicial. En consecuencia, si en estas medidas voluntarias la persona hubiera expresado que no desea recibir apoyos, aunque los necesitase, parece que la autoridad judicial no tendría más remedio que respetar esta previsión; y ello, como sabemos, al margen de que un eventual interés superior objetivo de la persona afectada pudiera hacer aconsejable la designación de una medida de apoyo.⁴⁰

Como ya hemos dicho en anteriores ocasiones,⁴¹ la voluntad puede ser expresada de múltiples maneras, incluso cuando la persona padezca algún tipo de deterioro de trastorno mental.⁴²

³⁹ También la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad indica que se debería aplicar la «mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias» como medida de último recurso. A/HRC/37/56, párr. 31, p. 9.

⁴⁰ Opinión que no comparte un sector de la doctrina, del que destacamos a modo de muestra significativa, DE SALAS MURILLO, 2020, *RCDI*, pp. 2227-2268.

⁴¹ TORRES COSTAS, 2021, *Diario La Ley*. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2021/02/11/la-vacunacion-contra-el-covid-19-de-personas-mayores-residentes-en-centros-de-mayores-derecho-o-imposicion-el-consentimiento-informado-por-representacion-primeras-resoluciones-judiciales>

⁴² Representantes de personas con discapacidad, como la organización *Inclusión Internacional* han afirmado que «Las personas pueden tener una discapacidad grave o “profunda”, pero sus familias y amigos valoran y comprenden su presencia y su ser. Otras pueden expresar con claridad qué les gusta y qué no, aunque no comprendan ni puedan evaluar toda la información y las consecuencias que puedan derivarse de las diferentes elecciones. Quienes están con ellos comprenden sus deseos con claridad». *Independiente pero no solo. Informe Mundial sobre el Derecho a Decidir*. INCLUSION INTERNA-

La existencia de una enfermedad mental no puede servir de argumento para negar la voluntad ni la capacidad jurídica a las personas que la padecen, algo a lo que expresamente se refiere también la Observación General Primera cuando señala que la capacidad jurídica y la capacidad mental son conceptos distintos y que el artículo 12 CDPD evidencia que el desequilibrio mental y otras denominaciones discriminatorias no son razones legítimas para denegar la capacidad jurídica (ni la capacidad legal ni la legitimación para actuar);⁴³ literalmente termina el párrafo indicando que «En virtud del artículo 12 de la Convención, los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica»,⁴⁴ afirmación que debería aquietar la tentación, a veces irrefrenable, de los órganos decisorios, incluidos los judiciales, de deslizarse por esta pendiente, como de hecho hace la sentencia que comentamos y en la que también ha caído, sin ir más lejos, el TEDH.⁴⁵

Nos parece que el reconocimiento por parte del Tribunal Supremo del juicio de valor sobre el que fundamenta su sentencia –algo impensable en cualquier otro procedimiento judicial– pone en evidencia, la perpetuación del estigma al que acompaña a las personas con enfermedad mental o con discapacidad psicosocial al dar por

TIONAL, 2014:26. Todas las personas tienen un deseo que se puede discernir con la ayuda adecuada. *Ibidem*, p. 132.

⁴³ CRPD/C/GC/1, párr. 13.

⁴⁴ Insiste en las ideas reflejada en este párr. 13 el propio Comité en la Observación General n.º 6 (2018) a la CDPD, *Sobre la igualdad y la no discriminación*, (CRPD/C/GC/6) cuando señala: «El derecho a la capacidad jurídica es un derecho mínimo, es decir, es necesario para el disfrute de casi todos los demás derechos contemplados en la Convención, incluido el derecho a la igualdad y la no discriminación. Los artículos 5 y 12 están intrínsecamente relacionados, ya que la igualdad ante la ley debe incluir el disfrute de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás. La discriminación mediante la denegación de la capacidad jurídica puede adoptar distintas formas, como en los sistemas basados en la condición, los sistemas funcionales y los sistemas basados en los resultados. La denegación de la adopción de decisiones sobre la base de la discapacidad mediante cualquiera de esos sistemas es discriminatoria». La Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad insiste también en la idea de que la respuesta por defecto consistente en anular la capacidad jurídica de las personas que atraviesan una crisis emocional o están sometidas a un estrés intenso en el sentido de anular su capacidad jurídica y autorizar una intervención psiquiátrica por la fuerza no respeta la dignidad inherente ni la autonomía de la persona. A/HRC/37/56, párr. 32, p. 9.

⁴⁵ Tal es el caso, entre otros, de la STEDH de 25 de octubre de 2018 (caso *Delecotte v. France*) donde la mayoría estima proporcionadas y legales, y por tanto conforme con el artículo 8 de la CEDH, las sucesivas decisiones de las autoridades tutelares y judiciales francesas que habían denegado durante el años a un hombre de un notable patrimonio su derecho a casarse con una mujer cuya relación era larga y constante; la mayoría de los jueces del tribunal de Estrasburgo aceptan el argumento de la anosognosia, utilizado en los tribunales galeses, para afirmar que la voluntad de contraer matrimonio del reclamante no podía ser tomada en consideración; es muy interesante el Voto particular discrepante de la jueza Nussberger, presidenta del Tribunal.

hecho que es el trastorno el que las lleva, sin más, a su degradación personal, sin hacer siquiera el mínimo esfuerzo en averiguar si pudiera existir en cada caso otra causa o si, en realidad, la degradación de la persona ya existía antes de que el trastorno psíquico hubiese aparecido y simplemente se corresponde con su forma de vida.

Todo lo expuesto muestra que el Tribunal Supremo no ha seguido en su argumentación el cauce marcado por el artículo 249-3.º CC; de haberlo hecho así, tal vez hubiese llegado a la misma conclusión, pero tal vez no. Si este último hubiese sido el caso, la medida impuesta no solo sería contraria a su voluntad, sino que también atentaría contra su dignidad. El juicio de valor, insistimos, encierra un gravísimo prejuicio contra las personas con enfermedad mental que, además, resulta absolutamente discriminatorio⁴⁶ porque la presunción que sustenta tal valoración se fundamenta exclusivamente en el padecimiento de la enfermedad mental.

El derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley y a no sufrir discriminación exige que, cuando el Estado niegue la capacidad jurídica, lo haga aplicando los mismos motivos a todas las personas. Por lo tanto, el hecho de padecer una enfermedad mental no puede ser razón para negar la capacidad jurídica; esto es precisamente lo que hace la sentencia que nos ocupa al negar, sin decirlo expresamente, el derecho a la capacidad jurídica a la recurrente en casación impidiéndole ejercer su derecho a rechazar los apoyos, esto es, a tomar sus propias decisiones. Con ello se contrarían una vez más las directrices del Comité,⁴⁷ que ha indicado que el apoyo en la adopción de decisiones no debe utilizarse como justificación para limitar otros derechos fundamentales de las personas con discapacidad, como el derecho a otorgar o denegar su consentimiento para el tratamiento médico y el derecho a la libertad, justamente lo contrario que ha ocurrido en el presente caso.

⁴⁶ En su Observación General Primera, el Comité aclaraba que el artículo 12 de la CDPD no permite negar la capacidad jurídica por motivos basados en la falta de aptitud de la persona para tomar decisiones porque ello supone evaluar la capacidad mental y denegar la capacidad jurídica—en este caso para rechazar el apoyo y el tratamiento médico— si la evaluación lo justifica. El Comité ha manifestado que cuando la discapacidad de la persona o su aptitud para tomar decisiones se consideran motivos legítimos para negarle la capacidad jurídica y rebajar su condición como persona ante la ley se produce una discriminación por razón de discapacidad proscrita por el artículo 12 que no solo no permite negar la capacidad jurídica de ese modo discriminatorio, sino que, además, exige en tales casos que se proporcionen apoyo a la persona en su ejercicio. CRPD/C/GC/1, pp. 4-5. Naciones Unidas, 2014. CRPD/C/GC/1. La Relatora Especial sobre Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas insiste sobre esta cuestión en su informe anual correspondiente a 2017. Naciones Unidas, 2017, A/HRC/37/56, p. 7, párrafo 24: «Los Estados no pueden limitar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad; deben más bien protegerla contra toda injerencia en todos los aspectos de la vida, incluidas las decisiones relativas a tratamientos médicos, a la vida independiente o a cuestiones financieras».

⁴⁷ CRPD/C/GC/1, párr. 29 g), p. 8.

Pero es que el argumento social que ahora rebatimos contraviene también el principio de proporcionalidad consignado igualmente en el artículo 249-1.º CC, según el cual las medidas de apoyo deben servir para asistir en el ejercicio del derecho concreto que la persona no puede realizar por sí misma. En este caso, el Tribunal impone dos medidas, como hemos dicho, una dirigida a la limpieza de la vivienda y otra, al tratamiento médico al que deberá someterse la persona. Respecto a la primera de ellas, resulta desproporcionada desde el momento en que, ante la negativa del demandado, se otorgan facultades a la curadora para que contrate a la empresa que decida la persona con discapacidad; por lo tanto, resulta evidente que no estamos ante un apoyo querido por la persona sobre la que, insistimos, no se ha acreditado su voluntad de realizar este acto para el que va a tener apoyo. Se trata, en realidad, de una medida claramente coercitiva y no de un verdadero apoyo en el sentido del artículo 12 CDPD.

Pero el calificativo de coercitivo es aplicable con mayor rotundidad todavía a la segunda medida, impuesta: la de asegurar la efectiva atención médico-asistencial de la persona, en lo que respecta al trastorno que padece y lo que guarde directa relación con él. Al respecto, no es necesario demostrar la oposición frontal de tal mandato a la CDPD, particularmente a sus artículos 14 y 25 (derechos de libertad y seguridad, y salud, respectivamente).⁴⁸

Pero lo más preocupante, en nuestra opinión, es que tal vez las medidas impuestas, lejos de alcanzar la finalidad perseguida por el órgano judicial, esto es, el «bienestar de la persona», conduzcan a un resultado radicalmente contrario. Como ya apuntamos, son numerosas las fuentes que demuestran que la imposición forzosa de tratamientos médicos⁴⁹ y otras medidas de carácter coercitivo como las aquí impuestas confunde coerción y cuidados,

⁴⁸ Con esta medida se obvia una vez más la voluntad de la persona y se eluden también las recomendaciones del Comité a España en sus Observaciones particulares, algo en lo que también han insistido los informes de Naciones Unidas anteriormente aludidos CRPD/C/ESP/CO/1, párr. 36, p. 6; CRPD/C/ESP/CO/2-3, párr. 27, p. 7, en el sentido de requerir al Estado español que derogase toda su normativa interna que permite los ingresos o los tratamientos médicos no basados en el libre consentimiento informado de la persona con discapacidad; en similares términos se ha pronunciado la Relatora Especial sobre Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas. A/HRC/37/56, p. 8, párrafo 26.

⁴⁹ Respecto al derecho a rechazar el tratamiento médico, incluso nuestra propia legislación interna lo reconoce como derecho del paciente desde hace casi cuatro décadas, con independencia de cuál sea la enfermedad que padece. Artículo 10-9º de la 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, BOE n.º 102, de 29 de abril, derogado por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. BOE n.º 274, de 15/11/2002. Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, BOE n.º 158, de 3 de julio de 2001

atentan contra la dignidad de la persona, causan aun más daño psicosocial, exclusión y aislamiento del que la persona pudiera sufrir, aumentando el riesgo de padecer problemas adicionales y constituyen prácticas discriminatorias que pueden llegar a producir sufrimiento psíquico severo, además de temor y trauma.

El propio informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (2020)⁵⁰ criticaba el uso excesivamente frecuente de lo que denomina «justicia terapéutica»⁵¹ debido a estados de salud o comportamientos considerados socialmente inaceptables de la que suelen ser objeto las personas con discapacidad psicosocial y advertía también sobre los peligros de la excesiva medicalización⁵² y de las amenazas para los derechos humanos de estos grupos tradicionalmente marginados de la sociedad. El mismo informe indica que cuando se considera la posibilidad de iniciar un tratamiento, el principio de *primum non nocere*, es decir, «lo primero es no hacer daño», debe ser el principio rector, a pesar de lo cual, con demasiada frecuencia se pasan por alto los daños colaterales resultantes de la medicalización y se exageran los beneficios de esta, lo que pudiera haber sucedido en la sentencia que ahora comentamos, donde tampoco se barajan – ni siquiera se plantean como posibles– otras medidas alternativas⁵³ más respetuosas con la CDPD y con la LAPD. Por ello creemos que no es disparatado pensar que intervenir como se resuelve en la sentencia puede a veces significar una mayor «crueldad social» que la que se pretende evitar con la imposición acordada.

En definitiva, se dicta una sentencia que, a pesar de reconocer expresamente que la persona en cuestión mostró una capacidad de razonar suficiente, se la priva del derecho a la plena capacidad jurídica, al imponerle un apoyo que no quiere y una medida coercitiva que le despoja de su derecho a decidir en su esfera personal, concretamente en el ámbito de su salud; se confunde así coerción con cuidados y bienestar con control, todo ello sin analizar si la medida

⁵⁰ Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G20/094/48/PDF/G2009448.pdf?OpenElement> [última consulta: enero 2022]

⁵¹ *Ibidem*, párr. 27, p. 7.

⁵² Para el Relator Especial, existe una tendencia preocupante a utilizar la medicina como medida para denegar la dignidad y la autonomía de la persona, así como la forma en que se utiliza el «tratamiento» o la «necesidad médica» para justificar la injusticia social. El resultado es una canalización excluyente y discriminatoria. El proceso de medicalización suele asociarse, según el Relator Especial, con el control social, ya que sirve para hacer cumplir los límites en torno a los comportamientos y experiencias normales o aceptables; además, la medicalización hace que se corra el riesgo de legitimar prácticas coercitivas que vulneran los derechos humanos y pueden afianzar aun más la discriminación contra grupos que ya están en situación de marginación a lo largo de su vida y de una generación a otra. *Ibidem*, párr. 29, p. 9.

⁵³ A/HRC/44/48, 2020:14-17, párrs. 51 y ss.; A/HRC/35/21, párr. 29; A/HRC/37/56, párr. 32, p. 9.

impuesta produce más daño que el que pretende evitar.⁵⁴ Lo hace, además, atendiendo al principio de interés superior objetivo, a pesar de que ha sido sustituido en nuestra legislación interna por el principio rector de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, perpetuando así el tradicional y paternalista paradigma médico sustitutivo de la voluntad.

Para finalizar con el análisis de esta primera sentencia, dejamos constancia de que tanto los razonamientos como el resultado final al que llega venían muy condicionados por las instancias anteriores, conocedoras de un procedimiento de limitación judicial de la capacidad que, con toda probabilidad, nunca debió de haberse iniciado, porque la capacidad jurídica de la persona afectada no era, ni entonces ni ahora, lo que estaba entredicho. Como ya se ha puesto de relieve varias veces en este comentario, en las tres instancias se reconoció que la persona tenía un límite normal de inteligencia y un discurso coherente y razonado. Sin perder de vista que en ningún momento se plantearon verdaderos asuntos relacionados con la capacidad jurídica de esta persona en su dimensión de capacidad para actuar; esto es, nunca estuvieron en cuestión los efectos jurídicos de sus decisiones cuando estas eran susceptibles de producirlos, bien en su propia esfera, bien en la esfera jurídica de los terceros afectados por aquellas decisiones.

Creemos que lo que subyacía en realidad en este asunto no era un problema de capacidad jurídica; sino de una más que probable situación de marginalidad y posible necesidad de asistencia social de un individuo, cuyo comportamiento molestaba o afectaba negativamente a sus convecinos, esto es, causaba un serio problema de relación con los demás. Parece poco probable que estos mismos vecinos o cualquier otro sujeto hubieran acudido en su día al Ministerio Fiscal y que este hubiese iniciado el procedimiento de limitación de la capacidad, si esta persona con síndrome de Diógenes viviese, por ejemplo, solo en un bosque apartado o en una cueva al modo de su viejo *alter ego*. De ser cierta nuestra presunción, resulta que la verdadera razón para iniciar en su día el citado procedimiento no estaba en la necesidad de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica que tenía el protagonista del caso, sino en los problemas de convivencia con sus vecinos o,

⁵⁴ Los sistemas de salud mental de todo el mundo están dominados por un modelo biomédico reduccionista, que utiliza la medicalización para justificar la coerción como práctica sistémica y califica como «trastornos» que necesitan tratamiento las diversas respuestas humanas a los determinantes subyacentes y sociales perjudiciales (como las desigualdades, la discriminación y la violencia). En ese contexto se socavan y desatienden activamente los principios fundamentales de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Vid.* Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental sobre Derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, de 2020, A/HRC/44/48, párr. 9, p. 4.

en su caso, en la obligación impuesta al Estado social de asistir a quienes viven en un mundo de marginalidad y exclusión social. Es más que probable que en tal circunstancia fuera oportuna la intervención de la autoridad pública encargada de cubrir estas necesidades sociales, lo que con bastante seguridad, implicaría la intervención del Principado de Asturias, a través del órgano competente en esta materia; este organismo público tendría que luchar, desde esta perspectiva, con la eventual negativa del interesado a través de medios de naturaleza pública (sanciones, actuaciones de oficio en el domicilio previa autorización judicial de entrada, por ejemplo); podría valorarse también la necesidad de adoptar medidas de asistencia social a una persona en situación de marginalidad de naturaleza no coercitivas, como centros de apoyo entre pares, salas sin medicación, comunidades de recuperación y modelos de desarrollo comunitario.⁵⁵ Pero nada de esto debería implicar ni una curatela ni ninguna otra medida de apoyo más o menos similar, cuya función queda limitada a servir de asistencia o ayuda a la persona en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Es cierto que desde un planteamiento superficial las medidas de naturaleza pública destinadas a la asistencia, protección y ayuda a las personas vulnerables pueden parecer similares a las medidas destinadas a dar apoyo a estas personas en el ejercicio de su capacidad jurídica si la vulnerabilidad reside, precisamente, en la discapacidad. Incluso ambos tipos de medidas pueden coexistir en un mismo supuesto; pero en ningún caso deben confundirse ambas esferas y, mucho menos aun, deben considerarse intercambiables, como creemos que ha hecho la sentencia que hasta aquí nos viene ocupando.

IV. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CIVIL, N.º 706/2021, DE 19 DE OCTUBRE DE 2021 (ROJ: STS 3770/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3770). PONENTE, JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG

4.1. *Resumen de los hechos*

El segundo pronunciamiento dictado por el Tribunal Supremo tras la entrada en vigor de la LAPD tiene su origen en la demanda presentada en diciembre de 2014 por el Ministerio Fiscal mediante la cual solicitaba, a instancia de tres de sus seis hijos, la modifica-

⁵⁵ A las que se refieren expresamente tanto la Relatora Especial sobre los Derechos de las PCD y el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (A/HRC/44/48, 2020:14-17, párrs. 51 y ss.; A/HRC/35/21, párr. 29; A/HRC/37/56, párr. 32, p. 9).

ción de la capacidad de su madre de avanzada edad. Se daba la circunstancia de que la «presunta incapaz» había otorgado en su día testamento abierto, en el cual figuraba una cláusula donde daba directrices para que, en el caso de que fuese necesario nombrar un tutor, el cargo recayese en una de sus hijas, en primer lugar; en segundo lugar, en un determinado hijo; y, por último, en otro de sus seis hijos. En ningún caso deseaba que fuesen designados ninguno de los tres hijos que habían instado del Ministerio Fiscal la presentación de la demanda de incapacitación, ni tampoco ninguna entidad tutelar pública o privada. A pesar de lo dispuesto por la interesada, el juzgado de primera instancia dictó sentencia por la que declaraba modificada la capacidad de la demandada y nombraba tutora a la entidad tutelar pública de Madrid, la Agencia Madrileña de Tutela (AMTA), contrariando de este modo la voluntad anticipadamente expresada por la incapacitada.

Contra esta sentencia presentaron recurso de apelación, por un lado, los tres hijos a quienes había designado sucesivamente para desempeñar el cargo de tutor la madre y, por otro lado, los otros tres. En segunda instancia, la Audiencia Provincial dicta nueva sentencia revocando la precedente en cuanto al nombramiento de tutor y fallando que el cargo sería desempeñado de forma mancomunada por dos de sus hijos: el llamado a ejercer el cargo en segundo lugar, por un lado y, por otro, el segundo de los excluidos. Nuevamente la voluntad de la testadora resultaba directamente proscrita por el Tribunal.

No resultando satisfactoria para ninguna de las partes, se presenta recurso de casación ante el Tribunal Supremo que, tras examinar las alegaciones formuladas por todos los recurrentes, así como los autos remitidos por la Audiencia, concluye que la sentencia de apelación incurre en el error de falta de motivación, por lo que decide anular y retrotraer las actuaciones al momento de dictar sentencia por la Audiencia Provincial requiriéndola para que dicte nueva sentencia en la que, de forma motivada fundamente las razones por las que, prescindiendo de la voluntad expresada por la «incapaz» en documento notarial, opta por la designación mancomunada de tutor o designe otro acorde con los deseos de aquellas.⁵⁶

En resumen, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial hacía alusión a la situación familiar que subyacía en el caso, por la existencia de dos grupos de hermanos: tres de ellos se llevaban muy bien entre ellos y regular con el otro grupo de tres hermanos que también se llevaban muy bien entre ellos, pero regular con los primeros. Para el tribunal de segunda instancia, es precisamente la existencia de este conflicto familiar lo que justifica la designación mancomunada para el

⁵⁶ STS 465/2019, de 17 de septiembre, ROJ STS 2820/2019.ECLI:ES:TS:2019:2820.

cargo de un hermano de cada grupo. No justifica, sin embargo, las razones por las que prescinde de la voluntad de la otorgante, cuando, además, es la hija que convive con ella, quien la cuida y expresamente ha manifestado su voluntad de ser tutora de su madre.

Devueltas las actuaciones, la Audiencia dicta una nueva sentencia en la que mantiene el mismo pronunciamiento que en la anulada por el Supremo, aunque, atendiendo al requerimiento de este, amplía su motivación; trata de explicar las razones que la llevaron a la decisión salomónica, indicando que, tras practicar en segunda instancia toda la prueba, incluida la exploración de la concernida, y recibir, entre otros, informes del equipo psicosocial adscrito al juzgado de primera instancia, concluyó que la hija elegida para el desempeño del cargo resultaba inidónea y los designados a tal fin lo desempeñarían correctamente de forma mancomunada, al tratarse de un ejercicio sometido a supervisión por parte del Ministerio Fiscal. Descartaba asimismo la designación de la entidad pública por haber quedado acreditada suficientemente la voluntad contraria de la interesada.

Nuevamente se presenta por todas las partes personadas recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la sentencia dictada por segunda vez por la Audiencia.

El Tribunal Supremo analiza en primer lugar el recurso extraordinario por infracción procesal y analiza la cuestión relativa a la falta de motivación de la sentencia, concluyendo que las nuevas razones añadidas por la Audiencia Provincial para motivar su fallo «son muy pobres, contradictorias y carentes de la justificación debida». En palabras del Ministerio Fiscal «la decisión adoptada no contiene una explicación suficiente y clara de las razones que han llevado a prescindir de la voluntad de la persona con discapacidad». En consecuencia, estima el primer motivo del recurso y el Tribunal Supremo decide asumir el conocimiento del proceso pasando a analizar el recurso de casación, desestimando otros motivos invocados por alguna de las partes personadas en su recurso extraordinario por infracción procesal en los que, por razones de espacio, no vamos a valorar.

Analizados los recursos de casación presentados por el bloque de hermanos propuestos sucesivamente para ser tutores, por un lado y el presentado por otra de las hijas, por otro lado, el Tribunal Supremo estima el recurso de los primeros, fundamentado en la infracción del artículo 234.1 CC y artículo 12 CDPD, al haberse desconocido la voluntad de la otorgante al designar tutor. Por el contrario, resuelve desestimar el presentado por la otra hija, cuya pretensión era el mantenimiento de la designación del cargo de tutor en la entidad pública.

4.2. *Fundamentación jurídica*

4.2.1. APLICACIÓN DEL NUEVO RÉGIMEN LEGAL A UN PROCEDIMIENTO INICIADO EN EL ANTERIOR

Al igual que en el primero de sus pronunciamientos, la sentencia ahora comentada comienza analizando el régimen jurídico aplicable tras la entrada en vigor de la LAPD y, de igual modo que en la STS 589/2021, parte de que el procedimiento judicial origen del recurso había sido iniciado con arreglo a la legislación anterior; a continuación, invoca la Disposición Transitoria Sexta de la LAPD, que obliga a que los procedimientos en curso se adapten a las nuevas disposiciones, sin retroacción de las actuaciones practicadas con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma.

Además, atendiendo a lo dispuesto en la Disposición Transitoria Tercera de la LAPD, aprecia que las disposiciones previstas para la autotutela deberán regirse ya por las normas previstas para la autocuratela en la nueva ley.

Llama la atención en este caso la elección del documento público escogido por la otorgante para designar o excluir a su futuro tutor. Recordamos que la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, modificaba el antiguo artículo 223 CC para admitir que cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, pudiera «en documento público notarial», adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor; no se excluía el testamento abierto que, obviamente, es documento público notarial, aunque no parece que el testamento sea el instrumento más adecuado para contener disposiciones como al designación de un futuro tutor (o curador); sabido es que el contenido típico del testamento son las disposiciones de *última* voluntad del causante de índole patrimonial (art. 667 CC), aunque no deja de ser cierto que también puede tener un contenido atípico, incluidas disposiciones de naturaleza extrapatrimonial, entre las que tradicionalmente ha sobresalido el reconocimiento de un hijo (art. 741 CC), pero que pueden ser muchas otras; por consiguiente, la manifestación fehaciente de la voluntad acerca de la designación o exclusión de su eventual tutor en el documento público testamentario cumplía con los requerimientos formales del tiempo en que se estableció. Nótese que, de conformidad con el nuevo artículo 271 CC, en el régimen vigente

la autotutela deberá ser prevista en escritura pública, con lo que de haberse producido después de la entrada en vigor de la nueva normativa, no sería válida una autotutela en testamento abierto; con todo, la decisión del Tribunal Supremo es correcta en este punto, pues, de conformidad con los principios que inspiran las reglas de Derecho transitorio del Código Civil, los actos jurídicos válidos según la ley derogada conservarán su validez, también cuando el cambio normativo se refiera a cuestiones de forma.

4.2.2. LA DECLARACIÓN DE INCAPACITACIÓN Y EL NUEVO SISTEMA DE PROVISIÓN DE APOYOS

De nuevo, igual que en la STS 589/2021, el Tribunal Supremo deja sin efecto la declaración de incapacidad, pues «La aplicación de la nueva ley determina que se deje sin efecto la declaración de incapacidad, que ya no existe como tal, la cual debe ser sustituida por la procedencia de fijación de medidas judiciales de apoyo» (FJ 6). Esto resulta totalmente coherente con la nueva Ley que reconoce la plena capacidad jurídica y deroga la incapacidad. En armonía con lo anterior, el Tribunal señala que «Procede, igualmente, la sustitución de la tutela por la curatela, ya que aquellas queda circunscrita a los menores de edad, no sujetos a la patria potestad o que se hallen en situación de desamparo (art. 199 CC)» (FJ 6). Pero, a diferencia de lo ocurrido en la STS 589/2021, en esta ocasión, el órgano judicial no revisa las medidas adoptadas en las instancias judiciales precedentes, al considerar que el objeto del recurso de casación se ciñe a la designación del curador, por lo que considera que entrar en esta cuestión resultaría excesivo y desproporcionado en relación con el recurso presentado; entiende que no ocurría, sin embargo, en el caso resuelto en la STS 589/2021 donde, precisamente, la revisión de las medidas estaba directamente vinculada con los motivos del recurso; en consecuencia, en esta ocasión el tribunal se limita a ordenar la sustitución de la tutela por la curatela, según prevé la Disposición Transitoria Tercera LAPD).

Sin duda, en este punto, la resolución merece de buen principio todos los elogios, puesto que con ella hace valer el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad que las autoridades juzgadoras de primera y segunda instancia habían obviado, apartándose de la voluntad debidamente formalizada y expresada por la madre de los recurrentes, sin motivación suficiente. Aunque ya con la legislación anterior resultaba más que probable la necesidad de respetar la elección de tutor llevada a efecto por

el interesado,⁵⁷ tras la entrada en vigor de la LAPCD no hay justificación posible para decisiones como las de los juzgados de instancia, dada la vinculación de la autoridad judicial a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, también por lo que se refiere a la designación de un posible curador, según dispone el artículo 272 CC. El segundo párrafo de este mismo precepto establece que la única situación en la que la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de las disposiciones voluntarias sobre autotutela es la existencia de «circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones», hipótesis que no era la que aquí se ventilaba.

Ahora bien, como hemos indicado, en la resolución comentada ni se fija el alcance de la autotutela ni se dan pautas que permitan completar la parquedad de la disposición de la interesada, ceñida exclusivamente a la elección de quien desea que ejerza el cargo de tutor y a la exclusión de ciertas personas para ese cometido; a pesar de ello, se dice expresamente en la sentencia que «no procede, en este trance decisorio, revisar las concretas medidas de apoyo acordadas hace años». Resulta curiosa esta afirmación si tenemos en cuenta que en el sistema anterior no se fijaban medidas de apoyo sino, como mucho, se establecían las funciones que corresponderían al tutor para completar o sustituir la capacidad jurídica de la persona sometida a tutela, lo que ni puede ni debe considerarse como equivalente a establecer medidas de apoyo. Si se nos permite la apreciación, creemos que ese paralelismo entre el sistema derogado y el vigente, que todavía subyace en muchos comentarios a la nueva Ley y que se arrastra en afirmaciones como la transcrita, es uno de los hábitos que se deben desterrar si, de verdad, se quiere asumir el cambio operado por la Ley 8/2021.

En cualquier caso, parece que la declaración del Tribunal conduce a la aplicación de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley para todo lo no previsto en el «documento de autotutela»; por tanto, de manera provisional habrá de entenderse que la tutora designada deberá adecuar su actuación a las normas previstas en la LAPD para la curatela representativa. Nuestro criterio es que esta solución no es del todo satisfactoria, por varias razones; primera porque, como decimos, se trata de una solución apenas provisional, cuya duración no puede ir más allá de los tres años previstos en la Disposición Transitoria Quinta, tiempo máximo en el que deberá ser revisada; en segundo lugar, porque con ese cambio no se cum-

⁵⁷ Cf. STS 487/2014, de 30 de septiembre; 298/2017, de 16 de mayo y 465/2019, de 17 de septiembre, citadas en la STS n.º 734/2021, de 2 de noviembre.

plen los requerimientos del párrafo cuarto del nuevo artículo 269 CC, de conformidad con el cual «Los actos en los que el curador deba prestar apoyo deberán fijarse de manera precisa, indicando, en su caso, cuáles son aquellos donde debe ejercer la representación». Nada de ello se realiza en este caso, con lo que es más que probable que, de ser necesario para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona concernida el apoyo de su hija que, ahora sí, es reconocida como curadora, sea también inevitable, otra vez más, acudir a los tribunales para que fijen exactamente los contornos del apoyo; no sobra recordar al respecto que en la LRAPD no se dibujen unos contornos fijos para cualquier curatela representativa, pues cada una de esas curatelas ha de ser un traje a medida de la persona para la que se establece el apoyo. Precisamente por esto, después de que la interesada haya visto reconocido su derecho a contar con la curadora deseada casi siete años después de que se iniciara el procedimiento, resulta bastante probable que la resolución judicial que ahora comentamos no sea, todavía, la que cierre su caso de modo definitivo.

4.2.3. LA NECESIDAD DE MOTIVAR EL APARTAMIENTO DE LA DESIGNACIÓN HECHA POR LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

Sin duda la decisión que comentamos acoge el principio de respeto a la voluntad, deseos y preferencias manifestados por la persona con discapacidad, columna vertebral de la nueva Ley, corrigiendo así las decisiones precedentes que prescindían de él.

Conviene recordar que tanto la extinta autotutela como la actual autocuratela son figuras de autogestión previstas para que la persona otorgante deje consignada su voluntad respecto a cómo quiere organizar su futuro en caso de discapacidad respecto a su esfera personal, patrimonial o cualquiera otra que elija y respecto a quién quiere designar que, llegado el momento, asuma y ejerza el cargo del antiguo tutor y actual curador. Así se recogía en el párrafo segundo del anterior artículo 223 CC⁵⁸ modificado por la Ley 41/2003 y así se hace ahora en el artículo 271-1.ºCC.⁵⁹

Ambas figuras coinciden también en el carácter vinculante para la autoridad judicial de las previsiones de la persona otorgante, de

⁵⁸ Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.

⁵⁹ Artículo 271 CC actual: «Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador».

suerte que dicha autoridad solo podría prescindir de ellas por las causas legalmente previstas y previa y preceptiva motivación de la sentencia que decida a apartarse de cualquier modo de la voluntad anticipada de la persona otorgante (arts. 234.1 CC, previgente; art. 272.2 CC, actual).⁶⁰ A la autoridad judicial le correspondía tanto antes, como ahora, analizar la existencia de tales circunstancias y motivar suficientemente las razones que le llevaban a no atender a la voluntad de la persona plenamente capaz para tomar decisiones futuras sobre ella misma.

Resulta evidente que ya desde el año 2003, la intención del legislador era otorgar preferencia a la autonomía de la voluntad. Con la reforma de 2021 esta preferencia está, además, reforzada, ya que nuestro ordenamiento jurídico ha apartado el principio de mejor interés objetivo para dejar su espacio al nuevo principio rector del nuevo sistema de provisión de apoyos, tantas veces señalado y que no es otro que el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

En el caso que venimos analizando, la juzgadora de instancia obvió el principio de respeto a la voluntad de la otorgante y, sin motivación suficientemente, resolvió de forma completamente opuesta a lo querido por aquella; no solo no siguió las indicaciones para nombrar a la persona elegida, sino que decidió designar como tutora a una de las excluidas, concretamente a la entidad tutelar pública. Por su parte, la Audiencia tuvo en cuenta solo en parte la voluntad de la otorgante, optando por revocar la designación anterior, pero reiterando el mismo error que el juzgado de instancia al prescindir nuevamente de la voluntad de la disponente; además, argumentó tan pobremente su fallo que el Tribunal Supremo tuvo que anular la sentencia, retrotraer las actuaciones y requerir a la Audiencia para que emitiese un nuevo pronunciamiento respetuoso con la voluntad de la otorgante o, en su defecto, motivando fundamentalmente las causas que le harían desviarse de lo interesado por la

⁶⁰ El párrafo primero del artículo 234 CC, modificado por la Ley 41/2003, establecía que: «Para el nombramiento de tutor se preferirá: 1.º Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223», si bien, como indicaba el preámbulo de dicha ley, «sin modificar la facultad genérica que corresponde al juez de alterar el orden de delación cuando así convenga al interés del incapacitado pero siempre que hayan sobrevenido circunstancias que no fueron tenidas en cuenta al efectuar la designación»; es decir, debía existir motivación suficiente basada en el mejor interés objetivo del «incapacitado» cuando hubieran aparecido circunstancias nuevas que no hubieran sido tenidas en cuenta por el otorgante al tiempo de otorgar la escritura de autotutela.

En parecidos términos se expresa actualmente el párrafo segundo del artículo 272 CC, que permite a la autoridad judicial prescindir de las disposiciones voluntariamente otorgadas si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones. En este caso, el mismo plazo obliga a que la resolución judicial en tal sentido sea siempre motivada.

propia concernida. Sin embargo, pese a que indicó ciertos motivos que le llevaron a prescindir de la persona escogida, el Supremo se vio obligado otra vez a analizarlos concluyendo que la falta de motivación persistía.

Es interesante detenerse en los argumentos mínimos imprescindibles que considera el Supremo para entender que una sentencia cumple con el requisito de la necesaria motivación en el tema que nos ocupa. Para el Alto Tribunal, con el que convenimos, las razones invocadas por la Audiencia resultan pobres, contradictorias y carentes de justificación.

Pobres porque, como señala el Supremo, corresponde a los tribunales de justicia, y no a los servicios psicosociales, determinar la idoneidad de una persona para el ejercicio del cargo de curadora. En este caso, la Audiencia Provincial justificaba su decisión razonando que habían sido precisamente los técnicos del equipo psicosocial adscrito al juzgado quienes habían determinado que la persona elegida por la otorgante no resultaba idónea para ejercer como tutora. Sin embargo, el Supremo recuerda con tino que ese tipo de dictámenes aportan la información oportuna para que sean los tribunales de justicia quienes adopten la decisión correspondiente, pues a ellos y no los equipos psicosociales les compete, de forma exclusiva, el ejercicio de la jurisdicción.⁶¹

Además, estima el Supremo que en tal función la autoridad judicial está sujeta al principio constitucional de proscripción de la arbitrariedad, al mandato legal de respetar las reglas de la lógica y a la obligación de motivar las sentencias, algo que no se hacía en la sentencia recurrida. En su consideración, la sentencia recurrida no exteriorizaba las razones que necesariamente tenían que concurrir para prescindir de la persona designada en primer lugar por la demandada, justamente la hija con quien convivía y que actuaba como guardadora de hecho. Siguiendo su propia doctrina, el Tribunal Supremo consideró absolutamente insuficiente la mera remisión, sin valoración crítica alguna, al informe elaborado por los servicios psicosociales, que emiten una simple opinión que debe ser apreciada críticamente y, además, en el marco propio de las connotaciones jurídicas del proceso, lo que no hace la Audiencia. Por nuestra parte, apuntamos que, aun considerando que un equipo interdisciplinar emite algo más que una simple opinión, ya que sus dictámenes deben basarse en criterios estrictamente profesionales

⁶¹ Sobre esta cuestión, invoca concretamente la STS de 5 de enero de 2007 (rec. 121/2000), que delimita los recíprocos ámbitos de actuación de la autoridad judicial y perito, que sienta como pautas, en primer lugar, que la función del perito es la de auxiliar al Juez, sin privarle de su facultad de valorar el dictamen presentado, dimanante de la potestad judicial.

y ser emitidos con un enfoque interdisciplinar, concordamos con el Supremo en la idea de que el órgano judicial no debe trasladar a este equipo decisiones con trascendencia jurídica que solo a él corresponden, aunque para tomarlas deba o pueda apoyarse en el informe pericial técnico.

En segundo lugar, considera el Tribunal Supremo que las razones de la Audiencia Provincial resultan contradictorias porque, por un lado, aprecia como vinculante la voluntad de la madre para revocar el pronunciamiento de primera instancia en cuanto a la designación de la entidad pública como tutora, pero, por otro, no la entiende igualmente vinculante para atender a esa voluntad respecto a la designación elegida; incluso para el supuesto de que la primera designada resultase inidónea, aquellas había establecido un sistema de designación sucesivo, por lo que, de no poder ser nombrada la primera, debería haberse llamado al segundo o, en su caso, al tercero llamado por la demandada. Lejos de hacerlo, la Audiencia omite este orden de prelación e inventa un sistema de designación mancomunada en el que incluye a una de las personas expresamente excluidas por la interesada. Es evidente que compartimos el juicio de contradicción formulado por el Tribunal Supremo.

Se subraya, en fin, la falta de justificación. Entendemos, como hace la sentencia del órgano superior, que resulta evidente la falta de motivación suficiente y reforzada que se exige para desvirtuar la voluntad libremente expresada por la persona con discapacidad. También que la decisión se encuentra desvinculada del proceso y de la realidad, ya que era fácilmente predecible que las malas relaciones existentes entre los dos grupos de hermanos llevarían a un mal desempeño de una tutela mancomunada como la decretada por la Audiencia. Concordamos también con la argumentación del Supremo cuando descarta razones como que la existencia de dos grupos de tres hermanos que se lleven bien entre sí y mal con los otros tres, justifica una decisión salomónica, designando a una persona de cada grupo, ajena a la voluntad de la demandada. En fin, la abstracta invocación del principio de intermediación tampoco conforma motivación, pues se trata de un instrumento de proximidad que sirve para valorar mejor lo actuado, pero no para eximir del deber constitucional de motivar la decisión.

4.3. *El fallo*

En coherencia con los fundamentos invocados, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación, cuyo motivo principal se fundamenta en la infracción del artículo 234.1 CC y artículo 12 CDPD, al haberse desconocido la voluntad de la otorgante.

Para llegar a este pronunciamiento tiene en cuenta la entrada en vigor la LAPD y, con ella, la de sus disposiciones transitorias, a las que también nos hemos referido con anterioridad y que, en definitiva, obligaban a seguir el procedimiento por los cauces de la nueva ley; en consecuencia, las disposiciones previstas para la autocurately se aplicarán ahora a la autotutela otorgada con arreglo a la ley anterior.

El Tribunal Supremo se detiene en explicar la importancia principal que, con arreglo a la nueva ley y, de acuerdo con lo previsto en la CDPD, especialmente en su artículo 12, cobra la atención a la voluntad de la persona como principio rector de la reforma, adoptando un tono pedagógico destinado a explicar las importancia del este principio en el nuevo sistema; aunque no es función de los tribunales hacer labor docente sobre el contenido de las normas que aplica, creemos que tiene cierto sentido y utilidad que se realice en esta primera etapa de aplicación la LRDPD, toda vez que por el radical cambio que produce, se trata de una reforma que requiere ser explicada.

Conviene también matizar, siguiendo con el contenido de la sentencia, que la primacía de las medidas voluntarias no excluye la posibilidad de que estas no se apliquen y, en su lugar, se designen unas judiciales; pero esto solo será posible si se dan las circunstancias expresadas en el actual artículo 272-2.º CC y previa resolución motivada por parte del juzgado o tribunal que las designe. Al no existir resolución motivada, el Tribunal Supremo entra en la instancia y valora la prueba practicada de la que deduce que no existía causa suficiente para descartar y rechazar la voluntad libremente expresada por la otorgante, ya que, el informe del equipo psicosocial sobre el que se había apoyado la Audiencia y que optaba por la tutela institucional, no aportaba elementos concluyentes para prescindir de la voluntad de la interesada. Además, otros motivos que habían sido tenidos en cuenta carecían de la trascendencia necesaria para prescindir de la voluntad de aquellas; antes, al contrario, en el dictamen técnico se apreciaba que la demandada tenía cubiertas sus necesidades básicas en su domicilio, bajo la atención de la hija elegida, quien mantenía un vínculo materno filial continuado con su madre, convirtiéndose, en la terminología vigente hoy, en la prestadora fáctica de apoyos.

A la vista de lo anterior, no cabía más que concluir, como acertadamente hizo el Supremo, la falta de concurrencia de los requisitos ya expuestos para prescindir de la voluntad de la demandada que, sin duda, debía ser respetada (artículos 271 y 272 CC).

V. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO N.º 734/2021, DE 2 DE NOVIEMBRE DE 2021 (ROJ: STS 4003/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4003). PONENTE, JOSÉ LUIS SEOA-NE SPIEGELBERG

En términos muy parecidos a los expresados en la STS n.º 706/2021, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la posterior STS n.º 734/2021, de 2 de noviembre, firmada por el mismo ponente, que resuelve también un supuesto de autotutela y en la que también se llega al adecuado resultado de dejar sin efecto la declaración de incapacidad, que ya no existe, y de reconocer la plena eficacia de la designación voluntaria de la tutela, que ahora pasa a ser curatela, hecha por la interesada. Sin embargo, al igual que en el caso precedente, considera el Tribunal que no procede revisar el contenido de las concretas medidas de apoyo acordadas (sic) lo que, como antes señalamos y por las mismas razones, no parece lo más adecuado ni para la economía procesal, ni desde el punto de vista del nuevo Derecho sustantivo.

Por otro lado, esta última sentencia mantiene un tono pedagógico, que también poseen las dos resoluciones precedentes, deteniéndose en este caso en la descripción de la figura de la autocuratela y en la enumeración de sus principales características. Parte de que se trata de una manifestación del principio de autonomía de la voluntad, del libre desarrollo de la personalidad y del respeto a la dignidad humana reconocidos por el artículo 10 CE, que faculta a una persona mayor de edad o menor emancipada para designar la persona que ejerza al función de curador o incluso excluir alguna o algunas del ejercicio de tal cargo, para añadir como características fundamentales las siguientes: *i)* es un negocio jurídico de derecho de familia; *ii)* personalísimo; *iii)* inter vivos; *iv)* solemne; *v)* vinculante para el juez, salvo la excepción legalmente prevista; *vi)* revocable; *vii)* inscribible en el Registro Civil; *viii)* que puede contener disposiciones sobre el funcionamiento y ejercicio del cargo.

En nuestra opinión, aunque no sea propiamente la tarea de los tribunales de justicia la de hacer labor de explicación y difusión del contenido de las normas e instituciones que aplica, es una buena práctica que en estas primeras sentencias en las que se aplica la LRAPD se trate de explicar el alcance de las nuevas reglas de la manera más didáctica posible, para que sean bien conocidas y comprendidas por los tribunales inferiores y por todos los interesados en ellas.

VI. REFLEXIÓN FINAL

Como síntesis de lo expuesto consideramos que las primeras resoluciones judiciales dictadas por el Tribunal Supremo en aplicación de la LAPD tienen algunos aspectos positivos y otros que nos parecen menos conformes con el espíritu y la letra de la reforma operada en el ordenamiento español en 2021 en torno al apoyo en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Entre lo positivo, destacamos la adecuada aplicación de las normas de Derecho intertemporal de la LAPD, que abogan por la aplicación inmediata de la nueva regulación, también a los procedimientos de limitación de la capacidad que se hallaban en tramitación a la entrada en vigor de la norma. Igualmente, esta aplicación inmediata implica la abrogación de las declaraciones de incapacitación o de limitación de la capacidad que venían de decisiones previas, así como el no reconocimiento de la tutela, ni siquiera en su forma de autotutela, como figuras de apoyo idónea para ser establecida con posterioridad al 3 de septiembre de 2021.

Sin embargo, con todo el respeto que nos merece el criterio del Tribunal Supremo, pensamos que en estas decisiones no solo se abstienen de llevar a sus últimas consecuencias los dictados de la nueva regulación, sino que incluso en algunos puntos se apartan de ella, tanto de los principios que la informan, como de las reglas que actúan como paradigma de tales principios. Tal sucede, en especial, cuando la STS de 8 de septiembre de 2021 interpreta que la normativa reformada permite imponer una medida de apoyo de manera coercitiva a quien no la desea y así lo manifiesta de forma clara y reiterada. Ninguno de los argumentos utilizados por el Tribunal para mantener su postura, entre los que destacan los recursos a la anosognosia y a la tutela al interés o beneficio de la persona con discapacidad, que subyace en todo el razonamiento, nos parecen compartibles; más bien al contrario, estamos convencidas de que lo que respeta el espíritu y las reglas del texto convencional y de su interpretación autorizada es justamente lo contrario: que el apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica es un derecho de las personas con discapacidad, pero nunca puede ser una carga o una imposición. Por lo tanto, se debe admitir el derecho a rechazar el apoyo o a renunciar al que ya se tiene, como corolario efectivo de principio de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad que la reforma eleva a la categoría de columna vertebral del sistema.

Tampoco nos terminan de convencer las sentencias de 19 de octubre y 2 de noviembre, que si bien respetan escrupulosamente

la voluntad de la persona con discapacidad que ha dispuesto sus propias medidas de apoyo en forma de autotutela (que ahora pasa a ser autocuratela), en lo que respecta a las personas que desea que cumplan esa función, deciden, no obstante, abstenerse de cualquier pronunciamiento en torno a las facultades concretas de ese autocurador en su labor de apoyo. Nuestra opinión es que tal decisión no se ajusta al principio de tipificación de los actos para los que se requiere la asistencia o, en el caso excepcional, representación, del curador, y que habría de integrar si en la medida voluntaria establecida en su día no se especificaban tales facultades; además, al no entrar en el ámbito de actuación de quien presta el apoyo, la sentencia está probablemente condenada a una probable revisión o complemento, con lo que la decisión tampoco resulta coherente con el principio de eficiencia y economía procesal.

Por último, nos parece de interés destacar que en las tres sentencias comentadas el Tribunal Supremo se detiene a explicar la importancia principal que con arreglo a la nueva ley y de acuerdo con lo previsto en el artículo 12 de la CDPD, cobra la atención a la voluntad de la persona como principio rector de la reforma, adoptando un tono pedagógico destinado a exponer el valor de este principio en el nuevo sistema que resulta muy esclarecedor. Creemos que, si bien no es función de los tribunales hacer labor didáctica sobre el contenido de las normas que aplican, tiene cierto sentido y utilidad que tal cometido se afronte en esta primera etapa de aplicación la LRDPD, toda vez que, por el radical cambio que implica, se trata de una reforma que requiere ser explicada para que pueda ser bien comprendida.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *TRATADO DE GERIATRÍA PARA RESIDENTES*. MADRID, 2007.

DE SALAS MURILLO, Sofía: «Significado jurídico del “apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica” de las personas con discapacidad: presente tras diez años de Convención», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, (5), Cizur Menor, 2018, pp. 1-32.

DE SALAS MURILLO, Sofía: «¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 780, Madrid, 2020, pp. 2227-2268.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo: «Problemas del consentimiento informado “por representación”», *Cuadernos de la Fundación Grifols i Lucas*, (22), Barcelona, 2010, pp. 36-95.

ELÓSEGUI SOTOS, Aurora: «El internamiento forzoso ordinario», *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad*, La Rioja, 2005, pp. 76-80.

- FÁBREGAS TROCHE, Sandra: «Desafíos para la Bioética al comunicar información de salud. Contextos, consumidores e iniciativas de empoderamiento». En AA.VV., *Bioética: conflictos y dilemas*, Buenos Aires, 2018, pp. 115-126.
- GARCÍA ORTEGA, Cesáreo, COZAR MURILLO, Victoria y ALMENARA BARRIOS, José: «La autonomía del paciente y los derechos en materia de información y documentación clínica en el contexto de la Ley 41/2002», *Revista Española de Salud Pública*, 78 (4), Madrid, 2004, pp. 469-479.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio», *Revista de Derecho Civil. Registradores y Notarios* (en línea), 3 (3), Madrid, 2018, pp. 29-60.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial, en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», *Revista de Derecho Civil. Registradores y Notarios*, V(3), Madrid, 2018, pp. 173-197.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad», *SEPIN, Familia y Sucesiones* (136), Madrid, 2021, pp. 45-62.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «La capacidad para contratar de las personas con discapacidad». En AAVV, *130 años del Código Civil español*. (Pendiente de publicación).
- GARCÍA RUBIO, María Paz y TORRES COSTAS, María Eugenia: «Comentario al artículo 249 CC». En AA.VV., *Comentarios a la ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, Madrid, 2022 Thomson Reuters-Civitas.
- GARCÍA RUBIO, María Paz y VARELA CASTRO, Ignacio: «Comentario al artículo 1304 CC». En AAVV, *Comentarios a la Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, Madrid: Thomson Reuters-Civitas, 2022 (pendiente de publicación).
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «La necesaria y urgente adaptación del Código Civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, LVIII (Separata), Madrid, 2017, pp. 145-191.
- GARRIDO GARCÍA, Antonio: «Vacunación Obligatoria Covid de Mayores con Discapacidad Cognitiva. Comentario al auto 43/2021 del Juzgado número 2 de Santiago de Compostela del día 09/01/2021», *Centro de Estudios de Consumo*, Toledo, 2021, pp. 1-4.
- JULVE HERNÁNDEZ, María del Mar: *La protección jurídico-civil de la persona que sufre enfermedad mental: El internamiento urgente no voluntario*, Castellón de la Plana, Castellón, 2017.
- KENNEDY, Ian, & GRUBB, Andrew: *Medical Law*, Londres, 2000.
- LACRUZ BERDEJO, José Luís: *Elementos de Derecho Civil I Parte General* (Vol. I), Barcelona, 1974.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos: «Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote». En S. De Salas Murillo, M. Mayor del Hoyo, & T. I. Blanch ISBN (Ed.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de Discapacidad*. Valencia, 2019, pp. 253-270.

- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos: «La observación general primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?». En Dir. Cerdeira Bravo de Mansilla y García Mayo, *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Madrid, 2021.
- PAU, Antonio: «De la Incapacitación al apoyo: El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil», *Revista de Derecho Civil. Registradores y Notarios* V (3), Madrid, 2018, pp. 5-28.
- RAMOS POZÓN, Sergio: «Una visión más realista sobre la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Acta Bioética*, 23(1), Santiago de Chile, 2017, pp. 119-128.
- SÁNCHEZ-VENTURA MORER, Inés: «Reflexión acerca de una posible compatibilidad entre los mecanismos sustitutivos de la capacidad de obrar y el Art.12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad». En G. Álvarez Ramírez, & E. Alcaín Martínez, *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De los derechos a los hechos*. Valencia, 2015, pp. 585-596.
- SANJOAQUÍN ROMERO, Ana Cristina, FERNÁNDEZ ARIN, Elena, MESA LAMPRE, María Pilar y GARCÍA-ARILLA CALVO, Ernesto: «Valoración geriátrica integral». En AA.VV., *Tratado de Geriatria para residentes*, Madrid, 2007, pp. 59-68.
- SANTOS URBANEJA, Fernando: *Sistema de apoyo jurídico a las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 8 de junio*, Madrid, 2021.
- TORRES COSTAS, María Eugenia: «La vacunación contra el Covid-19 de personas mayores residentes en centros de mayores: ¿Derecho o imposición? El consentimiento informado por representación. Primeras resoluciones judiciales», *Diario La Ley* (9789), Madrid, 2021.
- TORRES COSTAS, María Eugenia: *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, (B. O. Estado, Ed.) Madrid, 2020.
- TRIGAS FERRÍN, María, FERREIRA GONZÁLEZ, Lucía y MEIJE MÍGUEZ, Héctor: «Escalas de valoración funcional en el anciano», *Galicia Clínica. Sociedade Galega de Medicina Interna*, 72(1), A Coruña, 2011, pp.11-16.

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Quinta de 9 de noviembre de 2001 (ROJ: STS 8722/2001 – ECLI:ES:TS:2001:8722). Ponente, Agustín Corrales Elizondo.
- Sentencia del Tribunal Supremo n.º 282/2009, de 29 de abril de 2009 (ROJ: STS 2362/2009 - ECLI:ES:TS:2009:2362). Ponente, María Encarnación Roca Trías.
- Sentencia del Tribunal Supremo n.º 487/2014, de 30 de septiembre de 2014 (ROJ: STS 3908/2014 – ECLI:ES:TS:2014:3908). Ponente, José Luíís Calvo Cabello
- Sentencia del Tribunal Supremo n.º 635/2015, de 19 de noviembre 2015 (ROJ: 4711/2015 – ECLI: ES: TS: 2015:4711).
- Sentencia del Tribunal Supremo n.º 298/2017, de 16 de mayo de 2017 (ROJ:STS 1901/2017 – ECLI:ES:TS:2017:1901). Ponente, María de los Ángeles Parra Lucán.

- Sentencia del Tribunal Supremo n.º 403/2018, de 27 de junio de 2018 (ROJ: STS 2493/2018 - ECLI: TS: 2018/2493). Ponente, José Antonio Seijas Quintana.
- Sentencia del Tribunal Supremo n.º 1263/2018, de 17 de julio de 2018. (ROJ: STS 2747/2018-ECLI:ES:TS: 2018:2747).
- Sentencia del Tribunal Supremo n.º 465/2019, de 17 de septiembre de 2019, (ROJ STS 2820/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2820). Ponente, José Luis Seoane Spiegelberg.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 6 de mayo de 2021, n.º 269/2021, de 6 de mayo de 2021, (ROJ: STS 1894/2021-ECLI:ES:TS:2021:1894). Ponente, José Luis Seoane Spiegelberg.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, n.º 589/2021, de 8 de septiembre de 2021 (ROJ: STS 3276/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3276). Ponente, Ignacio Sancho Gargallo.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, n.º 706/2021, de 19 de octubre de 2021 (ROJ: STS 3770/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3770). Ponente, José Luis Seoane Spiegelberg.
- Sentencia del Tribunal Supremo n.º 734/2021, de 2 de noviembre de 2021 (ROJ: STS 4003/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4003). Ponente, José Luis Seoane Spiegelberg.
- Auto del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2019 (ROJ: ATS 13611/2019). Ponente, Francisco Marín Castán.

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ** (Catedrático de Derecho civil. Universidad Carlos III de Madrid)

Colaboran: **Cristina ARGELICH COMELLES** (Profesora ayudante doctora de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO** (Catedrático de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO** (Profesor titular de Derecho mercantil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Gabriel GARCÍA CANTERO** (Catedrático emérito de Derecho civil. Universidad de Zaragoza), **Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ** (Profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Sebastián LÓPEZ MAZA** (Profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Jose María MARTÍN FABA** (Profesor ayudante de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Carlos ORTEGA MELIÁN** (Profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Ricardo PAZOS CASTRO** (Profesor ayudante doctor de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN** (Profesora ayudante doctora de Derecho civil. Universidad de Burgos), **Antonio Ismael RUIZ ARRANZ** (Investigador predoctoral FPU. Universidad Autónoma de Madrid), **Francisco SANTANA NAVARRO** (Profesor asociado de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria).

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho mercantil*.–III. *Derecho Procesal*.

DERECHO CIVIL

DERECHO DE LA PERSONA

1. Derecho a la propia imagen. Intromisión ilegítima. Publicación de la fotografía de la actora en un reportaje de televisión después de que se hubiera acordado el cese de la difusión de dicha imagen.-Actora y demandada llegaron a un acuerdo para no difundir la imagen objeto de litigio, como resulta del contenido del contrato transaccional suscrito con fecha 30 de octubre de 2014. En estos casos, el consentimiento es relevante y las partes manifestaron expresamente su voluntad concorde de que la difusión de la imagen de la actora a través de su fotografía no se llevara a efecto, a cambio de lo cual la demandante desistía de un procedimiento judicial, promovido al amparo de la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación.

El núcleo de tal derecho fundamental abarca «determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de su titular que puede tener difusión pública» y «su ámbito de protección comprende, en esencia, la facultad de poder impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta o difunde», y, por lo tanto, comprende «la defensa frente a los usos no consentidos de la representación pública de la persona que no encuentren amparo en ningún otro derecho fundamental» (por todas, SSTC 23/2010, de 27 de abril; 12/2012, de 30 de enero; 19/2014, de 10 de febrero y 25/2019, de 25 de febrero).

Tal derecho abarca sendos aspectos, que conforman su contenido. Uno positivo, derivado de la facultad personalísima de su titular de difundir o autorizar la difusión de la propia imagen; y otro negativo, de impedir que la misma sea captada o reproducida sin su expreso consentimiento.

Inexistencia de lesión al derecho al honor: noticia veraz de indiscutible interés general sin utilización de términos vejatorios.-Una cosa es la lesión del derecho fundamental de la actora a su propia imagen, que fue vulnerado, al no proceder la demandada a retirar su fotografía en los términos convenidos; y otra bien distinta, la afectación de su derecho al honor que, en este caso, no consideramos lesionado, en cuanto la noticia difundida sobre su persona era veraz, se encontraba contrastada, tenía un indiscutible interés general, sin que se utilizasen tampoco términos vejatorios contra su persona constitutivos de injustificados excesos verbales que la difamasen, con lo que debe prevalecer el derecho fundamental de la libertad de información sobre el derecho al honor, al darse para ello los elementos de ponderación reconocidos por la jurisprudencia (SSTS 76/2020, de 4 de febrero; 252/2020, de 3 de junio; 478/2020, de 21 de septiembre y 491/2020, de 28 de septiembre, entre otras muchas).

Indemnización de daños y perjuicios. Presunción del perjuicio con la acreditación de la intromisión ilegítima. Cuantificación: facultad de los tribunales de instancia.-Dada la presunción *iuris et de iure*, esto es, la existencia de un perjuicio indemnizable (SSTS de 5 de junio de 2014 y 21 de junio de 2018), el hecho de que la valoración del daño moral no pueda obtenerse de una prueba objetiva no excusa ni imposibilita legalmente a los tribunales para fijar su cuantificación, para la cual ha de tenerse en cuenta y pon-

derar las circunstancias concurrentes en cada caso (SSTS 964/2000, de 19 de octubre, y 12/2014, de 22 de enero).

Es jurisprudencia pacífica sintetizada en las SSTS 719/2018, de 19 de diciembre, y 474/2020, de 21 de septiembre, que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones en este tipo de procedimientos es competencia de los tribunales de instancia, cuya decisión ha de respetarse en casación, salvo que no se hubiera atendido a los criterios legales que establece el artículo 9.3 Ley Orgánica 1/1982 o en caso de error notorio, arbitrariedad o notoria desproporción.

Procede revisar la indemnización al no estimarse la lesión del derecho al honor.-Al no considerarse vulnerado el derecho al honor de la demandante es preciso revisar la indemnización acordada por mor de tan trascendente circunstancia, contemplada expresamente en el artículo 9.3 LO 1/1982, que se refiere a la gravedad de la lesión efectivamente producida, por todo lo cual, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, fijamos la indemnización en la suma de 15.000 euros.

La publicación del fallo de la sentencia ex artículo 9.2 a) LO 1/1982 de 5 de mayo: Finalidad. No procede que la publicación se realice con la simple expresión de las iniciales del nombre y apellidos del demandante.-Nos hallamos ante una medida cuya finalidad consiste en reponer a la actora en su derecho fundamental lesionado, a los efectos compensar los perjuicios ocasionados con su infracción, siendo ésta la razón teleológica que justifica el mandato normativo del artículo 9.2 a) LO 1/1982, precisamente en función del mismo la sentencia de la Audiencia no estimó que se hiciese constar el nombre y apellidos del letrado de la demandante, como tampoco tiene sentido la publicación del fallo de la sentencia con la simple expresión de las iniciales del nombre y apellido de la demandante, puesto que nada conduce a reponerla en su derecho, al quedar con ello preservada su identidad. (**STS de 14 de diciembre de 2020**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.-Una cadena de televisión emite un programa de investigación periodística sobre una supuesta estafa, investigada por la policía, en la que aparece la foto del demandante como integrante de una banda delictiva. El perjudicado, después de instar, sin conseguirlo, la retirada de la fotografía ejerció judicialmente el derecho de rectificación. Sin embargo, antes de la celebración del juicio de rectificación las partes acordaron que el canal de televisión se obligaba a retirar su fotografía, comprometiéndose también a que la misma no volvería a ser emitida. A cambio, el perjudicado desistió del procedimiento de rectificación con reserva de acciones. El canal de TV no respetó lo convenido, volviendo a difundir la imagen en el reportaje de investigación. Llegado a este punto, el perjudicado presenta demanda de protección del derecho al honor y a la propia imagen solicitando que se prohibiese continuar con la emisión de dicha fotografía y una indemnización por los daños ocasionados, así como a emitir el fallo de la sentencia, indicando las iniciales de la demandante, y, en todo caso, el nombre y apellidos de su abogado como representante. El juzgado desestimó la demanda. La audiencia estima en parte el recurso de apelación. El Tribunal Supremo da lugar en parte al recurso de casación, al mantener la existencia de la lesión

del derecho a la propia imagen, pero entiende que no hay intromisión ilegítima, lo que determina una rebaja de la indemnización fijada a 15.000 euros. (C.O.M.)

2. Protección *post mortem* de los derechos de la personalidad.-La legitimación para el ejercicio de la acción de protección de los derechos de la personalidad de una persona fallecida puede recaer en una pluralidad de sujetos. En estos casos, a la hora de aplicar la doctrina de los actos propios para ponderar los derechos de la personalidad y la libertad de expresión, los actos propios que delimitan el concepto de la protección civil de estos derechos son, además de los del finado cuando vivía, los de las personas legitimadas para el ejercicio de la acción de protección civil del honor y la intimidad del difunto.

La pluralidad de legitimados para el ejercicio de la acción de protección implica que pueda haber entre ellos una disparidad de criterios. Ello puede dar lugar incluso a que la acción pueda ejercerse entre sí cuando uno entienda que otro del grupo de legitimados por la ley ha lesionado la memoria de la persona fallecida.

Con todo, si la ley reconoce la legitimación para la defensa de la memoria de una persona fallecida a determinados familiares es también exigible una conducta clara y tajante a quien actúa como guardián de la memoria del causante, conducta que no deje lugar a dudas sobre su reacción frente al insulto al recuerdo del difunto. Ello se debe a que, con la muerte de las personas, su reputación se transforma en gran medida, vinculándose sobre todo a la memoria o el recuerdo por parte de sus allegados, y su contenido y la intensidad de su protección no son los mismos que en el caso de las personas vivas. De ahí la relevancia del comportamiento observado por quien ejercita la acción invocando los derechos de la personalidad de una persona fallecida. (STS de 21 de diciembre de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.-Ana interpone demanda en defensa del derecho del honor e intimidad personal y familiar de su madre fallecida, Ángela, contra una productora de televisión, una difusora de contenidos, varios colaboradores de televisión y los directores de varios programas de televisión donde se emitieron unas declaraciones sobre su madre. En estos programas intervino Francisca, hija de Ángela y hermana de Ana. Hasta la primera intervención de Francisca, la vida de Ángela nunca había sido objeto de comentarios en los medios de comunicación.

Ana solicita una indemnización por daños y perjuicios de 1.638.000 euros. La demanda es desestimada.

Ana recurre en apelación. El recurso es desestimado.

Ana interpone recurso de casación, fundamentado en una vulneración de la doctrina jurisprudencial de los actos propios y en no haberse respetado los límites doctrinales y jurisprudenciales en la ponderación entre los derechos al honor e intimidad personal y familiar, y a la imagen y la libertad de expresión. El recurso es desestimado, dado que resulta inverosímil que Ana no tuviera conocimiento de la participación activa de su hermana en una serie de programas de crónica social que se sucedieron en el tiempo y en los que, en un contexto consciente y voluntariamente polémico, se fue-

ron intensificando las críticas a la madre, sin que Ana reaccionara en modo alguno manifestando su oposición. (T.R.C.)

3. Derecho al honor. Colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión del abogado en el ejercicio del derecho de defensa. Doctrina jurisprudencial: la libertad de expresión del abogado ampara las afirmaciones realizadas con la finalidad de defender los derechos e intereses de sus clientes siempre que no contengan expresiones ofensivas desconectadas con la función de defensa.-El juicio de ponderación del tribunal sentenciador desde la perspectiva de los límites del derecho de defensa del abogado, ha fijado como doctrina (SSTS 243/2018, de 24 de abril, 340/2020, de 23 de junio, y 455/2020, de 23 de julio, entre otras) que, aunque no se trate de un derecho ilimitado, el contenido de la libertad de expresión de los letrados ante los tribunales es especialmente resistente e inmune a restricciones en su ejercicio fuera de la prohibición de utilizar términos insultantes, vejatorios o descalificaciones gratuitas ajenas a la materia sobre la que se proyecta la defensa, y que la libertad de expresión del abogado en el desempeño de sus funciones de asistencia técnica posee una singular cualificación al estar ligada estrechamente a la efectividad de los derechos de defensa, y debe valorarse en el marco en el que se ejerce y atendiendo a su funcionalidad para el logro de las finalidades que justifican su régimen, razones por las que ha de ser amparada cuando en el marco de la misma se efectúan afirmaciones y juicios instrumentalmente ordenados a la argumentación necesaria para conseguir la debida tutela en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, y no ha de serlo cuando se utilizan –y menos aún con reiteración– expresiones ofensivas desconectadas de la defensa de su cliente (STS 381/2020, de 30 de junio).

Las decisiones sobre existencia o inexistencia de intromisión ilegítima en el honor responden a las circunstancias concurrentes en cada caso.-Las decisiones sobre intromisión ilegítima en el honor responden las circunstancias concurrentes en cada caso. Así, la sentencia 6/2014, de 17 de enero, apreció intromisión ilegítima en el honor porque se vertieron imputaciones delictivas carentes de veracidad y, además, los demandados, después de presentar su queja contra el demandante ante el colegio profesional, la facilitaron a un periodista para su difusión en un medio de comunicación local.

En esa misma línea, la STS 447/2015, de 3 de septiembre, también apreció la existencia de intromisión ilegítima en el honor ponderando que las expresiones enjuiciadas no tenían nada que ver con el recto ejercicio del legítimo derecho de defensa ni podían ser consideradas como conducentes a la satisfacción del mismo, por tratarse más bien de expresiones «inadecuadas e innecesarias siendo constitutivas de un desahogo inadmisibles en el seno de cualquier proceso, por lo que no encuentran justificación funcional alguna». También, la STS 381/2020, de 23 de junio, ha declarado la existencia de intromisión ilegítima en el honor al apreciar «ofensas gratuitas», y no afirmaciones y juicios instrumentalmente ordenados a la argumentación necesaria para obtener la debida tutela en el ejercicio de sus derechos e intereses.

Por otro lado, la STS 243/2018 entendió que no cabía apreciar la existencia de intromisión ilegítima por el notorio enfrentamiento que ya existía entre las partes, la veracidad esencial de los hechos atribuidos y la escasa difusión del escrito de queja, así como porque «el derecho de defensa permite explicar las apreciaciones personales de alto grado subjetivista relacionadas con los hechos que se denuncian y puede justificar que se informara de una conducta

que, aun sin directa relación con la que motivó la queja, contribuía a reforzar sus argumentos. **(STS de 15 de diciembre de 2020;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.- En un juicio de reclamación de honorarios de abogados, el letrado defensor de la demandada, por indicación de su cliente, contesta a la reclamación en los siguientes términos: «A lo largo de estos años y, a consecuencia de varias actuaciones llevadas a cabo por el abogado que reclama los honorarios, de las que tuvo conocimiento el esposo de mi mandante, tales como no presentarse él mismo a los juicios señalados, no realizar de manera personal los escritos necesarios, o dejar incluso que se le pasen los plazos procesales en asuntos de importancia, fue conecedor de que todas estas actuaciones se producían debido a que el letrado, ahora demandante, no estaba colegiado como ejerciente y por ello, no podía y no debía nunca de haberse personado en nombre de ningún asociado ni en nombre de la compareciente, ni de su esposo. Es más, tal y como más tarde se pudo conocer, el citado letrado se ha encontrado durante todos estos años dado de alta como demandante de empleo y además cobrando una prestación por ello».

Junto con dicho escrito se adjuntó la queja, y una ampliación de esta, presentada por la demandada y por su esposo ante la Comisión Deontológica del ICAM contra el letrado de la parte actora, donde podía observarse que desde el año 2010 seguía inscrito como demandante de empleo y que por lo tanto se encontraba en esa misma situación cuando asumió la defensa de la demandada.

Posteriormente, el abogado que inició la reclamación presentó contra el letrado defensor en aquel procedimiento una demanda por vulneración del derecho al honor por las manifestaciones contenidas en el escrito de impugnación de los honorarios al que anteriormente hemos hecho referencia. En primera y segunda instancia no prosperó la demanda al considerar que las manifestaciones se referían a la actividad profesional del letrado que reclamaba sus honorarios. El Tribunal Supremo desestimó la casación. (C.O.M.)

4. Intromisión ilegítima en el derecho al honor.-A juicio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de conformidad con el interés general y la relevancia pública de la información vertida en el libro «Fariña», el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información prevalecen sobre el derecho al honor por la veracidad de la información, considerando los errores o imprecisiones circunstanciales no afectas a la esencia de lo transmitido. **(STS de 25 de enero de 2021;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.-En la nota a pie de la página 234 del libro «Fariña», escrito por el Sr. Conrado y publicado en septiembre de 2015 por la editorial *Libros del KO* se afirma: «Según contó años después “o Pitorro” entregó los 300 kilos que se habían salvado a “tres fulanos que no eran gallegos”. Metieron la carga en un coche y se largaron de allí». «El coche, tal y como descubriría la investigación años

después, estaba a nombre de Bernabe, alcalde de O Grove, afiliado al PP (otro más) y procesado en 2001 por un alijo de dos toneladas de cocaína». Y en la página 242, párrafo segundo, se dice: «Aquel junio de 1991, Orbaiz Picos se ofreció al Cartel de Cali para traer 2000 kilos de cocaína, lo hizo a través de Bernabe, alcalde de O Grove por AP en 1983 y 1991 (este último año ganó con mayoría absoluta, después de haber sido acusado de narcotráfico, aunque duró dos días en el cargo), quien aceptó la propuesta y se puso en contacto con Obdulio “o Carallán”, al que ya conocemos de su época como colaborador de “Sito Miñanco”. Diez años más tarde, en 2001, Garzón los procesó a todos». El Sr. Rosendo, en diversas entrevistas divulgadas en prensa y radio, se refirió al Sr. Bernabe diciendo que había sido condenado por narcotráfico, que era narcotraficante (Diario.es, «Ya veremos» emitido por la cadena M80, Programa de Radio 3 de Salome, Onda Cero Galicia, Presentación de *Fariña* en la librería Cronopios de Pontevedra, «Coordenadas» de Radio 3, Onda Cero y programa Julia en la Onda).

El Sr. Bernabe interpuso demanda contra el Sr. Conrado y la editorial Libros del KO, y el juzgado desestimó íntegramente la demanda. Posteriormente, tras la interposición del recurso de apelación, la Audiencia Provincial también desestimó sus pretensiones por la veracidad de la información.

NOTA.-El Tribunal Supremo, según constante doctrina jurisprudencial (recordada, recientemente por las SSTs 635/2020, de 25 de noviembre, 359/2020, de 24 de junio, y 273/2019, de 21 de mayo, determina: «[P]ara que no se revierta en el caso concreto la preeminencia de la que gozan en abstracto las libertades de expresión e información sobre el derecho al honor es preciso que concurren dos presupuestos comunes a aquellas, consistentes en el interés general o relevancia pública de la información comunicada o de la opinión expresada, sea por la materia, por razón de las personas o por las dos cosas, y en la necesaria proporcionalidad en la difusión de las opiniones o de las informaciones, pues se proscriben el empleo de expresiones manifiestamente injuriosas, vejatorias, que no guarden relación o que no resulten necesarias para transmitir la idea crítica o la noticia, y en cuanto a la libertad de información, además y en todo caso, que la transmitida sea esencialmente veraz, entendiéndose la veracidad “como el resultado de una razonable diligencia por parte del informador a la hora de contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales y ajustándose a las circunstancias del caso, aunque la información con el transcurso del tiempo pueda ser desmentida o no resultar confirmada, faltando esa diligencia cuando se transmiten como hechos verdaderos simples rumores carentes de constatación o meras invenciones”» (STS 456/2018, de 18 de julio, citada por la STS 102/2019, de 18 de febrero). Es constante y conocida la doctrina de que la libertad de expresión tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información porque no comprende como ésta la comunicación de hechos objetivos susceptibles de contraste, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo. (C. A. C.)

5. Derecho al honor y a la intimidad: Intromisión ilegítima. Procedencia de la publicación de la sentencia.-La idoneidad de la publicación de la sentencia aparece preordenada (SSTS de 10 de julio y 31 de octubre de 2014). Corresponde a la víctima de la intromisión ilegítima en los derechos fundamentales la petición de que se proceda a la difusión de la sentencia (STS de 16 de febrero de 1999), y el órgano jurisdiccional ante el que se formula la petición debe atender a las circunstancias concretas de cada caso (STS de 29 de abril de 2009) y habrá de valorar si la difusión de la sentencia es ajustada a la proporcionalidad del daño causado (SSTS de 30 de noviembre de 1999 y 16 de octubre de 2009, entre otras).

La publicación de la sentencia solo es procedente para reparar la vulneración al derecho al honor.-Cuando lo vulnerado es el derecho a la intimidad, no procede dicha publicación, puesto que la misma no supondría una reparación de la vulneración ilegítima de tal derecho fundamental, sino, por el contrario, una agravación de sus consecuencias.

Publicación parcial de la sentencia: el encabezamiento y el fallo.-La atención a las circunstancias concretas de cada caso ha llevado a afirmar que basta, por lo general, con la publicación del encabezamiento y del fallo, especialmente si se trata de publicaciones impresas (SSTS de 25 de febrero y 9 de julio de 2009), que la publicación íntegra de la sentencia puede ser innecesaria y excesiva si supera aquella finalidad reparadora del derecho lesionado (SSTS de 30 de noviembre de 1999 y 16 de octubre de 2009) y, en la STS de 22 de mayo de 2015 se dice, que una vez satisfechos los daños morales en términos indemnizatorios, se cubre su satisfacción en sede de publicidad con el encabezamiento y parte dispositiva de la sentencia, pues sería desproporcionada por su extensión la íntegra publicación de ella (véase STS de 10 de octubre de 2016).

Fijación de la cuantía del daño moral en este tipo de procedimientos.-Constituye doctrina jurisprudencial que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por daño moral en este tipo de procedimientos es competencia del tribunal de instancia (SSTS 666/2014, de 27 de noviembre, 457/2015, de 23 de julio y 573/2015, de 19 de octubre), cuya decisión al respecto ha de respetarse en casación salvo que no se hubiera atendido a los criterios que establece el artículo 9.3 LO 1/1982 (SSTS 435/2014, de 17 de julio, 70/2014, de 24 de febrero y 28 de mayo de 2014) (véase la STS 386/2016, de 7 de junio). **(STS de 15 de diciembre de 2020;** ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.-José Francisco publicó en digital y papel en el diario El Mundo Baleares un artículo titulado *Salvadores de almas*, con este contenido:

«Los ciudadanos de Palma tenemos la negra con nuestro consistorio. Desde José Enrique, todo ha sido un Vía Crucis. Como guinda final tras Los Hombres de Rodri nos llega la miscelánea tripartita, que si en algo está cohesionada es en un intransigente deje redentor..... Hoy le toca recibir a Carlos Manuel, antiguo discípulo, cuando cursábamos EGB en los años 80. Hasta ahora no le había echado el guante en estas disecciones creo que por mala conciencia. Ya de muy niño se veía a la legua que, cómo decirlo, las mujeres no eran precisamente la debilidad de Carlos Manuel. Todavía me acuerdo de lo mal que lo pasaba el pobre en las clases de deporte con el ‘marine’ Marino. La crueldad infantil

es infame, y me da vergüenza reconocer que no me abstuve de las burlas que recibía entonces Carlos Manuel. Espero que algún día me lo perdone.

Pero todo esto no puede evitar una semana más que no me refiera de una vez a su llamativa gestión en el área de Movilidad. No sé si se estará vengando de sus excompañeros de clase, puteando el tráfico rodado en los barrios donde algunos de estos residen o qué...».

Carlos Manuel demandó a José Francisco al considerar que el mencionado artículo de prensa constituía una intromisión ilegítima en sus derechos a la intimidad y al honor, por lo que pidió que se le condenara a abstenerse en lo sucesivo a realizar intromisiones ilegítimas en su intimidad personal, familiar y en su derecho al honor; a publicar a su costa la sentencia en el mismo diario en edición digital y escrita, y a indemnizarle en 12.000 euros.

El juzgado estimó la demanda, si bien redujo la indemnización a 5.000 euros. El actor apeló la sentencia de primera instancia y la audiencia no acogió el recurso. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación en parte al acordar que la publicación de la sentencia de primera instancia, a costa del demandado, se limitase al encabezamiento y al fallo. (*I. D.-L.*)

6. Ponderación entre la libertad de información y el derecho al honor y la intimidad por la publicación de sentencias en los medios de comunicación.-Para que en un determinado caso pueda mantenerse la preeminencia de la que goza en abstracto la libertad de información, es preciso: 1) que la información comunicada sea veraz; 2) que venga referida a un asunto de interés general o relevancia pública; 3) que en su exposición pública no se usen expresiones inequívocamente injuriosas o vejatorias.

En cuanto a la publicidad de las sentencias y su relación con el honor y la intimidad, se ha señalado que los principios de ponderación y proporcionalidad pueden llevar a la conclusión de que otros derechos fundamentales o bienes con protección constitucional deben tener prevalencia sobre la publicidad de las resoluciones judiciales, especialmente cuando ésta pueda afectar al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda, así como, con carácter general, para evitar que las sentencias puedan ser usadas con fines contrarios a las leyes. Esa ponderación exige tomar en consideración la forma en que la publicación se ha producido, teniendo en cuenta si se trata de una comunicación neutral del contenido de la sentencia o si se añaden o restan elementos que sean susceptibles de desvirtuar el conocimiento objeto de lo resuelto por el tribunal para convertir la publicación del fallo en un procedimiento apto para menoscabar el honor de la persona afectada. Además, es necesario ponderar, en atención a las circunstancias concurrentes, el interés legítimo de quien comunica una resolución judicial. En el caso particular de sentencias penales, cuando la naturaleza del delito es de extraordinaria importancia y trascendencia social, justifica no solo el interés público especial de la información, sino incluso el que se expresen los datos de identidad de los detenidos, en lugar de las simples letras iniciales de su nombre y apellidos. Por otra parte, no se vulnera el derecho a la presunción de inocencia cuando los reportajes se limitan a dar

cuenta de los hechos y la detención. (STS de 25 de enero de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.-El caso versa sobre el conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor y la intimidad por la difusión del contenido de una sentencia penal condenatoria por delito de maltrato familiar y detención ilegal en la edición en papel y en formato digital de un diario. El demandante es el condenado penalmente. Se indicaban datos personales que le hacían identificable, así como otros datos que atentaban a su intimidad. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, declarando la prevalencia general de la libertad de información en los asuntos que sean de interés por las materias a que se refieren, cuando se limitan a contribuir a la formación de la opinión pública, siempre que la transmisión de la noticia o información no sobrepase el fin informativo que se pretende, dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado, y siempre que la información transmitida sea veraz, basada en una comprobación razonable por parte del periodista. Consideró que era aplicable la doctrina del reportaje neutral porque el periodista se limitó a narrar literalmente, con total y absoluta imparcialidad, la sentencia escrita, y en su artículo no agregaba nada injurioso o desconsiderado hacia el actor, ni emitía ningún juicio de valor sobre la misma.

El demandante recurrió esa sentencia en apelación, recurso que fue desestimado por la Audiencia Provincial, concluyendo que se cumplían los requisitos constitucionalmente exigibles para estar ante un reportaje neutral. Además, apuntó que el hecho de que la sentencia no fuese firme, no impide su realidad temporal ni la veracidad de la noticia relacionada con la misma. Por tanto, no hay vulneración del derecho al honor del recurrente.

El demandante también interpone recurso de casación por la infracción del artículo 18.1 CE, reproduciendo las alegaciones señaladas en primera y segunda instancia. El Alto Tribunal lo desestima, señalando que no hay intromisión en el honor ni en la intimidad por el hecho de divulgar parte de la sentencia, con la identidad del demandante incluida, pues se trata de un delito de gran relevancia social, sin que se encuentre el recurrente en alguno de los casos de personas que podrían requerir especial tutela. Según el Tribunal Supremo, es indudable el interés público de la información sobre la condena penal por maltrato en el ámbito familiar, dada la lacra social de la violencia de género, y, aunque el demandante no ejerza cargo público o político ni profesión de notoriedad pública, es su relación con el suceso noticiable lo que origina su proyección pública. Puesto que se trata de la información que difunde y reproduce el contenido de la sentencia penal, a los pocos días de su publicación, sobre un tema de trascendencia y sensibilización pública, sin añadir comentarios o valoraciones que desvirtuaran el conocimiento objetivo de lo resuelto por el tribunal, prevalece la libertad de información.

NOTA.-El Tribunal Supremo ha generado una vasta jurisprudencia sobre el conflicto entre el derecho a la información y el derecho al honor y la intimidad. Sobre la exigencia de veracidad, *vid.* SSTs de 20 de mayo y 1 de junio de 2016, 17 de enero de

2017, 27 de enero, 2 de febrero, 6 de julio y 8 de noviembre de 2017, 6 de junio de 2018, 19 de septiembre y 27 de junio de 2019 y 29 de mayo de 2020. Respecto al caso particular sobre la publicidad de las sentencias y los derechos al honor y a la intimidad, *vid.* SSTS de 10 de noviembre de 2016, 20 de julio de 2011, 13 de septiembre de 2010, 12 de febrero de 2009, 22 y 2 de diciembre de 2008, 24 y 16 de octubre de 2008, 28 de diciembre, 8 de julio y 28 de junio de 2004, 31 y 28 de julio de 1995 y 18 de marzo de 1992. El TC también se ha pronunciado sobre este aspecto: SSTS 127/2003, 57/2004 y 114/2006, entre otras. (*S.L.M.*)

7. Capacidad. Procedimiento judicial de modificación. Valoración de la prueba. Finalidad: obtener la efectiva protección de la persona con discapacidad mediante los apoyos necesarios.-La prueba en los procedimientos de modificación de la capacidad está sujeta a unas reglas especiales, recogidas en la LEC, que deben necesariamente interpretarse a la luz de los principios de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. El juicio de incapacidad no puede concebirse como un conflicto de intereses privados contrapuestos, a semejanza de lo que sucede generalmente en los procesos civiles, sino como el cauce adecuado para lograr la finalidad perseguida, que es la real y efectiva protección de la persona con discapacidad mediante el apoyo que pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica (SSTS de 1 de julio de 2014, 13 de mayo y 20 de octubre de 2015 y 8 de noviembre de 2017). La sentencia vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva al no tomar en consideración los razonados y completos informes del perito judicial, en los que se ponía de manifiesto, de forma incontrovertida, la necesidad de la demandada de contar con la ayuda de terceras personas para las cuestiones complejas como consecuencia de sus dificultades de comprensión, de las alteraciones de comportamiento y del trastorno de la personalidad que padece. Razón por la cual la decisión judicial no se representó correctamente la situación y las necesidades de apoyo y ayuda que precisaba la interesada.

Interpretación de las normas sobre incapacitación de acuerdo con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006. Adopción de un modelo de apoyos como medio de respetar los derechos de las personas con discapacidad.- La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que forma parte de nuestro ordenamiento desde el 3 de mayo de 2008, opta por un modelo de «apoyos» para configurar el sistema dirigido a hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad. Se trata de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente. Para ello debe asegurarse que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona. Desde esta perspectiva debe interpretarse lo dispuesto en el Código civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil. En consecuencia, la extensión y los límites a la capacidad y el consiguiente régimen de tutela o guarda que se constituya deben fijarse atendiendo en exclusiva a lo que sea adecuado y necesario para

el ejercicio de los derechos de la persona, atendiendo a sus concretas y particulares circunstancias.

Adopción de medidas que impidan los abusos por parte de terceras personas, en atención a las circunstancias de la persona con discapacidad. Curatela.-Las circunstancias de la demandada, que permiten dimensionar los riesgos de abuso, están relacionadas tanto con la importancia de su patrimonio como con su carácter y la falta de conciencia de sus déficits y del riesgo de abusos, que la exponen a la explotación económica por personas malintencionadas y le llevan a idear planes de futuro que pueden comprometer su salud y su vida. Lo relevante cuando se trata de prestar apoyos en el caso de autos es impedir que sea objeto de una explotación que la lleve a tomar decisiones sin contar con la debida información y comprensión para formar su verdadera voluntad, pues en caso contrario es su propia dignidad la que se ve comprometida. Con este fin, el apoyo más adecuado que ofrece el sistema vigente es la curatela.

Conservación de las facultades de administración de la persona sometida a curatela. Asistencia de la curadora solo para los actos que excedan de los límites marcados judicialmente. Disposición de efectivo para uso personal.-No se trata privar a la demandada de la facultad de tomar las decisiones de gestión de su patrimonio, sino de establecer las medidas necesarias para que sea ella, y no terceros malintencionados o simples aprovechados, quienes conformen indebidamente sus decisiones abusando de su vulnerabilidad. Ello comporta que la iniciativa para realizar los mencionados actos de administración y disposición de su patrimonio le corresponde a ella, y que será ella quien deberá prestar el consentimiento para su realización, si bien no por sí sola, sino con asistencia de su curadora. Por ello, no procede que sea la curadora quien fije la cantidad que puede manejar mensualmente la persona en situación de discapacidad. Puesto que su patrimonio lo permite y está habituada a un nivel de vida elevado tiene derecho a poder seguir decidiendo en qué quiere gastar su dinero, aun cuando para otras personas pueda considerarse que son gastos superfluos o innecesarios. (STS de 3 de diciembre de 2020; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.-Las hijas de L. interpusieron en 2015 demanda solicitando la incapacitación parcial de su madre, nacida en 1942, y su nombramiento como tutoras mancomunadas. La mujer, de alto nivel económico, presentaba, desde hacía tiempo, enfermedades de consideración tanto en el plano físico (diabetes, obesidad, diálisis semanales) como en el mental (una demencia que le causaba un profundo trastorno de la personalidad, con marcada tendencia a la labilidad y a una generosidad de tipo patológico que le colocaban en una posición de extrema vulnerabilidad frente a influencias indebidas). De estos padecimientos se habían estado aprovechando varias personas para obtener numerosas y elevadas transmisiones de bienes y dinero del patrimonio de L., poniendo en riesgo no solo su caudal sino, en ocasiones, también su propia salud. El Juzgado estimó la demanda, limitó la capacidad de L. y nombró a su hija C. curadora con funciones de diverso contenido tanto en el ámbito patrimonial como en el personal, a la vista de las enfermedades y padecimientos que sufría su madre y que le impedían regir y administrar adecuadamente su persona y bienes. La Audiencia Provincial de Madrid, al considerar que la demandada solo presentaba

alteraciones cognitivas leves, estimó parcialmente la apelación de L. y limitó la intervención de la curadora exclusivamente a los actos de liberalidad y de generosidad que pudiera llevar a cabo su madre y que excediesen de la normalidad, así como a la toma de decisiones relativas a los cuidados personales y médicos derivados de sus enfermedades. Las hijas interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, con el apoyo del Ministerio Fiscal. El Tribunal Supremo acogió ambas impugnaciones.

NOTA.-Esta Sentencia, pese a dictarse bajo el antiguo régimen normativo de la capacidad de obrar, aplica directamente las ideas y principios que ha traído consigo la nueva legislación en la materia, anticipándose así a la propia Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. En este sentido, prescindiendo del sistema de incapacitación y de eliminación jurídica de las facultades de autogobierno de la persona con discapacidad, propia del sistema civil hasta entonces, reconoce a quienes se encuentran en tal situación el pleno goce de sus derechos y la posibilidad de ejercitarlos atendiendo a sus concretas circunstancias. Esta orientación supone la aplicación directa, y no solo como criterio interpretativo, de las reglas y medidas contenidas en la Convención de Nueva York de 2006, sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que se incorporó al ordenamiento español en 2008. Como decimos, la Ley 8/2021 ha puesto fin a una normativa civil negadora de la capacidad, y que no se coheretaba con los postulados y principios derivados de un modelo más respetuoso no solo con los derechos sino también con la dignidad de las personas con discapacidad. (L.A.G.D.)

8. Registro civil y adquisición por nacimiento de la nacionalidad española.-A juicio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, compete al Ministerio de Justicia y a la jurisdicción contencioso-administrativa la concesión y fiscalización de la nacionalidad española por residencia, ante la improcedencia de la adquisición por nacimiento de una persona nacida en el Sáhara, porque no formaba parte de España a los efectos de la nacionalidad originaria. (STS de 25 de enero de 2021; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.-Luis María, nacido en el año 1972, en Villa Cisneros (Sahara), solicitó el reconocimiento de la nacionalidad española con valor de simple presunción con base en el artículo 17.1 c) CC, que establece son españoles de origen «los nacidos en España de padres extranjeros si ambos carecieran de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad», aportando documentación en la que figuraba, entre otros documentos, una denuncia, de 15 de mayo de 2009, de extravío del pasaporte argelino, así como inscripción de nacionalidad española de su hermano con valor de simple presunción.

Previo informe desfavorable del Ministerio Fiscal, se dictó auto de fecha 13 de noviembre de 2009, por la Encargada del Registro Civil de San Sebastián, por el que se denegó la nacionalidad espa-

ñola instada por el demandante. Contra dicha resolución se recurrió ante la Dirección General de Registros y del Notariado, que dictó resolución de 17 de julio de 2014, por la cual se desestimó el recurso presentado por el actor.

Con fecha 8 de junio de 2017, Luis María presentó demanda de juicio ordinario contra dicha resolución, cuyo conocimiento, por turno de reparto, correspondió al Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Donostia-San Sebastián, alegando la vulneración de lo dispuesto en el artículo 17 CC, pretensión que fue igualmente desestimada al entender dicho órgano jurisdiccional que Sahara no podía ser reputado como territorio nacional para considerar que el actor había nacido en España, como exige el artículo 17 CC, sin que tampoco se demostrase la concurrencia del supuesto de hecho del artículo 18 CC, igualmente invocado en la demanda.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación, en el que se alegó la infracción del artículo 17 CC. Su conocimiento correspondió a la sección segunda de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, que dictó sentencia 107/2018, de 9 de marzo, en la cual, con revocación de la dictada por el Juzgado, concedió la nacionalidad española al demandante, al amparo del artículo 22.2 a) y 3 CC, relativo a la concesión de la nacionalidad española por residencia de un año para los que hayan nacido en territorio español, y contar el actor con una residencia legal durante tal periodo de tiempo, continuada e inmediatamente anterior a la petición formulada. En su fundamentación jurídica, la Audiencia Provincial consideró que no concurría el supuesto del artículo 17.1 c) CC, puesto que el Sahara, si bien era territorio español, no era territorio nacional, a los efectos de considerar al actor nacido en España, con cita de la STS (Sala 3ª) de 7 de noviembre de 1999. No obstante, lo cual, se entendió procedía declarar la nacionalidad española por la vía del precitado artículo 22 CC, sin que ello supusiese incurrir en incongruencia por respetarse la causa petendi y corresponder al tribunal la aplicación del derecho (art. 218.1 LEC).

NOTA.-El Tribunal Supremo sienta doctrina jurisprudencial en este pronunciamiento con base en el Auto 16/2020, de 8 de octubre, de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, regulada en el artículo 42 LOPJ: «el conocimiento de asuntos de nacionalidad por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa se circunscribe a la establecida en el artículo 22.5 CC que prescribe que “la concesión o denegación de la nacionalidad por residencia deja a salvo la vía judicial contencioso-administrativa” (redacción debida a la reforma operada por la Ley 18/1990, de 17 de diciembre), de conformidad con la previsión del artículo 2. f) LJCA que atribuye a la misma el conocimiento de las materias no contempladas en la propia Ley que le sean atribuidas expresamente por otra ley», mientras que los otros supuestos corresponderían a la jurisdicción civil. La recurrente se vio posibilitada de cuestionar la falta de jurisdicción de los tribunales de instancia para conocer de la concesión de nacionalidad por residencia legal en España, mediante el planteamiento de una declinatoria por falta de jurisdicción (art. 63 LEC), con base en el artículo 37.1 LEC, al estimar que una petición de tal clase no corresponde resolverla a la jurisdicción

civil, sino a la Administración competente, esto es al Ministerio de Justicia. (C. A. C.)

9. Derecho de asociación. Participación en partido político. Interpretación conjunta de los artículos 6 y 22 CE.-Los partidos políticos son asociaciones que caen dentro del ámbito del artículo 22 CE y están «cualificadas por la relevancia constitucional de sus funciones y estas se cifran en la expresión organizada del pluralismo político con el fin de asegurar la mejor correspondencia entre la voluntad de los ciudadanos y la voluntad general expresada en la ley» (STC 138/2012, de 20 de junio). Razón por la cual «los arts. 6 y 22 CE deben interpretarse conjunta y sistemáticamente, sin separaciones artificiosas y, en consecuencia, debe reconocerse que el principio de organización y funcionamiento interno democrático y los derechos que de él derivan integran el contenido del derecho de asociación cuando este opera sobre la variante asociativa de los partidos políticos» (STC 226/2016, de 22 de diciembre).

Vinculación directa entre las funciones de los partidos políticos y su estructura y funcionamiento interno democráticos. Derecho de participación de los afiliados en los órganos internos del partido. Rango constitucional y no meramente estatutario.-Existe una conexión directa entre las funciones jurídico-públicas de los partidos políticos y la exigencia de que su estructura interna y su funcionamiento deban ser democráticos, lo que se plasma en la exigencia de que los partidos rijan su organización y su funcionamiento internos mediante reglas que permitan la participación de los afiliados en la gestión y control de los órganos de gobierno y mediante el reconocimiento de unos derechos y atribuciones a los afiliados en orden a conseguir esa participación en la formación de la voluntad del partido. Lo que se traduce en un derecho o un conjunto de derechos subjetivos y de facultades atribuidos a los afiliados respecto o frente al propio partido, tendentes a asegurar su participación en la toma de las decisiones y en el control del funcionamiento interno de los mismos (STC 56/1995, de 6 de marzo). Por ello, las normas estatutarias que regulan un aspecto básico de la participación del afiliado en el funcionamiento del partido, como es la periodicidad con que ha de celebrarse la asamblea general, constituyen claramente un desarrollo estatutario de una de las principales facetas del derecho de participación del afiliado en el funcionamiento del partido político, que enlaza con la exigencia de organización interna y funcionamiento democráticos. Esta exigencia no se cumpliría si la asamblea general que permite la participación de los afiliados en la adopción de las decisiones más importantes del partido no se reuniera periódicamente. Por tanto, los derechos que para el afiliado se derivan de estas normas estatutarias que regulan la celebración del congreso nacional del partido no tienen un rango exclusivamente estatutario, sino también iusfundamental, por lo que tienen relevancia constitucional y pueden ser amparados en el proceso especial de protección de los derechos fundamentales previsto en el artículo 53.2 CE.

Incumplimiento de las normas estatutarias sobre periodicidad de celebración de los congresos. Valoración de la gravedad. Vulneración del derecho fundamental de asociación.-La celebración de los congresos nacionales del partido en los términos previstos en los estatutos y, en concreto, con la periodicidad prevista en ellos, no es irrelevante para la

efectividad del derecho del afiliado a la participación en la vida del partido. Tal derecho de participación puede verse gravemente obstaculizado si la celebración de los congresos nacionales no tiene lugar con la periodicidad prevista. No es descartable que puedan existir, en cuanto a los plazos previstos en los estatutos para la celebración de la «asamblea general», incumplimientos estatutarios inocuos, por su escasa gravedad, pues pueden concurrir circunstancias extraordinarias que justifiquen un pequeño retraso respecto de la fecha estipulada. Pero un incumplimiento grave de la previsión estatutaria acerca de la periodicidad con que debe celebrarse, que suponga un serio retraso respecto de la fecha en que tuvo que llevarse a cabo, no es una simple infracción estatutaria o un «error en la interpretación de los estatutos», sin trascendencia constitucional, como se alega por el partido demandado y se admite por el Ministerio Fiscal, sino una vulneración del derecho fundamental de asociación del afiliado del partido político, en cuanto que obstaculiza seriamente su derecho de participación en el partido político derivado de la exigencia de funcionamiento y organización democráticos (art. 6 CE, LOPP y Partidos Políticos y los estatutos). (**STS de 11 de diciembre de 2020**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.-N., afiliado a un partido político de ámbito nacional, en enero y marzo de 2016 solicitó al órgano competente para ello la celebración del correspondiente congreso nacional, ya que el último había tenido lugar en febrero de 2012, habiendo transcurrido más de un año del plazo trienal previsto en los estatutos del mismo partido. Sin embargo, dichos requerimientos no fueron atendidos, por lo que, en abril de 2016, N. interpuso una demanda de protección fundamental de su derecho de asociación, para que se declarase la vulneración de su derecho en la vertiente del derecho de participación democrática y se le restableciera en el mismo mediante la convocatoria del correspondiente congreso. Sin embargo, el propio partido llevó a cabo el congreso nacional en febrero de 2017, por lo que la demanda se concretó exclusivamente a determinar si se había producido o no la denunciada violación del derecho fundamental del actor. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al considerar que, a la vista del tiempo transcurrido entre la fecha en que debió celebrarse y los requerimientos del afiliado, se apreciaba una conducta de tolerancia de dicha situación. Por su parte, la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso de apelación argumentando que la falta de convocatoria del congreso nacional no suponía una vulneración o desconocimiento del derecho de asociación del apelante, por cuanto la decisión al respecto no resultaba arbitraria o injustificada que ni estaba encaminada a privar del derecho de participación democrática a los afiliados, máxime teniendo en cuenta que, del propio tenor literal del precepto estatutario, no se desprende el carácter imperativo de la celebración del congreso. El Tribunal Supremo dio lugar a la casación y declaró que la no convocatoria del congreso en la fecha estatutariamente establecida vulneró el derecho de asociación del demandante, en su vertiente de derecho de participación democrática en el partido. (*L.A.G.D.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

10. Anulación de contrato de permuta financiera (*swap*) por error en el consentimiento: especiales deberes de información por el carácter complejo del producto financiero.-La comercialización de los contratos de *swap* requiere de unos especiales deberes de información por parte del banco, por lo que no resulta suficiente el contenido de la documentación contractual, ni el aviso genérico sobre la posibilidad de liquidaciones negativas contenido en el contrato y en el folleto explicativo. Se exige una actividad suplementaria del banco tendente a la explicación de la naturaleza del contrato, el modo en que se realizarán las liquidaciones, los riesgos concretos que asume el cliente asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés, y la posibilidad de un alto coste de cancelación anticipada (SSTS 689/2015, de 16 de diciembre; 31/2016, de 4 de febrero, 195/2016, de 29 de marzo y 727/2016, de 19 de diciembre). El coste de cancelación anticipada de los *swaps* constituye un elemento esencial del contrato y el déficit de información sobre él propicia un error excusable. La formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un *swap* es la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos (SSTS 579/2016, de 30 de septiembre; 549/2015, de 22 de octubre; 633/2015, de 19 de noviembre; 651/2015, de 20 de noviembre y 11/2017, de 13 de enero), por lo que, de no darse tales circunstancias, no pueden presumirse los conocimientos especializados exigibles en la contratación.

Falta de convalidación del error por la existencia de liquidaciones positivas o negativas para el cliente, o por la cancelación anticipada parcial del contrato. Inaplicación de la doctrina de los actos propios.-El error contractual no se convalida porque el cliente perciba liquidaciones positivas, abone las negativas, cancele anticipadamente el contrato, ni incluso encadene diversos contratos, ya que tales actos no son inequívocos de la voluntad tácita de confirmación del contrato. La aplicación de la doctrina de los actos propios requiere un pleno conocimiento de causa a la hora de fijar una situación jurídica con la que es incompatible un actuar posterior, conocimiento que no se da existiendo un error excusable e invalidante, por lo que la percepción de liquidaciones o el cumplimiento del contrato no constituyen actos que supongan indudable e inequívocamente la decisión de renunciar al ejercicio de la acción derivada del error (SSTS 691/2016, de 23 de noviembre y 243/2017, de 20 de abril). Tampoco convalidan el contrato las amortizaciones parciales del préstamo realizadas por los clientes que conllevaron la cancelación parcial del contrato de *swap* con su correspondiente coste, pues fueron realizadas en un estado de incompreensión sobre el funcionamiento del contrato por falta de información.

Cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de nulidad por error de los contratos de *swaps*: consumación del contrato (art. 1301 CC).-El plazo de ejercicio de la acción de nulidad por error se inicia con la consumación de la relación contractual que, en el caso de contratos de *swaps*, se produce en el momento de su extinción, por ser entonces cuando tiene lugar el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes y la efectiva producción de las consecuencias económicas de tales negocios. Ello obedece a que en estos contratos no existen prestaciones fijas, sino liquidaciones variables en función de la evolución de los tipos de interés, lo que los distingue de otros

contratos de tracto sucesivo como el arrendamiento (STS, de Pleno, 89/2018, de 19 de febrero, reiterada, entre otras, por SSTS 369/2019, de 27 de junio; 346/2019, de 21 de junio y 695/2018, de 11 de diciembre). (STS de 11 de diciembre de 2020; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.-En marzo de 2005, una profesora de un centro escolar y un psicopedagogo suscribieron un contrato de *swap* con una entidad bancaria por el importe nominal vivo del préstamo hipotecario a interés variable que habían firmado en 2004. La entidad bancaria no informó a los clientes del coste real que podía suponer una bajada del Euribor por debajo del tipo fijo de referencia, ni del coste de cancelación anticipada del *swap*. Los clientes soportaron liquidaciones negativas en 2009 al realizar una primera amortización anticipada del préstamo que conllevó la cancelación parcial del *swap*, y cumplieron con él hasta su vencimiento en 2013. La demanda, interpuesta en 2015, se fundamentó en que el *swap* se les ofreció como un contrato de seguro, en que su funcionamiento era muy complejo, y la entidad bancaria no les informó sobre su coste de cancelación ni que la amortización anticipada del principal del préstamo supondría una modificación del tipo de interés. La entidad bancaria opuso la caducidad de la acción ejercitada y la inexistencia de error, básicamente porque la información suministrada fue suficiente; porque las cláusulas de costes de cancelación no son esenciales y determinantes de un error, y porque los actores cumplieron el contrato durante su vigencia. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial acogió el recurso interpuesto por la entidad bancaria al considerar que el plazo de la acción debía computarse desde que los clientes pudieron comprender realmente el producto, lo que tuvo lugar en 2009, cuando realizaron la primera amortización anticipada del préstamo. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por los demandantes.

NOTA.-La sentencia extractada reitera la doctrina tradicional que recalca la distinción entre la consumación del contrato y su perfección, pues la primera se produce con la realización de todas las obligaciones contractuales (STS 569/2003, de 11 junio, que reproduce, entre otras, las SSTS de 11 de julio de 1984 y 27 de marzo de 1989). Como señalaba Manresa y Navarro, J. M^a. (1907), *Comentarios al Código civil español*, VIII, p. 775, la consumación permite apreciar en la realidad la índole e importancia de las cosas y obligaciones, y ver la diferencia de lo real y lo convenido. La sentencia anotada es continuación de la línea jurisprudencial de la STS, de Pleno, 89/2018, de 19 de febrero. Estimo loable el criterio de la sentencia extractada que, para determinar la consumación del *swap*, atiende a que en este contrato no se percibe en un momento único una prestación esencial, a diferencia de lo que ocurre con otros contratos de tracto sucesivo como el arrendamiento, que se consume cuando el arrendador cede el uso de la cosa al arrendatario, pues a partir de ahí nace su obligación de devolver al tiempo pactado. Al margen de la concreción temporal de la consumación, el artículo 1301 CC fue redactado en una época en que los contra-

tos eran de menor complejidad que los actuales, y podía conocerse el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Esto no sucede en los contratos bancarios, por lo que atendiendo a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicado aquel precepto (art. 3 CC) y al criterio de la *actio nata* (art. 1969 CC), el plazo de la acción no puede iniciarse antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia del error (STS, de Pleno, 769/2014, de 12 de enero de 2015). No obstante, antes de la STS, de Pleno, de 2018, las SSTS 153/2017, de 3 de marzo y 436/2017, de 12 de julio, computaron el plazo de la acción desde la primera liquidación negativa, pues se estimaba que ello permitía al cliente conocer el error padecido. Con todo, entiendo que hubiera otorgado mayor seguridad jurídica a esta problemática la frustrada modificación del artículo 1301 CC que contemplaba el *Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, y que antedía al momento que «el legitimado para anular el contrato hubiese conocido o debido conocer la causa de la anulabilidad» (BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 27-1, de 17/07/2020). Este mismo criterio se encuentra recogido en los PECL (art. 4:113), en la PMCCOC (art. 1304) y en la PCC (art. 527-12). (F.S.N.)

11. Nulidad del contrato de préstamo por usurario.-A juicio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, si la cuestión litigiosa, en este caso la nulidad total de un préstamo usurario, no se encuentra regulada por el Derecho de la Unión Europea, en este caso los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 97/13, el juez interno debe aplicar la norma nacional, en este caso el artículo 394.1 LEC. La doctrina jurisprudencial sobre la no aplicación de la excepción al principio del vencimiento en la imposición de costas, por razón de las serias dudas de Derecho, es aplicable cuando se ejercitan acciones basadas en la normativa sobre cláusulas abusivas, pero no cuando se ejercitan acciones basadas en la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios. (STS de 2 de febrero de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.-Laureano, interpuso demanda de juicio ordinario contra Liberbank S.A., solicitando la declaración de nulidad por usurario de un contrato de tarjeta Cajastur Mastercard Classic. El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda pues consideró que el carácter usurario del contrato de tarjeta de crédito solo concurrió a partir de la novación. A su vez, la Audiencia Provincial estimó su recurso y declaró el carácter usurario del contrato de tarjeta de crédito desde el momento mismo de su suscripción el 26 de octubre de 2009, y condenó a la entidad financiera a restituir al cliente «la cantidad que exceda del total del capital dispuesto, tomando en consideración el total de lo recibido por todos los conceptos al margen de dicho principal dispuesto y que haya sido abonado por el recurrente, con ocasión del citado contrato desde su inicial celebración», es decir, los efectos propios de retroactividad máxima derivada de la nulidad total del contrato. No hizo expresa

imposición de las costas de primera instancia, pese a la estimación plena de la demanda, por la concurrencia de serias dudas de derecho, conforme al artículo 394.1.º LEC.

NOTA.-En las SSTS (Pleno) 419/2017, de 4 de julio, y 472/2020, 17 de septiembre, así como en la posterior 510/2020, de 6 de septiembre, se ha declarado que la excepción a la regla general del vencimiento en la imposición de las costas de primera instancia que establece el artículo 394.1 LEC, basada en la existencia de serias dudas de derecho, no es aplicable en los litigios en que se ejercita una acción basada en la legislación que desarrolla la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos no negociados celebrados con consumidores. El principio de primacía del Derecho de la UE obliga a los jueces de los Estados miembros a inaplicar una norma de Derecho interno cuando la considere contraria al Derecho de la UE. Se trata de una exigencia derivada de los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE y del principio de efectividad del Derecho de la UE. Cuando la cuestión litigiosa no está regulada por el Derecho de la UE y, por consiguiente, no entra en juego el principio de primacía de este Derecho, el juez no puede dejar de aplicar ninguna norma legal nacional (en este caso, el art. 394.1 LEC). Solo puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad cuando considere que la norma legal de Derecho interno puede ser inconstitucional, pero en el presente caso no se plantean dudas de constitucionalidad. El recurso no contiene ningún argumento que explique por qué una acción basada exclusivamente en la denominada Ley Azcárate, se halla incluida en el ámbito del Derecho de la UE y, en concreto, en el de la Directiva 93/13/CEE. (C. A. C.)

12. Cláusulas abusivas. Pronunciamiento sobre costas. Reiteración de jurisprudencia.-La cuestión jurídica planteada, relativa a la imposición de las costas en los litigios sobre cláusulas abusivas en caso de estimación total de la demanda cuando se aprecian serias dudas de derecho, ya fue resuelta por el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de septiembre de 2020. Esta resolución siguió el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2020, *Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, (ECLI:EU:C:2020:578).

La regulación de las costas procesales en los litigios sobre cláusulas abusivas se rige por el principio de autonomía procesal de los Estados miembros. No obstante, la regulación nacional deberá respetar en todo caso los principios de equivalencia y efectividad. En el ámbito de las cláusulas abusivas, este último principio exige dar satisfacción a otros dos, a saber, el de no vinculación de los consumidores a las cláusulas abusivas, y el del efecto disuasorio del uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores.

El artículo 394.1 LEC dispone que «en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho». Pues bien, la excepción prevista en la segunda parte del precepto, aplicada en los litigios sobre cláusulas abusivas, haría que el consumidor tuviese que afrontar ínte-

gramente los gastos derivados de su defensa y representación, a pesar de haber vencido en el pleito. Como consecuencia de ello, no se restablecería la situación de hecho y de derecho que se habría dado si no hubiera existido la cláusula abusiva y, por tanto, el consumidor no quedaría indemne. Siendo este el resultado, los empresarios no se verían incentivados a no incluir cláusulas abusivas en los contratos con consumidores. Por todo ello, no debe aplicarse la excepción al principio del vencimiento en materia de costas cuando se trata de litigios sobre cláusulas abusivas en los que el consumidor ve estimada su demanda. (STS de 26 de enero de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.-El demandante solicitó la declaración de nulidad de una cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés pactado contenida en una escritura de préstamo hipotecario. El Juzgado de lo Mercantil declaró la nulidad pretendida, y condenó a la entidad prestamista al pago de las costas. La entidad bancaria presentó un recurso de apelación, que fue estimado únicamente en relación con la condena en costas, pronunciamiento que la Audiencia Provincial dejó sin efecto por considerar que existían dudas de derecho. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el demandante en primera instancia, revoca el pronunciamiento sobre las costas contenido en la sentencia de la Audiencia Provincial, y lo sustituye por el de la condena al banco demandado a su pago.

NOTA.-El pronunciamiento relevante de la STJUE *Caixa-bank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria* dice lo siguiente: «el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, así como el principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a un régimen que permite que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a raíz de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual por tener carácter abusivo, dado que tal régimen crea un obstáculo significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho, conferido por la Directiva 93/13, a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales». (R. P. C.)

13. Amplitud de la obligación de indemnización del vendedor derivada de la resolución del contrato por incumplimiento de sus obligaciones.- Una vez declarada la resolución de un contrato de compraventa por incumplimiento del vendedor, la obligación del vendedor de reembolsar al comprador los impuestos que este hubiera pagado como consecuencia de la tenencia del objeto del contrato comprende también la obligación de reembolso de todos los gastos en que el comprador hubiera incurrido como consecuencia de cualquier actuación relacionada con impuestos vinculados al objeto de la compraventa.

Un ejemplo de ello son las comisiones por avales exigidos para poder impugnar la liquidación del impuesto sobre bienes inmuebles (IBI).

Resulta indiferente si el importe del gasto satisfecho (comisiones por avales) es mayor o menor que la reducción de la cuota del impuesto que se

logró tras la impugnación. (STS de 18 de enero de 2021; ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.-La mercantil «El Sol» (compradora) obtiene una sentencia estimatoria de la resolución de la compraventa de una parcela por incumplimiento de la mercantil «La Luna» (vendedora) de la obligación de demoler un edificio ubicado en los terrenos vendidos. Tras la ejecución de esta sentencia, «El Sol» interpone nueva demanda de reclamación de gastos e indemnización de daños contra la mercantil «La Luna» por los gastos derivados de la resolución del contrato. Las cantidades que reclama la compradora en este nuevo procedimiento se corresponden, fundamentalmente, con los gastos desembolsados para la ejecución del proyecto urbanístico de las parcelas.

La demanda es parcialmente estimada, con fundamento en el artículo 1124 CC. Se condena a «La Luna» a pagar los daños que solo se materializaron en el momento en que la primera sentencia reconoció a la resolución del contrato efectos *ex tunc*. Además, los intereses de esta cantidad se devengan desde el 13 de junio de 2014, fecha de la sentencia que estimó la demanda de resolución.

Ambas partes recurren en apelación. El recurso del «El Sol» es desestimado; el de «La Luna» es parcialmente estimado, reduciendo la condena dineraria al considerar la Audiencia que los gastos de sucesión procesal no deben ser reembolsados.

«El Sol» interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El primero es desestimado; el segundo es parcialmente estimado. (T.R.C.)

14. Interpretación de los contratos.-Según el Tribunal Supremo, la interpretación de los contratos corresponde al tribunal de instancia y no puede ser revisada en casación en tanto no se demuestre su carácter arbitrario o irrazonable o la infracción de uno de los preceptos que debe ser tenido en cuenta en la interpretación de los contratos. Así, podría un recurso de casación donde se alegara la disconformidad con la interpretación o calificación realizada por el tribunal de instancia cuando esta exégesis contradice abiertamente el espíritu o la letra del texto interpretado.

El mutuo disenso.-En el mutuo disenso se persigue dejar sin efecto un contrato preexistente, pero no implica una atribución de culpa o dolo a una de las partes, sino la voluntad concurrente de ambas de no cumplir lo pactado, dejándolo sin efecto. Para ello, debe existir una voluntad común y la concurrencia de los tres elementos esenciales de todo contrato: consentimiento, objeto y causa. El mutuo disenso implica la extinción de las obligaciones futuras, pero las partes deberán afrontar los pagos por prestaciones efectuadas antes del mutuo disenso. Cabe apreciar, además, el mutuo disenso como causa de resolución contractual, cuando las partes ponen de manifiesto diferencias insalvables en la prosecución y ejecución del contrato, quebrándose así el deber de colaboración pactado para llevar a buen fin el contrato. Pese a no haber incumplimiento, puede proceder la resolución del contrato a instancia de una de las partes por conformidad de la otra, lo que determinaría, no la aplicación del artículo 1124 CC, sino la concurrencia de un mutuo disenso o ruptura contractual por retracción bilateral por *contrarius consensus*. Ahora

bien, apreciado el mutuo disenso no procede la indemnización por daños y perjuicios, pues el incumplimiento queda descartado. (STS de 13 de enero de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.-El 9 de junio de 2020, la mercantil D, como subcontratista, suscribió con M, como contratista, un contrato por el que se comprometía a realizar trabajos de perforación para la inserción de un oleoducto en una obra cuya propietaria era C. El 15 de agosto, tras haber instalado 1.310 metros de tubería, se quebró la barra de perforación, provocando que la tubería del oleoducto quedara perdida bajo el mar sin sujeción ni control alguno. D, con el consentimiento de M, intentó solucionar el problema, pero, transcurridas varias semanas, ante lo infructuoso de las labores de rescate, M contrató a una tercera empresa para terminar los trabajos, invitando a D a finalizar su relación contractual, algo que ésta aceptó.

D interpuso demanda por la que se ejercitaba acción de reclamación de cantidad, solicitando que se declarara la obligación de abono de la factura correspondiente a los trabajos realizados, derivados del contrato, así como los importes derivados de los trabajos de rescate de la perforadora y otros gastos. Alega, sustancialmente, que no se produjo resolución contractual, sino mutuo disenso y, por ello, habría aceptado su retirada, creyendo que su trabajo iba a ser pagado. M formuló demanda reconventional, solicitando una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. El Juez de Primera Instancia consideró que las obligaciones entre las partes derivadas del contrato suscrito se extinguieron por mutuo disenso, pero sin que éstas llegaran a un acuerdo sobre la liquidación de la relación. Entendió el Juez que el incumplimiento contractual que hace valer D debe quedar circunscrito a la actividad desplegada en la obra hasta el momento en que se entiende consumada la desvinculación entre las partes respecto el contrato y que habría quedado sin satisfacer por la contratista. De ahí que estimara parcialmente la demanda. Por otro lado, respecto a la pretensión de indemnización de daños y perjuicios ejercitada por M, consideró que no podía ser acogida al haberse producido un mutuo disenso y no quedar determinada la causa del siniestro.

M interpuso recurso de apelación y la actora impugnación parcial. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso y desestimó la impugnación, concluyendo que: a) el contrato suscrito entre las partes era un contrato puro de obra; b) D no cumplió con su obligación de entregar la obra terminada, lo que constituyó un incumplimiento esencial o sustancial del contrato; c) existe un supuesto de mutuo disenso. Ahora bien, la Audiencia hizo uso de la facultad moderadora y entendió que, con la cantidad que M recibió de la aseguradora por el siniestro, los daños reclamados estarían suficientemente compensados, por lo que precedía rechazar su recurso. En relación con D, consideró la Audiencia acreditado que M no encargó a la actora realizar algún trabajo adicional fuera de lo previsto en el contrato para recuperar el oleoducto, por lo que resulta improcedente reclamar conceptos por unos intentos de salvamento de la tubería que se ejecutaron a riesgo y ventura de la actora.

Las dos partes interpusieron recurso de casación. Entre otras alegaciones, destacan las que tienen que ver con los efectos del mutuo disenso. El Alto Tribunal concluye: 1) que se trata de un contrato de obra; 2) que se produjo un mutuo disenso que conllevó la resolución del contrato de obra; 3) que M debe pagar a D todas las cantidades pactadas que debía percibir antes del siniestro, correspondientes a las prestaciones ya efectuadas, sin que quepa aplicarles factor de moderación alguno, dado que no consta la causa del siniestro; 4) que no cabe el pago de los gastos efectuados en la recuperación de la tubería, reclamados por D, pues ésta se mantuvo en el lugar para recuperar la tubería a su riesgo y ventura; 5) que no puede atribuirse negligencia a la subcontratista por la pérdida de la tubería, pues el Juez de Primera Instancia declaró que no constaba la causa del siniestro, extremo no contradicho en la sentencia de apelación, por lo que no procede indemnización alguna por daños y perjuicios. De ahí que el Tribunal Supremo acabe estimando parcialmente el recurso de casación de D y desestimando el recurso de casación de M.

NOTA.-Sobre la interpretación de los contratos, véanse SSTs de 11 de noviembre de 2020, 19 de septiembre de 2018, 4 de abril de 2013, 27 de septiembre, 9 de mayo y 30 de marzo de 2007, 17 de noviembre y 21 de julio de 2006 y 3 de junio de 2003. Respecto al mutuo disenso, véanse SSTs de 17 de marzo de 2016, 23 de marzo y 16 de febrero de 2015, 26 de febrero de 2013, 7 de noviembre de 2012, 14 de diciembre de 2001 y 6 de octubre 2000. (S.L.M.)

15. Compraventa de vivienda en construcción: Aval bancario de pago anticipado: Ley de 1968.-Condenado en ambas instancias el Banco demandado como avalista colectivo, por aplicación de la Ley 57/1968, a pagar a la demandante, hoy recurrente, una parte del total de las cantidades reclamadas en concepto de anticipos más sus intereses legales, el objeto del presente recurso se reduce a determinar el concepto del devengo del interés legal, toda vez que la recurrente pide que se fije el día inicial en la respectiva fecha de entrega de las cantidades anticipadas, como acordó la sentencia de primera instancia, frente al criterio de la sentencia recurrida de fijarlo en la fecha de la interpelación judicial a la entidad avalista.

En lo que interesa, el tribunal sentenciador razona (fundamento de derecho cuarto) que si bien fijar el comienzo del devengo en la fecha de las respectivas entregas es conforme con la doctrina de esta Sala, sin embargo en este caso concreto concurrían circunstancias que impedían apreciar la mora en el Banco, pues constaba probado que la compraventa se había realizado el 14 de febrero de 2007 y que, desde entonces y hasta la fecha de interposición de la demanda (15 de diciembre de 2015), no se volvió a anticipar ninguna otra cantidad ni se formuló reclamación alguna contra el Banco, por lo que no podía considerarse que hubiera incurrido en mora «en el sentido que se indica en nuestro Código Civil, artículos 1101 y 1108».

El recurso de la demandante, por interés casacional, se articula formalmente en dos motivos pero se refiere únicamente a la cuestión del inicio del devengo del interés legal de las cantidades anticipadas por los compradores de viviendas en construcción, manteniendo (con el doble argumento de que no ha existido abuso de derecho por retraso desleal y de que son remunera-

torios) que se devenguen desde cada entrega a la promotora y pidiendo en consecuencia que case la sentencia recurrida y se confirme la de primera instancia. La parte recurrida personada no ha presentado escrito de oposición al recurso.

Limitada la discrepancia de la compradora-recurrente al comienzo del devengo del interés legal de las cantidades anticipadas que se le han reconocido en el presente litigio, como lo que pide es que se fije en la fecha de cada anticipo en vez de en la fecha de la reclamación judicial al Banco avalista, el recurso ha de ser estimado por ser patente que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia consolidada de esta Sala contenida, entre otras muchas, en las SSTS 452/2020, de 21 de julio, 177/2020, de 18 de mayo, 161/2020 de 10 de marzo y 66/2020 de 3 de febrero, con cita de la jurisprudencia anterior como la SSTS de pleno 353/2019, de 25 junio 2019, según la cual los intereses a que se refieren la Ley 57 (art. 3) y la DA 1ª LOE en su redacción aplicable al caso, se devengan desde la fecha de cada anticipo, dado que se trata de intereses remuneratorios y no moratorios (lo que contradice el razonamiento de la sentencia recurrida sobre la inexistencia de mora).

De esta doctrina se aparta la sentencia recurrida pues si en ella se condenó al avalista al pago de los intereses legales desde que fue requerido de pago fue porque al asumir la instancia se estimó la demanda y ésta no contenía una petición expresa de condena al pago de intereses desde cada anticipo, del mismo modo que otras sentencias de esta Sala no han acordado el devengo de intereses desde cada anticipo, bien por razones de congruencia con lo pedido en la demanda, o bien por conformidad de la parte demandante con lo acordado en su día en la instancia, nada de lo cual concurre en este caso, toda vez que desde un principio la demandante fijó el día inicial del devengo de los intereses reclamados en la fecha de cada entrega de las cantidades anticipadas.

En consecuencia, procede casar la sentencia recurrida, desestimar íntegramente el recurso de apelación del Banco demandado y confirmar la sentencia de primera instancia en su totalidad, incluido su pronunciamiento en materia de costas. Conforme al artículo 398.1 en relación con el artículo 394.1 LEC procede imponerlas al Banco apelante, ya que su recurso de apelación debió ser desestimado en su totalidad. Conforme a la DA 15ª LOPJ procede devolver a la parte recurrente el depósito constituido para recurrir en casación. **(STS de 21 de diciembre de 2020; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.-Doña Lina, el 15 diciembre 2015, demanda a la LA CAIXA (en puridad a CAIXABANK SA) y a la entidad aseguradora UAB DRAUDIMAS BTA solicitando sentencia con los siguientes pronunciamientos: 1.º) se declare la responsabilidad solidaria de CAIXABANK SA (antes, LA CAIXA) y UAB BTA DRAUDIMAS, dimanante de las pólizas de garantía suscritas con la mercantil TRAMPOLÍN HILLS GOLF RESORT SL, con el fin de garantizar la restitución de las aportaciones anticipadas por los actores al amparo de la Ley 57/68, siendo irrelevante al caso la inexistencia de documento aval individualizado o seguro nominativo, declarándose la eficacia de dichas pólizas como garantía solidaria de la devolución de las cantidades anticipadas por los actores, en los casos previstos en meritada norma. 2.º) Subsidiariamente, se declare la responsabilidad de ambas codemandadas por no haber cumpli-

do la obligación *in vigilando* impuesta por el artículo 1.2 *in fine* de la citada ley, al no haberse asegurado de que los anticipos depositados por los actores estaban debidamente garantizados, de modo que quedase asegurada su devolución en los casos previstos por la norma. 3.º) En consecuencia de cualquiera de los dos pronunciamientos declarativos, se declare la asimilación de los demandantes a la situación y condición jurídica que tendrían exactamente como beneficiarios y titulares de certificados de aval o seguro individual por el importe de sus correspondientes aportaciones anticipadas, condenando a ambas codemandadas solidariamente, a la restitución del principal anticipado más los intereses legales que se devenguen, desde la fecha de ingreso de cada anticipo, hasta la de efectivo pago, como previene la DA 1.ª LOE, fijándose el importe de los reintegros en 31.060 euros, en concepto de principal, más otros 11.848,31 euros, en concepto de intereses devengados desde la fecha de cada ingreso hasta el día de la interposición de la demanda, más los intereses legales que se sigan devengando desde la última fecha de cálculo de los intereses y hasta el día del efectivo reintegro de las aportaciones. 4.º) Se condene a las codemandadas al pago de las costas.

Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Valencia, dio lugar a las actuaciones núm. 2186/2015. El 2 de febrero de 2016 la actora desistió de la acción ejercitada frente a UAB BTA DRAUDIMAS, solicitando se dictase «decreto de sobreseimiento» respecto de la misma, lo que se acordó por decreto de 10 de marzo de 2016. CAIXABANK compareció planteando la excepción de falta de legitimación pasiva *ad causam*, oponiéndose también en cuanto al fondo y solicitando la íntegra desestimación de la demanda con imposición de costas a la demandante. La Magistrada-Juez dictó sentencia el 16 de septiembre de 2016 con el siguiente fallo: «Que, estimando en parte la demanda formulada por doña Lina contra CAIXABANK SA, debo condenar a la demandada a hacer pago a la actora de la suma de 25.060 euros que se incrementará con el pago de los intereses legales».

Interpuesto por CAIXABANK SA recurso de apelación, al que se opuso la demandante, la sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Valencia dictó sentencia de 29 de junio de 2016 con el siguiente fallo: «Primero: Estimar parcialmente el recurso de apelación formulado (...) en nombre y representación de CAIXABANK SA contra la sentencia núm. 322/2016, de 16 septiembre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Valencia. Segundo: Se revoca parcialmente la resolución recurrida en el sentido de: Estimar parcialmente la demanda formulada por doña Lina contra CAIXABANK SA. Imponer los intereses legales desde la fecha de la interpelación judicial. Y mantener el resto de los pronunciamientos del fallo. Tercero: No hacer declaración sobre el pago de las costas devengadas en segunda instancia».

Contra el fallo de segunda instancia la parte demandante-apelada interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por interés casacional en su modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de esta Sala, articulado en dos motivos: 1.º) Al amparo del motivo único contemplado por el artículo

477.1 LEC, invocando como elemento integrador del interés casacional la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial sobre abuso del derecho por retraso desleal en el ejercicio de la acción judicial, constante en las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. 2.º) El motivo único contemplado por el artículo 477.1 LEC, invocando como elemento integrador del interés casacional la oposición a la doctrina jurisprudencial, sobre naturaleza y devengo de intereses, constante en las ss. de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Por Auto de 25 de octubre de 2019 se acordó declarar desistida a la recurrente del recurso extraordinario por infracción procesal y por Auto de 19 de junio de 2019 se admitió el recurso de casación, respecto del cual la parte recurrida personada no ha presentado escrito de oposición al mismo.

NOTA.-Pueden consultarse con utilidad las observaciones críticas de Arantzazu Vicandi Martínez, «La repudiación de la herencia: Una visión de conjunto», en VVAA, *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, tomo II, Madrid, 2014, pp. 1201 ss., especialmente p. 1220. (G.G.C.)

16. Comienzo del devengo del interés legal en la restitución de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas al amparo de la Ley 57/1968, de 27 de julio.-La Sala Primera declara que los intereses legales a restituir junto con las cantidades anticipadas por el cesionario en caso de resolución del contrato por no iniciar o no terminar el cedente la construcción en los plazos convenidos en el contrato (arts. 2 y 3 Ley 57/1968, y DA 1ª LOE) se devengan desde la fecha de cada anticipo, dado que se trata de intereses remuneratorios y no moratorios. (**STS de 21 de diciembre de 2020**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.-El 25 de abril de 2015, Pelayo interpuso demanda contra Banco CEISS solicitando que se condenara a la entidad al pago de 59.093 euros, incluidos los intereses legales devengados, desde la fecha de la entrega de las respectivas cantidades hasta la fecha de la demanda, por incumplimiento de la Ley 57/1968. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. Frente a esta resolución, CEISS interpuso recurso de apelación que fue estimado parcialmente por la Audiencia Provincial, al entender que el inicio del cómputo del devengo de intereses no era la fecha del pago, sino la de la interpelación judicial. don Pelayo interpuso recurso de casación frente a la sentencia de la Audiencia. La Sala Primera casó la sentencia recurrida, pero asumió la instancia, dada la incongruencia de la sentencia dictada por el Juzgado. (A.I.R.A.)

17. Transacción. Cláusula suelo.-El documento privado objeto de enjuiciamiento contiene dos estipulaciones relevantes. En la primera se pacta que, a partir de la fecha de suscripción del referido documento privado, y para el resto del contrato de préstamo, el tipo de interés mínimo aplicable será el 3 %. En la segunda las partes ratifican la validez del préstamo originario y renuncian a ejercitar cualquier acción que traiga causa en su formalización y clausulado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha.

La primera, por sí sola, y al margen de la segunda, constituye una modificación o novación de la cláusula suelo. La segunda, en cuanto contiene una renuncia al ejercicio de acciones, tiene su causa en la reducción de la cláusula suelo, de forma que ambas constituyen los dos elementos esenciales de un negocio transaccional: el banco accede a reducir el suelo y el cliente, que en ese momento podía ejercitar la acción de nulidad de la originaria cláusula suelo, renuncia a su ejercicio.

Cláusula de novación. Control de transparencia.-Una cláusula potencialmente nula, como la cláusula suelo, puede ser modificada por las partes con posterioridad, pero si esta modificación no ha sido negociada individualmente, como es el caso, sino que la cláusula ha sido predispuesta por el empresario, debería cumplir con las exigencias de transparencia. Para cumplir con dichas exigencias debe situarse al consumidor en condiciones de comprender las consecuencias económicas que se derivan para él de tal cláusula. En particular, ha de partirse de las concretas circunstancias concurrentes. En primer lugar, destaca el contexto en el que se lleva a cabo la novación: unos meses después de dictarse la STS 241/2013, de 9 de mayo, que generó un conocimiento generalizado de la eventual nulidad de estas cláusulas suelo si no cumplían con el control de transparencia, y que el efecto de esta nulidad sería a partir de la fecha de dicha sentencia. En segundo lugar, la transcripción manuscrita en la que los prestatarios afirman ser conscientes y entender que el tipo de interés de sus préstamos nunca bajará del 3 % no es suficiente por sí sola para afirmar que el contrato fue negociado individualmente, pero sí puede contribuir, junto con otros elementos, a apreciar la transparencia. En tercer lugar, consta el conocimiento del consumidor de la evolución del índice de referencia y sus concretas consecuencias económicas. Por todo lo cual, se concluye que la cláusula de novación cumplía con las exigencias de transparencia.

Cláusula de renuncia.-En cuanto a la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones dentro de un acuerdo transaccional, se advierte que dicha renuncia va más allá de la controversia suscitada en torno a la cláusula suelo, ya que se refiere genéricamente a cualquier acción que traiga causa de su formalización y clausulado –del contrato de préstamo–, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha. Si la cláusula de renuncia se hubiera limitado a las acciones relativas a la validez de la cláusula suelo y a las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, en ese caso, podría ser tenida en consideración para analizar si la información suministrada resultaba suficiente, en atención a las circunstancias del caso, para comprender las consecuencias jurídicas de la renuncia. En la medida en que la cláusula de renuncia abarca a cuestiones ajenas a la controversia que subyace al pretendido acuerdo transaccional, no puede reconocerse su validez.

Nulidad parcial de la transacción.-En consecuencia, se aprecia la validez de la estipulación que modifica la originaria cláusula suelo y la nulidad de la cláusula de renuncia de acciones. Esta última cláusula se debe tener por no puesta y por ello ha de ser removida del contrato transaccional. Subsiste el resto del acuerdo, que, una vez suprimida la cláusula de renuncia de acciones, gira esencialmente en torno a la cláusula que reduce el suelo al 3 %. Esta modificación de la cláusula suelo opera únicamente a partir de la fecha del contrato privado, de 5 de noviembre de 2013. Por ello, se declara la nulidad de la cláusula suelo establecida en las escrituras de préstamo hipotecario de 18 de enero de 2008 y 16 de marzo de 2009, que se tienen por no puestas y en su consecuencia procede la restitución de las cantidades indebidamente

cobradas en aplicación de esas iniciales cláusulas suelo. (STS de 26 de enero de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.-El 18 de enero de 2008 y el 16 de marzo de 2009, dos personas físicas concertaron con un banco sendos préstamos hipotecarios para la compra de una vivienda. En cuanto a los intereses, se pactó un interés variable de Euribor más 0,9 % y más 1,40 %, con un suelo del 4,5 % y 4,25 % respectivamente. El 5 de noviembre de 2013, el banco concertó con ambos prestatarios dos contratos privados que modificaban los anteriores. En la estipulación primera de ambos documentos se incluyó la siguiente cláusula: «Con efecto desde la próxima cuota de préstamo pactada y para toda la vida del préstamo, el tipo mínimo aplicable de interés será el 3 %, en sustitución del convenido inicialmente. En consecuencia, si el tipo de interés aplicable en cada momento, calculado en la forma estipulada en la escritura de préstamo reseñada, fuera inferior al tipo mínimo del 3 %, ahora convenido, se aplicará de forma preferente este último». Y la estipulación tercera de ambos contratos es del siguiente tenor: «Las partes ratifican la validez y vigor del préstamo, consideran adecuadas sus condiciones y, en consecuencia, renuncian expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra que traiga causa de su formalización y clausulado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, cuya corrección reconocen». Estos documentos contienen la transcripción a mano por ambos prestatarios, junto con su firma, del siguiente texto: «Soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 3 % nominal anual».

Los prestatarios interpusieron una demanda en la que pidieron la nulidad, por falta de transparencia, de la cláusula suelo incluida en los dos contratos de préstamo hipotecario de 18 de enero de 2008 y 16 de marzo de 2009, así como su posterior rebaja al 3 % mediante documento privado. El juzgado de primera instancia estimó la demanda.

Recurrida en apelación por el banco la sentencia de primera instancia, la Audiencia Provincial desestimó el recurso. Frente a la sentencia de la Audiencia, el banco interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación. (*J. M.^a M. F.*)

18. Comunidad de bienes que desarrollan actividad mercantil y contrato de sociedad. Diferencia por sus fines y operatividad.-La jurisprudencia ha reconocido que a veces resulta dificultoso diferenciar entre las comunidades de bienes y el contrato de sociedad, precisando las características que distinguen una y otra figura jurídica, pues si bien son coincidentes en darse una situación de voluntades en unión, no lo son en cuanto a sus fines y operatividad. Así se precisó que las comunidades de bienes suponen la existencia de una propiedad en común y proindivisa, perteneciente a varias personas (art. 392 CC), lo que se traduce en su mantenimiento y simple aprovechamiento plural. En cambio, las sociedades [civiles], aparte de la existencia de un patrimonio comunitario, este se aporta al tráfico comercial ya que la voluntad societaria se orienta a este fin principal y directo para obtener

ganancias y lucros comunes, partibles y divisibles y, consecuentemente, lo mismo sucede con las pérdidas.

Diferencia por su diferente carácter estático y dinámico.-La jurisprudencia ha destacado el carácter estático y de mera utilización consorcial de los bienes, con finalidades de conservación, en las comunidades de bienes, frente al carácter dinámico y de explotación económica de los bienes en el caso de las sociedades: de este modo la sociedad, como situación dinámica, ordenaría su explotación con arreglo a una organización económica de sus medios (empresa), y con la finalidad preferente de lograr unas ganancias para partirlas entre sus partícipes. Por contra, la comunidad ordenaría su explotación, de forma estática, con arreglo a la mera utilización y aprovechamiento consorcial de los bienes, conforme a su función productiva y a la finalidad de conservación o mantenimiento de los mismos.

Diferencia por régimen jurídico aplicable.-Además, distingue entre el régimen aplicable a la titularidad de los bienes y a las relaciones entre los socios/comuneros en las *sociedades civiles internas*: el párrafo segundo del artículo 1669 CC dispone que las sociedades civiles internas, que describe su párrafo primero, *se regirán por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes*. Ahora bien, las palabras iniciales del artículo 392 CC, *A falta de contratos*, muestran que, *de las prescripciones de este título [De la comunidad de bienes, solo son directamente aplicables a las sociedades internas aquellas normas que estructuran la titularidad sobre el patrimonio o fondo común; y que las relaciones entre los socios/comuneros se regirán, en principio, por las normas del contrato de sociedad]*.

Diferencia por la mercantilidad de la actividad.-La jurisprudencia resalta como elemento determinante de la distinción, para calificar la naturaleza de la sociedad, la nota de la *mercantilidad* de la actividad que integra el objeto social, cuando no se cumplen las formalidades legales exigibles para su constitución, y ello con independencia de la denominación de *sociedad civil* que se pueda consignar en el pacto constitutivo, denominación que per se no altera aquella naturaleza. En este sentido, la jurisprudencia mantiene la tesis que distingue las sociedades civiles de las mercantiles (que no sean de capital, a las que son aplicables el principio de mercantilidad por la forma ex art. 2 LSC) atendiendo al criterio de la materia, el objeto social, o su finalidad, de manera que serán mercantiles las sociedades constituidas para la realización de actos de comercio (*ejercicio del comercio*), y civiles cuando no concorra tal circunstancia. Por ello, no cabe considerar civil a la sociedad cuando su dedicación es una actividad comercial.

Comunidades de bienes funcionales o empresariales. Notas caracterizadoras.-Recientemente, la jurisprudencia ha identificado las notas caracterizadoras de las denominadas comunidades *funcionales* o *empresariales*, que trascienden la mera copropiedad, actuando unificadamente en el tráfico, asimilando sus características a las propias de las sociedades irregulares de tipo colectivo; se trata de una comunidad de bienes –de las también denominadas doctrinalmente como *dinámicas* o *empresariales*– que presenta las siguientes notas: (i) origen convencional, formalizada en escritura pública; (ii) vinculada funcionalmente a la actividad empresarial de explotación de [...]); (iii) que presenta características propias de las sociedades irregulares [de tipo colectivo]; (iv) dotada de una organización estable, a través de un órgano de administración regulado en sus estatutos (con atribución de amplias facultades de gestión y representación) y financiero-contable (igualmente regulada en sus estatutos); (v) que actúa en el tráfico como cen-

tro de imputación de determinados derechos y obligaciones, entre ellos los de naturaleza tributaria, como; sujeto autónomo u obligado tributario (art. 35.2 LGT); (vi) además, ostenta legalmente la condición de empresario a efectos laborales (art. 1 del Estatuto de los Trabajadores); (vii) y por ello tiene legalmente reconocido algunos de los efectos propios de la personalidad jurídica; (viii) y entre estos efectos debe incluirse el del reconocimiento de su legitimación y capacidad procesal cuando la acción que ejercite (art. 6.1. LEC) o frente a la que se defienda (art. 6.2 LEC) esté vinculada a alguno de los derechos u obligaciones cuya titularidad ostente.

Solidaridad entre todos los socios.-Una vez reconducido el régimen jurídico aplicable a la Comunidad de bienes que desarrollan actividad mercantil al propio de las sociedades colectivas, como modalidad de sociedad mercantil personalista, resultan de aplicación las previsiones del artículo 127 CCO, conforme al cual, todos los socios que formen la compañía colectiva, sean o no gestores de la misma, estarán obligados personal y solidariamente, con todos sus bienes, a las resultas de las operaciones que se hagan a nombre y por cuenta de la compañía, bajo la firma de ésta y por persona autorizada para usarla.

Sociedad irregular. Existencia.-En cuanto a la existencia de la sociedad mercantil irregular es de tener en cuenta la doctrina jurisprudencial según la cual desde el momento que los contratantes se obligaron a poner en común determinados bienes con intención de obtener un lucro, ello denota la existencia de la sociedad de naturaleza mercantil, dada la naturaleza de las operaciones que la sociedad había de desarrollar, con lo que se viene a aplicar el criterio objetivo que la doctrina científica mayoritariamente contempla para llegar a establecer la naturaleza civil o mercantil de la sociedad.

Ausencia de inscripción en el Registro Mercantil.-El carácter irregular de la sociedad, por la falta de la inscripción en el Registro Mercantil (art. 39 LSC) no desnaturaliza tal carácter mercantil en las relaciones mediante entre los socios siempre que su objeto sea mercantil, remitiendo como legislación aplicable a tal tipo de sociedades a las de las colectivas.

Aplicación del régimen de las sociedades colectivas.-Este carácter de sociedad mercantil irregular y la remisión de su régimen jurídico al propio de las sociedades colectivas en sus relaciones externas, ya fue acogida por numerosas sentencias admitiendo la existencia de sociedad irregular mercantil concertada en documento privado y aun de forma verbal, siempre que su objeto sea mercantil, remitiendo como legislación aplicable a tal tipo de sociedades a las colectivas, con aplicación de la normativa específica del Código de Comercio, tal como establecen también las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado al decir que es insuficiente la voluntad de los socios de acogerse al régimen de la sociedad civil, pues las normas mercantiles aplicables son, muchas de ellas, de carácter imperativo por estar dictadas en interés de terceros o del tráfico.

Relaciones con terceros y pactos entre socios.-La jurisprudencia ha diferenciado el plano de las relaciones con terceros y el de los pactos entre los socios: la sociedad irregular con actividad mercantil ha de regirse por las normas de la sociedad colectiva respecto de terceros y por sus pactos entre los socios y en cuanto ha enfatizado que el carácter irregular de la sociedad no puede ser invocado por los socios para impedir el cumplimiento de las obligaciones contraídas, la responsabilidad de los socios en la sociedad colectiva se rige por la norma del artículo 127 del CCO, norma de derecho necesario que no puede excluirse. Ello comporta la responsabilidad de todos

los socios por las operaciones efectuadas por quien tenía no solo poder para administrar, sino legitimación general para contratar en nombre de la sociedad. (STS de 10 de diciembre de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.-Se constituyó una comunidad de bienes X por los hermanos I., don A1., J. L., A.2 y A.3. El contrato de constitución de esta titula *Constitución de comunidad de bienes*, mencionando que se trata de un *Contrato de sociedad civil que estará dedicada a la agricultura y ganadería y a la transformación de sus productos, así como la venta en general de productos alimenticios*. El demandante, H. tuvo relaciones comerciales, en concepto de proveedor, con la citada Comunidad de Bienes por lo que emitió diversas facturas, ante el impago de las mismas, H. promovió procedimiento monitorio en reclamación de dicha deuda contra la mencionada comunidad y los cinco hermanos. I. formuló oposición alegando falta de legitimación pasiva, así como que en la fecha a la que se refieren las relaciones mercantiles de las que surgió la deuda ya no formaba parte de la comunidad de bienes (por haber remitido previamente comunicación por burofax a sus hermanos en ese sentido). El demandante no solicitó ejecución frente al resto de los code demandados que no se opusieron en el procedimiento monitorio y, en su lugar, presentó demanda en juicio ordinario exclusivamente frente a I., que sí se había opuesto en aquel procedimiento. La parte demandante reclamaba la cuantía adeudada más los intereses legales desde la interposición de la demanda. El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Illescas desestimó la demanda, absolviendo al demandado de todos los pedimentos de la parte actora. Recurrida en apelación por la representación procesal de H., la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Toledo desestimó el recurso y confirmó la sentencia recurrida, imponiendo las costas procesales a la parte apelante. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N.D.L.)

19. Cláusula que impone al prestatario todos los gastos de constitución del préstamo hipotecario. Consecuencias de la nulidad.-La apreciación del carácter abusivo de la cláusula contractual que atribuye a los consumidores prestatarios el pago de todos los gastos generados por la operación crediticia, conlleva su inaplicación. Pero, cosa distinta es que, en cuanto a sus efectos, y dado que los gastos deberán ser abonados a terceros ajenos a los contratantes (funcionarios públicos sujetos a arancel, gestores, etc.), se determine cómo deben distribuirse tales gastos, no en función de la cláusula anulada, sino de las disposiciones legales aplicables supletoriamente. De tal forma que, una vez declarada nula y dejada sin efecto por abusiva la cláusula que atribuía todos los gastos al prestatario consumidor, el tribunal debía entrar a analizar a quién, con arreglo a las reglas legales y reglamentarias, correspondía satisfacer cada uno de los gastos cuestionados.

Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.-En lo que respecta a este impuesto, habrá que estar a las siguientes reglas: a) Respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el presta-

tario. b) En lo que respecta al pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta, será sujeto pasivo el prestatario. c) En cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas, habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas. Respecto de la matriz, corresponde el abono del impuesto al prestatario. Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite. d) Las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase están exentas en cuanto al gravamen gradual de la modalidad Actos Jurídicos Documentados que grava los documentos notariales. De acuerdo con esta doctrina, la declaración de nulidad de la cláusula relativa a los gastos no podía conllevar la atribución de todos los derivados del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados al banco prestamista pues, con las matizaciones examinadas, el principal sujeto pasivo obligado al pago de este tributo era el prestatario.

Gastos de notaría.-En cuanto a los gastos de notaría, la normativa notarial habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista. Pero como el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor -por la obtención del préstamo-, como el prestamista -por la garantía hipotecaria-, es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento. El mismo criterio resulta de aplicación a la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación. En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, como el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, a él le corresponde este gasto. Y por lo que respecta a las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario, deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés. De acuerdo con este criterio jurisprudencial, los gastos notariales generados por el otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario debían repartirse por mitad, razón por la cual el banco demandado solo podía ser condenado a reintegrar la mitad.

Gastos del Registro de la Propiedad.-Por lo que respecta a estos gastos, el arancel de los Registradores de la Propiedad los imputa directamente a aquel a cuyo favor se inscriba o anote el derecho. Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a este al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción del contrato de préstamo hipotecario.

Gastos de gestoría.-Ante la falta de una norma nacional aplicable en defecto de pacto que imponga al prestatario el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos, no cabe negar al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula que se ha declarado abusiva. (STS de 27 de enero de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.-El 27 de noviembre de 2014, una persona física concertó con un banco un préstamo con garantía hipotecaria. La cláusula quinta del contrato, bajo la rúbrica «Gastos a cargo de los prestatarios», disponía que serían de cargo de los prestatarios los

gastos ocasionados y pendientes de pago o bien producidos en el futuro, por los siguientes conceptos: «a) tasación del Inmueble hipotecado; b) aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca; c) impuestos de cualquier tipo y naturaleza originados por este contrato, sea quien fuere el sujeto pasivo del tributo; d) tramitación de la escritura ante el registro de la propiedad y la oficina liquidadora de impuestos». En cumplimiento de esta cláusula, el prestatario realizó los siguientes pagos: 609,19 euros de gastos notariales; 226,56 euros de gastos por la inscripción registral; 1.953,60 euros del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados; 296,53 euros por la tasación del inmueble; y 508,20 euros por gastos de gestoría. En total 3.594,03 euros.

El prestatario interpuso una demanda en la que pedía la declaración de nulidad de la cláusula de gastos, letras a), b), c) y d), y, en su consecuencia, que se condenara al banco demandado a devolver 3.594,03 euros. La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda.

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por el banco demandado. La Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia.

Frente a la sentencia de apelación, el banco interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación. (*J. M.ª M. F.*)

20. Préstamo hipotecario. Resolución por incumplimiento. Vencimiento anticipado.-Los presupuestos de la resolución del artículo 1124 CC y los del vencimiento anticipado del artículo 1129 CC no son idénticos, pero su aplicación conduce a consecuencias prácticas semejantes cuando se trata del incumplimiento por el prestatario de sus obligaciones.

En las obligaciones recíprocas, el artículo 1124 CC permite al perjudicado optar entre el cumplimiento y la resolución del contrato. La STS 432/2018, de 11 julio, sentó como doctrina que es posible resolver el contrato de préstamo cuando el prestatario incumple de manera grave o esencial la obligación de devolver el capital en ciertas cuotas o abonar los intereses remuneratorios pactados. A falta de una norma que concrete cuándo es resolutorio el incumplimiento del deudor por impago de las cuotas del préstamo, resultan ilustrativos y pueden servir como pauta orientativa los criterios fijados por el legislador en el artículo 24 LCCI.

Por otra parte, cuando se produce alguna de las circunstancias previstas en el artículo 1129 CC, el acreedor está facultado para exigir el cumplimiento íntegro de la obligación. El vencimiento anticipado no se produce de manera automática, pero basta con una comunicación extrajudicial del acreedor, que podrá después exigir judicialmente el pago del capital pendiente y las cuotas vencidas e impagadas si el deudor no cumple voluntariamente lo solicitado. Entre los supuestos que permiten al acreedor anticipar el vencimiento de la obligación se encuentra la insolvencia sobrevenida del deudor (art. 1129.1.º CC). El precepto no exige que medie una previa declaración formal de insolvencia y es suficiente la constatación de la falta de cumplimiento regular de las obligaciones exigibles. Sobrevenida la pérdida de solvencia patrimonial del deudor después del nacimiento de la obligación garantizada por hipoteca,

para evitar el vencimiento anticipado sería preciso que el deudor ofreciera una nueva garantía frente al incumplimiento ya producido, sin que en otro caso resulte exigible al acreedor que espere al término final de la operación para hacer efectivo su crédito. En efecto, el artículo 1129 CC alude a las obligaciones sometidas a un término para el cumplimiento y debe entenderse que es aplicable cuando se han establecido plazos consecutivos para el pago y se produce un incumplimiento de entidad suficiente para revelar la falta de seguridad del pago del crédito. Todos los supuestos que se establecen expresamente en el artículo 1129 CC (insolvencia sobrevenida, no otorgamiento de las garantías comprometidas, disminución o desaparición de las garantías) se fundamentan en el riesgo que suponen para que el acreedor pueda ver satisfecho su derecho de crédito, riesgo que ya se ha materializado cuando el deudor ha incumplido el pago consecutivo de varias cuotas del préstamo y no procede a reparar la situación.

Límites de la sentencia declarativa.-La demandante, además de la declaración de vencimiento anticipado y la condena al pago, solicitó que se «ordene, a los efectos de realización del derecho de hipoteca referido en este escrito, la venta en pública subasta del inmueble hipotecado, identificado en los hechos de esta demanda, lo que se verificará en ejecución de sentencia, de acuerdo con las reglas que resultan del Capítulo IV, Libro III de la LEC (arts. 681 y ss.): a) El producto de la venta del inmueble será destinado al pago del crédito garantizado de mi mandante en el importe a cuyo pago venga condenado el prestatario en la sentencia, incluyendo los pronunciamientos relativos a los intereses moratorios devengados tras la interpelación judicial, con la prelación derivada de la garantía hipotecaria. b) A los efectos de la subasta, servirá de tipo o avalúo del inmueble el tipo pactado por las partes en la escritura de hipoteca [...]». Pero según el Tribunal Supremo, excede del contenido propio de la sentencia declarativa de condena incluir un pronunciamiento sobre el procedimiento que debe seguirse para su ejecución en caso de que el deudor no cumpla voluntariamente aquello a lo que se le ha condenado. Habrá de ser el acreedor quien, mediante la interposición de la correspondiente demanda ejecutiva, inicie un procedimiento en el que se decidan todas las peticiones que sobre la ejecución se susciten. Al no ser la Sala de lo Civil juez de la ejecución no puede pronunciarse sobre la subasta de la finca hipotecada, aunque la entidad demandante sea acreedora hipotecaria, y la hipoteca subsista, pues aquella ha optado por reclamar el cumplimiento del crédito en un procedimiento declarativo y va a obtener una sentencia de condena dineraria que, como tal, podrá ejecutarse conforme a las reglas generales de la ejecución ordinaria. En consecuencia, no procede acoger el pronunciamiento solicitado sobre la ejecución para el caso de falta de cumplimiento voluntario de esta sentencia por parte de los deudores. **(STS de 2 de febrero de 2021; ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.-El 1 de junio de 2004, un banco concedió a dos personas físicas un préstamo que fue garantizado con hipoteca sobre una finca de la que era propietario uno de los prestatarios. El 16 de septiembre de 2016, dicho banco interpuso una demanda de juicio ordinario contra los prestatarios, por la que solicitó, de manera principal, la declaración de vencimiento anticipado de la total obligación de pago del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes y la condena al pago de la totalidad de las cantidades debidas. Con carácter subsidiario, para el caso de que se desestima-

ra la pretensión de vencimiento anticipado, solicitó la condena al pago de la cantidad vencida en el momento de interposición de la demanda. En la demanda se alegaba que los deudores habían dejado de satisfacer sus obligaciones desde el 1 de marzo de 2013 al 21 de julio de 2016.

Los demandados se opusieron a la demanda y solicitaron su desestimación y/o la declaración de abusiva y nula de la cláusula de vencimiento anticipado y, «en el peor de los casos», que se estimara la pretensión subsidiaria. La sentencia de primera instancia estimó la demanda en el sentido de condenar a los demandados a abonar solidariamente la cantidad vencida en el momento de interposición de la demanda.

Los demandados se aquietaron a la sentencia y la entidad demandante interpuso recurso de apelación en el que solicitó la estimación de su pretensión principal. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia del juzgado.

Contra la sentencia de la Audiencia interpone la parte demandante recurso de casación. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación. (*J. M.^a M. F.*)

21. Productos sanitarios. Organismo notificado en el marco de la Directiva 93/42/CEE del Consejo, de 14 junio 1993. Levantamiento del velo.

La doctrina del levantamiento del velo no permite sin más exigir responsabilidad de manera indistinta a una u otra de las empresas de un mismo grupo empresarial. En principio, debe respetarse la personalidad de las sociedades de capital y las reglas sobre el alcance de la responsabilidad de las obligaciones asumidas por cada entidad. El carácter excepcional del levantamiento del velo exige que se acrediten aquellas circunstancias (que pueden ser muy variadas, pero no constituyen un *numerus clausus*) que evidencian el abuso de la personalidad de la sociedad. Así, la doctrina del levantamiento del velo no justificaría por sí sola la condena a una entidad diferente del organismo notificado por el hecho de que fueran empresas del mismo grupo. Además, que se trate de empresas del mismo grupo no significa que pueda emplazarse a una en el domicilio de otra, ni se puede imponer que los empleados de una empresa del grupo acepten y recojan la documentación dirigida a otra empresa; ni, en consecuencia, puede considerarse bien hecho el emplazamiento. Por otra parte, careciendo el grupo como tal de personalidad, tampoco podía atribuirse a la filial española su representación para comparecer.

Productos sanitarios. Organismo notificado en el marco de la Directiva 93/42/CEE del Consejo, de 14 junio 1993. Responsabilidad.

Se trata de una cuestión que el Tribunal Supremo observa de pasada, pero que parece lo suficientemente importante como para dejar constancia de ello aquí. Los organismos que ejecutan los procedimientos de evaluación de la conformidad de los productos no responden con arreglo a la normativa específica de productos defectuosos. Ahora bien, si han actuado negligentemente en el desempeño de sus funciones de control, de modo que pudiendo hacerlo no han detectado el riesgo y, por el contrario, certifican la calidad del producto, su responsabilidad puede fundamentarse en las reglas generales de responsabilidad civil; si bien el perjudicado no deberá recibir una doble indemnización por los mismos daños. Las condiciones de responsabilidad del organismo notificado se rigen por el Derecho nacional, sin perjuicio de la aplicación de

los principios de equivalencia y efectividad. (STS de 18 de enero de 2021; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.-En 2006, una mujer se sometió a una intervención quirúrgica de aumento de pecho. Siete años después se comprobó la rotura de una de las prótesis que le habían sido implantadas, por lo que se sometió a una segunda intervención para su explantación. La mujer interpuso una demanda contra, entre otros, y en lo que ahora interesa, «TÜV Group (cualquiera que sea su denominación en el mercado)», emplazándola a través de su filial española TÜV Rheinland Ibérica S.A. La responsabilidad de la demandada se basaba en el incumplimiento de los deberes de auditoría de calidad que, como organismo notificado, le imponía la Directiva 93/42/CEE del Consejo, de 14 junio 1993, relativa a los productos sanitarios.

TÜV Rheinland Ibérica S.A. intentó justificar que no era ella la entidad a quien se demandaba, y que no cabía citar a esta última en el domicilio de aquella. En particular, explicó que la filial española y «TÜV Rheinland Aktiengesellschaft» eran entidades independientes, con personalidad jurídica distinta, que TÜV Rheinland Ibérica S.A. no había participado en el procedimiento de certificación de las prótesis, y que el organismo notificado había sido la empresa alemana «TÜV Rheinland LGA Products GmbH». Asimismo, señalaba que «TÜV Group» no podía ser considerada como codemandada porque no era ninguna entidad legal. Finalmente, el juzgado tuvo a la filial española por personada en el proceso, declarando no haber lugar a que la demanda se tuviese por dirigida contra «TÜV Rheinland AG».

La sentencia de primera instancia apreció de oficio falta de legitimación pasiva y absolvió a la mencionada filial española. La demandante interpuso recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial, condenando a «TÜV Group (de la que forman parte TÜV Rheinland Aktiengesellschaft y TÜV Rheinland Product Safety GmbH)» al pago de una indemnización. La filial española interpuso sendos recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo estima tales recursos, declarando la nulidad de las actuaciones por lo que se refiere a la personación de la recurrente y ordenando su reposición al momento en el que debió emplazarse a «TÜV Rheinland LGA Product Safety GmbH». (R. P. C.)

22. Accidente de tráfico interviniendo un único vehículo. Vehículo matriculado en país distinto de aquel en el que tiene lugar el siniestro. Responsabilidad por daños. Ley aplicable.

-Cuando interviene en el accidente un solo vehículo y este se encuentra matriculado en un Estado distinto de aquel en cuyo territorio ha ocurrido el siniestro, el artículo 4 del Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 indica varias hipótesis en las cuales la ley aplicable para determinar la responsabilidad es la ley interna del Estado en el que el vehículo está matriculado. En particular, respecto de una víctima que viajase como pasajero, se aplica aquella ley cuando tuviese su residencia habitual en un Estado distinto de aquel en cuyo territorio ha ocurrido el accidente. En los accidentes en los que están involucradas varias víctimas, la ley

aplicable se determina por separado en relación con cada una de ellas. En el accidente concreto que da lugar al pleito, una de las víctimas tenía su residencia habitual en España, lo que determinaba la aplicación de la ley española. Sin embargo, las otras dos se hallaban domiciliadas en el lugar del accidente, de tal modo que la ley de este lugar era la aplicable con respecto a ellas, resultando irrelevante el domicilio del conductor.

Accidente de tráfico fuera de España. Mora del asegurador. Intereses del artículo 20 de la Ley de contrato de seguro (LCS).-La obligación de pago del asegurador se presume existente desde la realización del siniestro típico, si bien es natural que la compañía se cerciore de su existencia, de las circunstancias en que se produjo y de hallarse cubierto por el contrato suscrito, así como, en su caso, de cuantificar el daño; pero dichas comprobaciones han de ser llevadas con celeridad y diligencia, respetando las normas legales de liquidación, todo ello a los efectos de evitar incurrir en la mora. En efecto, de conformidad con el artículo 20.4 LCS, «la indemnización por mora se impondrá de oficio por el órgano judicial y consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 por 100; estos intereses se considerarán producidos por días, sin necesidad de reclamación judicial. No obstante, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20 por 100».

Sin embargo, el artículo 20.8 de la misma ley dispone que «no habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable». Solo concurre una causa justificada cuando se hace necesario acudir al proceso para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación de indemnizar. En otras palabras, solo cuando la resolución judicial deviene imprescindible para despejar las dudas existentes en torno a la realidad del siniestro o su cobertura. El mero hecho de entablar una reclamación judicial, tras la negativa de la compañía aseguradora de hacerse cargo del siniestro, no deja sin efecto la aplicación del artículo 20 LCS. La judicialización que excluye la mora es la fundada en razones convincentes que avalan la reticencia de la compañía a liquidar puntualmente el siniestro: acudir al proceso no permite presumir la racionalidad de la oposición a indemnizar. En particular, según una reiterada jurisprudencia, la discrepancia sobre la cuantía de la indemnización no es causa justificada de demora en la obligación de indemnizar. (**STS de 1 de febrero de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.-Una persona conducía por Marruecos un automóvil matriculado en España cuando, sin la intervención de ningún otro vehículo, se salió de la calzada y dio vueltas de campana. En el siniestro fallecieron otros dos ocupantes del coche, resultando lesionada una tercera persona. Los herederos de los fallecidos y la lesionada presentan una demanda de responsabilidad civil contra el conductor y contra la compañía aseguradora.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia fijó las correspondientes indemnizaciones aplicando la ley española en relación con uno de los fallecidos, al tener su residencia en España; mientras que con respecto al otro y a la persona que sufrió lesiones, aplicó la ley marroquí, porque era en este país donde tenían su

domicilio. Además, no fueron aplicados los intereses de demora del artículo 20 LCS, con el argumento de la existencia de serias dudas sobre la condición de residentes de los demandados y, por ende, de la normativa aplicable. La sentencia fue recurrida por los demandantes, cuestionando la no aplicación de la ley española respecto de todas las víctimas, así como la no imposición de los intereses del artículo 20 LCS, pero la Audiencia Provincial confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por los herederos del fallecido domiciliado en Marruecos y por la persona que sufrió lesiones, y también el recurso por infracción procesal interpuesto por los herederos del fallecido domiciliado en España; pero estima el recurso de casación interpuesto por los herederos de este último, condenando a la compañía de seguros a satisfacer los intereses de demora del artículo 20 LCS. (R. P. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

23. La acción de tutela sumaria de la posesión: Finalidad.-La discusión sobre el título constitutivo del eventual derecho a la posesión del demandante interdictal excede del ámbito de esta clase de procedimiento, pues se trata de un simple proceso sumario en el que no se deciden definitivamente cuestiones de propiedad o de mejor derecho a poseer, reservadas para su posterior juicio declarativo, dado que basta para otorgar al actor la protección interdictal con la existencia de una apariencia razonable de titularidad, por cuanto es suficiente tal apariencia para que se mantenga el *statu quo* que el demandado ha pretendido alterar, dada la naturaleza cautelar del proceso que se concibe únicamente en función de otro principal e incluso en ocasiones posterior, del que es procedimiento instrumental o subordinado (Véanse SSTs 21 de abril de 1979, 8 de febrero de 1982, 29 de julio de 1993 y 7 de julio de 2016).

Características.-Los procesos derivados de las acciones de tutela sumaria de la posesión del artículo 250.1.4.º LEC, son procesos cautelares, conservativos y dirigidos a la tutela de la posesión como hecho, con objeto de evitar por razones de orden público y paz social la defensa privada, y en los que no se discute ni el derecho de propiedad ni cualquier otro, que otorgue el mejor derecho a poseer, sino la realidad fáctica de la situación posesoria violentada.

Se trata de una mera garantía para mantener el orden público, evitando los conflictos que pudieran generarse de acudir a las vías de hecho, y que concede la tutela provisionalmente, con independencia del derecho sustantivo subyacente.

Las acciones de tutela sumaria de la posesión son negadas al usuario por mera tolerancia.-Pero cuando esas acciones recaen sobre un verdadero estado posesorio, que conlleva la utilización o disfrute de manera continuada y exteriorizada, se ha admitido la procedencia de estas acciones frente al despojante (STS 467/2016, de 7 de julio).

Diferencias entre despojo y perturbación, a efectos posesorios.-El despojo se corresponde con aquellos hechos materiales que se concretan en la privación total o parcial del goce de la cosa poseída. La perturbación se identifica con las conductas que, sin la voluntad del poseedor o en contra de ella, suponen una invasión o una amenaza de invasión de la esfera posesoria

que, sin llegar a su privación, la pone en duda e impide o dificulta su libre ejercicio, tal y como venía realizándose antes de que el poseedor fuese inquietado en ella. En el ámbito de la perturbación posesoria se incluye no solo la que tiene un efecto material actual, sino que también comprende todo acto o conducta que manifieste la intención de inquietar o despojar al poseedor, de forma que este tenga fundados motivos para creer que será inquietado o perturbado.

La perturbación de la posesión puede venir, por tanto, no solo de actos materiales, sino también de meras expresiones verbales (SSTS 477/2011, de 7 de julio), siempre que se concreten en actos o expresiones exteriores, precisos y claros, conducentes a la privación, total o parcial, del goce de la cosa poseída o en la alteración del *status* anterior que se pretende restaurar a través de la acción de protección sumaria de la posesión.

La Ley no subordina la protección posesoria de la arrendataria, que también es socia de la sociedad propietaria del inmueble arrendado, a la previa impugnación del acuerdo social de eliminación del tabique de separación realizado por la propia arrendataria.-El contrato de sociedad, en principio, no interfiere en la relación arrendaticia, de forma que los derechos que a uno de los socios corresponde por razón del contrato de arrendamiento, o por su situación posesoria sobre el objeto arrendado, no quedan disminuidos o anulados por el hecho de su condición de miembro de la compañía arrendadora. (STS de 15 de diciembre de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.-Una entidad mercantil formada por una madre y sus hijos, propietaria de un edificio que no constaba dividido en régimen de propiedad horizontal, fue demandada por uno de los hermanos que era socio con el 17,14 % de las participaciones sociales.

La sociedad y la actora habían suscrito un contrato de arrendamiento de un piso del inmueble (cuya superficie catastral era de 78 metros cuadrados), por una duración de 99 años y con una renta mensual de 31.000 pts. Posteriormente, la demandante realizó obras de ampliación de la vivienda arrendada, y amplió la superficie del piso arrendado de 78 metros cuadrados a 160,43 metros cuadrados, anexionando para ello dependencias de otro piso. No hay constancia de la autorización de la propietaria, pero la obra fue conocida, consentida y tolerada por ésta.

Trece años después de la anexión se celebró junta general ordinaria de accionistas de la sociedad demandada en la que se adoptó el siguiente acuerdo: Eliminación del tabique de separación realizado por la actora. El acuerdo recibió los votos favorables de los socios que representaban el 65,62 % del capital social. La demandante votó en contra. La actora no impugnó ese acuerdo social.

En la demanda se solicitaba tutela sumaria de la posesión contra la sociedad. El juzgado desestimó la demanda. La audiencia no apreció el recurso de apelación y el Tribunal Supremo dio lugar a la casación. (I.D.-L.)

24. Propiedad Horizontal: alteración de elementos comunes.- Obras susceptibles de ejecución por los propietarios de viviendas para su transformación en locales comerciales: apertura de huecos en fachada (art. 7

LPH).-Los copropietarios tienen plena libertad para establecer el uso de un inmueble en el ámbito de la propiedad horizontal, a no ser que dicho uso esté legalmente prohibido o que el cambio de destino aparezca expresamente limitado por su título constitutivo o los estatutos (STS 542/2013, de 1 de octubre, con cita de otras) . Para determinar la conformidad a derecho de las obras de adecuación de los locales comerciales a los fines de explotación susceptibles de ser destinados, debe adoptarse un criterio flexible y atender a las circunstancias del caso. En la aplicación del artículo 7 LPH, no cabe idéntica interpretación entre locales de negocio y pisos, dado que los primeros se ubican generalmente en las plantas bajas y los segundos en las siguientes, por lo que, aunque la fachada es todo lo correspondiente a la parte exterior del edificio, la zona relativa a los pisos constituye una situación arquitectónica más rígida, pues cualquier modificación puede romper la armonía del conjunto, mientras que en las plantas bajas existe mayor flexibilidad, tanto en su inicial construcción y acabado, como en cualquier cambio de su configuración externa en atención a la actividad que se va a desarrollar en los locales (SSTS 7/2010, de 11 de febrero; 196/2011, de 17 de enero de 2012; 330/2011, de 18 de mayo, y 427/2016, de 27 de junio). De este modo, los propietarios de los locales situados en la planta baja pueden ejecutar obras necesarias para el desarrollo de su actividad comercial que supongan una alteración de la fachada del edificio, siempre y cuando no menoscaben o alteren la seguridad del inmueble, su estructura general, y no perjudiquen los derechos de otro propietario (STS 330/2011, de 18 de mayo, reproducida en la STS 427/2016, de 27 de junio). Además, cuando el título constitutivo prevea la posibilidad de segregación de un local comercial, implícitamente está autorizando como consecuencia natural de lo anterior la apertura de una salida independiente, la cual no podrá perjudicar la seguridad, estabilidad y estética del edificio ni perjudicar los derechos de terceros (STS 728/2010, de 15 de noviembre). **(STS de 15 de diciembre de 2020;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.-Los copropietarios de una vivienda ejecutaron unas obras para convertirla en un local, que consistieron en la transformación de dos ventanas en dos puertas para dotarle de acceso desde la vía pública. Estas obras, que suponían una alteración de la fachada del edificio, fueron ejecutadas sin comunicación al resto de copropietarios del edificio y sin su consentimiento unánime. La propietaria de otra vivienda formuló demanda contra los copropietarios que habían ejecutado las obras, con la petición de que se declarasen no ajustadas a derecho y se les condenase a reponer la fachada a su estado original. El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia acogió el recurso de apelación interpuesto por la demandante al considerar que las obras conllevaban un cambio total en la configuración exterior del edificio. El Tribunal Supremo da lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados al apreciar que las obras producen un escaso impacto visual en la fachada, sin que se haya probado que menoscaben o alteren la seguridad o estructura general del edificio, ni que ocasionen un perjuicio a la demandante.

NOTA.-Esta sentencia es una muestra más de la evolución legislativa y jurisprudencial tendente a flexibilizar el cambio de uso de las partes determinadas de inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal. En este sentido, hasta la reforma de la LPH de 1999, de acuerdo con el artículo 7, el copropietario únicamente podía hacer

lo que estuviese expresamente permitido dado que este precepto prohibía lo no autorizado en los estatutos. A partir de 1999, la labor de los estatutos no es la de recoger lo permitido, sino la de prohibir actividades, de manera que todo lo no prohibido de forma expresa en ellos debe entenderse permitido, siempre y cuando se respete los restantes límites previstos en el artículo 7 LPH. Además, la reforma de la Ley 8/2013 derogó el artículo 12 LPH que asimilaba los acuerdos de ejecución de obras que supusieran la alteración de elementos comunes a una modificación del título constitutivo, y que comportaba la exigencia de unanimidad para aquellas de conformidad con el artículo 17.6 LPH. En cuanto a la evolución jurisprudencial, de acuerdo con las sentencias citadas resulta posible el cambio de uso de las partes determinadas siempre que no se encuentre prohibido en el título constitutivo o en los estatutos [sobre esta evolución *vid.* Echeverría Summers, F. M. y Carrasco Perera, A. (2021), «Problemática comunitaria de obras de cambio de uso», (coord. A. Fuentes Lojorius), *Actualidad Civil*, núm. 11]. Además, el límite concreto del artículo 7.1 LPH consistente en la no alteración de la configuración o estado exteriores del edificio se suaviza tratándose de locales comerciales, pues la sentencia extractada se apoya en el escaso impacto visual de las obras para considerar innecesario un acuerdo comunitario. No comparte esta jurisprudencia Carrasco Perera, quien mantiene la necesidad de acuerdo comunitario para la ejecución de obras que afecten a elementos comunes, dependiendo el quórum de la naturaleza de las obras a realizar en cada caso y de su incidencia en el interés comunitario. (*F.S.N.*)

25. Determinación de los asuntos a tratar en el orden del día de las Juntas de propietarios.-Se exige que en el orden del día se consignen los asuntos a tratar en la Junta, para que puedan llegar a conocimiento de los interesados, pues, de otra forma, siendo la asistencia meramente voluntaria, sería fácil prescindir de la voluntad de determinados propietarios. Por ello no es admisible con carácter general la adopción de acuerdos que no estén en el orden del día, ni tan siquiera bajo el epígrafe de ruegos y preguntas, por considerarse sorpresivo para la buena fe de los propietarios. (**STS de 13 de enero de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.-Una comunidad de propietarios formuló demanda contra otra, solicitando la nulidad de dos acuerdos de la junta de 8 de abril de 2016. Uno de ellos porque consideraba que la llamada Fase I, en el momento de la junta, era deudora de 5.600 euros, por lo que su presidente debía quedar privado del derecho al voto. Y el otro porque se trataba de un cambio del sistema electivo que no fue debidamente anunciado en el orden del día de la junta. Según un anterior acuerdo del año 2011, la designación del presidente tendría carácter rotatorio, entre las tres fases de la comunidad. Sin embargo, se introdujo el sistema electivo en el acuerdo impugnado en esa junta de 2016. Sin embargo, en el orden del día se reflejaba «Renovación o reelección de cargos», sin que previamente se advirtiese a los comuneros claramente que se iba a dejar sin efecto el sistema rotatorio. La demandada se opuso a la demanda. El Juez de Primera

Instancia estimó parcialmente la demanda y declaró nulo únicamente el segundo acuerdo.

Ambas partes recurrieron en apelación. La Audiencia Provincial consideró que, si la Fase I no estaba al corriente de pago, su presidente debía ser privado del derecho al voto conforme al artículo 15 LPH. Sobre el segundo acuerdo, indicó que el orden del día no era expresivo de cuál era la propuesta a debatir, y no se alcanzó la mayoría necesaria, ya que al votar en contra la Fase II y estar privada de voto la Fase I, el voto de la Fase II no era suficiente para alcanzar la mayoría.

La parte demandada interpuso recurso de casación. En primer lugar, se denuncia la infracción del artículo 16.2 LPH en relación con los artículos 9 y 18.2 LPH, al privar de voto a la Fase I y considerarla deudora, desconociendo que el acuerdo impugnado por la Fase I establecía un sistema de distribución de gastos. Y, en segundo lugar, apunta que, cuando dice «el orden del día no era expresivo de cuál iba a ser la propuesta a debatir», infringe el artículo 13.2 LPH, que establece la prevalencia del sistema de elección. El Tribunal Supremo estima el primer motivo, dado que nada adeudaba la Fase I cuando se adoptó el acuerdo de 8 de abril de 2016, al haberse consignado judicialmente dicha cantidad con carácter previo, por lo que no se podía privar de voto a su presidente. Respecto al segundo motivo, según el Alto Tribunal, en la sentencia recurrida se ha infringido la doctrina jurisprudencial sobre la inclusión en el orden del día de los acuerdos que deben ser discutidos, dado que se cambió el sistema electivo de forma sorpresiva, sin anunciarlo con la suficiente claridad en el orden del día, sorprendiendo la buena fe de los comuneros e infringiendo por ello el artículo 16 LPH. En definitiva, el Tribunal Supremo termina estimando parcialmente el recurso.

NOTA.-Sobre la necesidad de que los acuerdos a discutir en una junta de propietarios estén debidamente incluidos en el orden del día, veáanse SSTs de 16 de diciembre de 1987, 26 de junio de 1995, 10 de noviembre de 2004 y 18 de septiembre de 2006. (S.L.M.)

DERECHO DE SUCESIONES

26. Legitimación activa para el ejercicio de la acción de precario frente a un coheredero o comunero.-En las situaciones de precario en las comunidades de bienes y, en particular, en las comunidades hereditarias, cada coheredero cuenta con la facultad de legal de servirse de las cosas comunes, pero la utilización de la finca por uno solo de los partícipes en la comunidad hereditaria, que excluya el uso de los demás, es ilegítima.

Si algún heredero hace uso exclusivo de algún bien, al no tener título que ampare su posesión, se coloca como precarista. En estos casos, no nos encontramos ante una posesión sin título, sino ante un posible abuso en el ejercicio del derecho, exceso que queda determinado por el uso en exclusiva de un concreto bien.

La jurisprudencia admite la viabilidad de la acción de precario a favor de la comunidad hereditaria y frente al coheredero que disfruta de la cosa en exclusiva, aunque fuere por concesión graciosa del causante.

La actuación de quien ejercita la acción de precario, de prosperar, debe redundar en beneficio y provecho de la comunidad, aunque nada sobre ello se diga expresamente en la demanda. El eventual desahucio no habilita al actor a ocupar de forma exclusiva la vivienda, pues la acción de desahucio frente a un coheredero o comunero en provecho exclusivo del actor, pretendiendo su uso exclusivo y excluyente, contravendría el fundamento de la acción, pues incurriría en la misma posesión exclusiva. (STS de 21 de diciembre de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.-Una vivienda pertenecía, con carácter ganancial, al matrimonio formado por Macarena y Luis. El matrimonio fue disuelto por divorcio, sin que conste haberse practicado la liquidación de la sociedad de gananciales. Luis contrajo matrimonio, en segundas nupcias con Leticia, a quien legó el usufructo de toda su herencia.

Disuelta la sociedad de gananciales tras el divorcio de los cónyuges y habiendo fallecido Luis sin haberse liquidado la misma, la vivienda pertenece a la comunidad postganancial constituida por Macarena y la comunidad de herederos del fallecido Luis, de la que no forma parte Macarena, pero sí Leticia en su condición de legataria del usufructo de toda la herencia.

Macarena interpone demanda en ejercicio de la acción de desahucio por precario contra Leticia, quien habita la vivienda litigiosa de forma exclusiva. La demanda es estimada.

La sentencia es recurrida en apelación. El recurso es desestimado.

Leticia interpone recurso de casación, que es desestimado. (T.R.C.)

DERECHO MERCANTIL

27. Concurso de acreedores. Oposición a la aprobación del convenio. Inexistencia de plan de viabilidad.-De acuerdo con el artículo 100.5 LC 2003, «cuando para atender al cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial, la propuesta [de convenio] deberá ir acompañada, además, de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros». En consecuencia, cuando no se aporta un plan de viabilidad, se está infringiendo una norma legal sobre el contenido del convenio. Este hecho permite fundamentar una oposición al mismo con base en el artículo 128.1 LC, estando legitimados, entre otros, los acreedores no asistentes a la junta. No puede identificarse semejante causa de oposición con la prevista en el artículo 128.2 LC, que se refiere a la presentación de un plan cuyo cumplimiento sea objetivamente inviable. La inviabilidad del plan solo ampara la oposición de la administración concursal y de los acreedores mencionados en el apartado primero que, individualmente o agrupados, sean titulares de al menos el cinco por ciento de los créditos ordinarios. La determinación de si lo aportado con la propuesta de convenio constituye un verdadero plan de viabilidad o no, es una actividad de valoración

jurídica sobre si se ha llegado a cumplir con un requisito legal. (STS de 29 de diciembre de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.-Una empresa es declarada en concurso de acreedores. La junta de acreedores aprueba, con la adhesión de dos de ellos, una propuesta de convenio que recoge tanto una quita como una espera. Uno de los titulares de un crédito subordinado interpone una demanda de incidente concursal de oposición a la aprobación del convenio, fundado, entre otros extremos, en el incumplimiento de las exigencias legales, en la medida en que la propuesta no iba acompañada de un plan de viabilidad, sino de un plan de pagos impreciso, insuficiente y erróneo.

El Juzgado de lo Mercantil desestimó la demanda de oposición y aprobó el convenio. Recurrída la resolución en apelación, el recurso fue estimado por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la concursada.

NOTA.-En el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, a los acreedores no asistentes a la junta se les reconoce legitimación para oponerse a la aprobación judicial del convenio (art. 382.1). La oposición debe fundarse en alguno de los motivos señalados en el artículo 383.1, recogiendo el primer punto la hipótesis de la infracción de las normas que la propia ley establece sobre el contenido del convenio. Por otro lado, según el artículo 384 del texto normativo citado, «los acreedores legitimados para formular oposición a la aprobación judicial del convenio que, individualmente o agrupados, sean titulares, al menos, del cinco por ciento de los créditos ordinarios y la administración concursal podrán oponerse, además, a la aprobación judicial del convenio cuando el cumplimiento de este sea objetivamente inviable». En conclusión, las observaciones del Tribunal Supremo son plenamente aplicables en el marco de la nueva normativa concursal. (R. P. C.)

28. Venta de unidades productivas que incluye activos afectos a una garantía para el cobro de un crédito clasificado en el concurso como privilegio especial.-El Tribunal Supremo aplica en esta sentencia el artículo 149.2 LC 2003, que regulaba la participación de los acreedores hipotecarios en la realización de una unidad productiva (ejemplo: un establecimiento, una explotación) que incluye el bien hipotecario, cuando se transmite sin subsistencia de la garantía. Según el Tribunal Supremo, para los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, se aplicará lo dispuesto en el artículo 155.4 LC 2003. Si estos bienes estuviesen incluidos en unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor que se enajenen en conjunto, y si el precio a percibir no alcanzase el valor de la garantía, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 94 LC 2003, será necesario que manifiesten su conformidad a la transmisión los acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada, que representen al menos el 75 % del pasivo de esta naturaleza afectado por la transmisión y que pertenezcan a la misma clase -en tal caso, la parte del valor de la garantía que no quedase satisfecha tendrá la calificación crediticia que le corresponda según su naturaleza-. La norma reconoce

una participación a los acreedores con privilegio especial que conlleva un derecho de ejecución separada, cuando la enajenación de la unidad productiva afecte al bien gravado y el precio asignado no cubra el valor de la garantía. La conformidad de los acreedores que representen el 75 % de estos créditos afectados permite arrastrar al resto. De exigirse la unanimidad, se dificultaría la venta de la unidad productiva. **(STS de 29 de diciembre de 2020; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.-ITD fue declarada en concurso voluntario de acreedores el 30 de julio de 2014. BMN comunicó un crédito de más de millón y medio de euros y solicitó que se clasificara como crédito con privilegio especial. El privilegio se solicitó sobre los derechos de crédito derivados de dos contratos suscritos entre la concursada y AE el 8 de abril de 2003 y el 19 de diciembre de 2003, para el diseño, desarrollo y fabricación de distintos sistemas de un avión. El 22 de diciembre de 2011, la concursada y AE firman un contrato donde convienen la terminación de los contratos firmados en 2003 y una serie de pagos de AE a ITD, así como la prestación de servicios de ingeniería sin cargo de esta última a aquélla. Encontrándose el concurso en fase común, CITD presentó el 18 de marzo de 2015 una oferta de adquisición de la unidad productiva, por un total de 500 euros, que incluía el contrato de diciembre de 2011 suscrito entre la concursada y AE. La cuestión litigiosa se reduce a dilucidar si el derecho de crédito que surgió del contrato firmado entre la concursada y AE de diciembre de 2011, pignorado a favor de BMN, quedó excluido de los distintos elementos integrantes de la unidad productiva o, por el contrario, si se transmitió al adquirente como parte del propio contrato en el que se subrogó CITD. Cuando se realizó esta venta de unidad productiva, el juzgado había rechazado la pretensión de BMN de que se clasificara su crédito con privilegio especial y estaba pendiente de apelación, consecuencia de la cual se le reconoció esa clasificación. Pero mediante un auto de aclaración del auto de aprobación de la venta de unidad productiva, el juzgado advirtió a las partes, y sobre todo a la adquirente de la unidad productiva, de la situación de pendencia de apelación de una sentencia en un incidente concursal tramitado en el procedimiento en relación con derechos de crédito pignorados a favor de la referida entidad financiera.

CITD interpuso la demanda de incidente concursal, alegando que la venta de la unidad productiva incluyó la subrogación de la adjudicataria en el contrato de diciembre de 2011 y que la venta se efectuó libre de cargas y sin asunción por el adjudicatario de cualquier pasivo, salvo la parte de las deudas de la TGSS correspondiente a los trabajadores asumidos por CITD. Además, BMN no formuló oposición ni recurrió el auto de adjudicación. BMN, por el contrario, se opuso a la demanda, señalando: 1) que la demandante pretendía dar por extinguido su derecho de prenda, que le había sido reconocido por sentencia recaída con posterioridad a la venta de la unidad productiva; 2) que el precio de 500 euros fijado por el oferente por un contrato que proporciona ingresos mensuales superiores a 89.000 euros es expropiatorio de su derecho; 3) que el artículo 150 LC dispone que el adquirente de bienes y derechos litigio-

sos quedará a resulta de los que se resuelva en los litigios; 4) que su postura contraria a la extinción de la prenda se manifestó al recurrir en apelación la sentencia del juzgado que no reconocía el privilegio; 5) que la prenda no se extinguió con la venta de la unidad productiva; 6) que tenía derecho a ejecutar la prenda de forma separada conforme a lo dispuesto en el Real Decreto 5/2005, sobre garantías financieras.

El Juzgado de lo Mercantil estimó la demanda, al entender que la venta de la unidad productiva se había realizado libre de cargas, sin subsistencia de las garantías, conforme a lo dispuesto en el artículo 149.5.º LC. En ese caso, el acreedor privilegiado solo tendría el derecho a percibir el porcentaje establecido en el artículo 149.2.º LC. Además, BMN había perdido el derecho de ejecución separada del derecho de prenda al no haber iniciado la ejecución antes de la apertura de la fase de liquidación (art. 57 LC). La sentencia fue recurrida en apelación por BMN. La Audiencia Provincial concluyó que CITD se subrogó en el contrato de diciembre de 2011, contrato que incluía el derecho de crédito y las obligaciones asumidas por la concursada de prestar servicios de ingeniería. Así, el crédito, en la medida en que formaba parte del contrato, se transmitió con la venta de la unidad productiva, que se llevó a cabo libre de cargas.

La sentencia de apelación fue recurrida por BMN en casación, alegando: 1) la infracción del artículo 149.2 LC y la jurisprudencia que lo interpreta, en relación con la protección del acreedor con privilegio especial en caso de venta directa de una unidad productiva; 2) que el precio ofrecido era de 500 euros por el contrato pignorado, importe irrisorio y muy inferior al importe de la deuda; 3) que no hubo consentimiento ninguno de BMN.

El Tribunal Supremo estima el recurso. Explica que una de las dos unidades productivas se enajenó por 500 euros. En principio, si el precio ofrecido por la venta de la unidad productiva no cubría el valor de la garantía de estas prendas de créditos, conforme a la interpretación expuesta del artículo 149 LC, era necesario que prestara su conformidad el acreedor pignoraticio y si eran varios aquellos que representaran al menos el 75 % del pasivo de esta naturaleza, afectado por la transmisión y que pertenecieran a la misma clase. No consta que los acreedores titulares de las prendas de créditos que finalmente fueron reconocidos como créditos con privilegio especial hubieran prestado su consentimiento conforme a esta regla. Sin que el hecho de no haberse opuesto expresamente a la venta de la unidad productiva pueda equipararse a estos efectos a la conformidad de esos acreedores.

Entiende también que, aunque el reconocimiento final del privilegio especial se hubiera realizado con posterioridad a la adquisición de la unidad productiva, resulta oponible al adquirente en cuanto que su adquisición no podía realizarse sin subsistencia de las garantías si no se cumplía la exigencia del consentimiento de los acreedores pignoraticios en los términos previstos en los artículos 154.4 y 149 LC. Además, el hecho de que en el marco de la relación contractual de la que surgían los créditos pignorados en garantía del crédito de BMN, hubiera prestaciones pendientes de cumplimiento por la concursada, no resta eficacia a la garantía en caso de que la

transmisión de la unidad productiva conllevara la subrogación de la adquirente en la posición de la concursada en aquel contrato.

NOTA.-Téngase en cuenta que el caso se resuelve conforme a la LC de 2003, derogada en buena parte por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. Sobre la venta de unidades productivas que incluyen activos afectos a una garantía para el cobro de un crédito con privilegio especial, véase también la STS de 21 de noviembre de 2017. (S.L.M.)

29. Contrato de suministro. Concepto doctrinal.-La doctrina afirma que tiene tal carácter el contrato por el que un proveedor se obliga a realizar una sola prestación continuada en el tiempo o una pluralidad de prestaciones sucesivas, periódicas o intermitentes, por tiempo determinado o indefinido, que se repiten, a fin de satisfacer intereses de carácter sucesivo, periódico o intermitente de forma más o menos permanente en el tiempo, a cambio de una contraprestación recíproca determinada o determinable, dotada de autonomía relativa dentro del marco de un único contrato.

Contrato de suministro de energía eléctrica. Característica.-Se caracteriza civilmente como aquel por el que la proveedora se obliga a proporcionar al abonado, de manera continua, energía eléctrica en la potencia contratada y el abonado a pagar por ella el precio pactado en las fechas estipuladas.

Régimen concursal.-Le resultan aplicables las reglas referidas en la Ley Concursal a los contratos de tracto sucesivo. Como contrato de tracto sucesivo califica siendo este el paradigma de los contratos de tracto sucesivo por lo que resulta aplicable el artículo 62.3 LC.

Facultad de resolución en el concurso de los contratos de tracto sucesivo por incumplimiento.-La declaración de concurso no afecta a la facultad de resolver los contratos de tracto sucesivo, de forma que, a este fin, resulta irrelevante que el incumplimiento resolutorio, del concursado o del tercero, se hubiera producido antes o después de la declaración de concurso, ya que aquella declaración no produce efectos depuradores de incumplimientos anteriores ni *expropia* (en el sentido de privación forzosa) al contratante cumplidor de la facultad de desistir unilateralmente en caso de incumplimiento resolutorio de la contraparte. Dicho de otra forma, dada la existencia de una relación unitaria, el incumplimiento resolutorio anterior a la declaración de concurso permanece y el contrato sigue incurso en causa de resolución con posterioridad a la misma.

Contrato de tracto sucesivo. Efectos de la continuidad del contrato pese a la concurrencia de causa de resolución.-El artículo 62.3 LC dispone que, *aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado*. Aunque el precepto adolece de falta de claridad (dada la posible utilización de la conjunción «o» en función de equivalencia), lo cierto es que el contraste con el apartado 4 del mismo artículo 62 referido a los supuestos en los que se acuerda la resolución (*en cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa*), apunta a la interpretación literal de la expre-

sión *prestaciones debidas*, dado que en otro caso la previsión devendría absolutamente superflua, máxime teniendo en cuenta lo previsto en los números 5 y 6 del artículo 84.2. LC

Crédito potencialmente concursal.-A raíz del mantenimiento del contrato, cristaliza en crédito contra la masa, pero ello no obedece a una decisión unilateral del suministrador, sino a la decisión que le impone un sacrificio actual y le expropia la facultad de resolver al obligarle a continuar suministrando a quien incumplió resolutoriamente sin que, por otra parte, como la realidad demuestra de forma notoria, el hecho de que el crédito sea contra la masa garantice en modo alguno el cobro. Esta interpretación coincide con los artículos 68 a 70 LC para los supuestos de rehabilitación de contratos, incluso de tracto único, de préstamo, crédito y adquisición de bienes con precio aplazado y de enervación del desahucio en arrendamientos urbanos, ya que, si bien no es lo mismo *rehabilitar* contratos resueltos que *impedir* la resolución de los vigentes, ambas medidas responden a una misma idea: la necesidad de que la masa - en cuyo interés se obliga a mantener los contratos en los que concurre causa de resolución - responda frente a quienes se ven privados de la facultad de desligarse u obligados a rehabilitar el contrato ya resuelto. De ese modo se cumplen las *garantías* a las que se refiere la Exposición de Motivos: *en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento.* (STS de 15 de diciembre de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.-La representación procesa de E. E. SAU interpuso demanda contra C. E. de S., S. L. solicitando se declaren resueltos los contratos entre partes así como que se reconozca un crédito contra la masa de la demandada que se halla en concurso por suministros antes de la declaración del concurso y por suministros generados postconcursal, ya en el periodo de tiempo en que se desarrollaron los hechos, la entidad actora tenía suscrito un contrato por el que se obligaba a suministrar energía eléctrica a la demandada Clínica, Declarado el concurso voluntario de la demandada, en el momento de la declaración adeudaba determinada cantidad por los citados suministros, así como por suministros posteriores a la declaración de concurso. La representación procesal de C. E. de S., S. L. y la administración concursal se opusieron a tal pretensión. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Badajoz estimó parcialmente la demanda. Por un lado, razonó que debía mantenerse la vigencia del contrato de suministro en interés del concurso, pues lo contrario iría en su perjuicio al llevar a la concursada al cierre de su actividad y a la liquidación, afectando con ello no solo a los acreedores, sino también a los trabajadores y al propio servicio prestado por la entidad, cuya importancia y trascendencia, al ser de carácter sanitario, justifica el mantenimiento del suministro. Por otro lado, consideró únicamente como créditos contra la masa los correspondientes a suministros realizados durante el concurso y reconoció el resto como crédito concursal. Recurrida en apelación por la representación procesal de E. E. SAU., la sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Badajoz desestimó el recurso por entender que, aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del

concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado; en cuanto a la cuestión del pago inmediato de los créditos contra la masa derivados de esa declaración judicial. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N.D.L.)

30. Acción directa del transportista efectivo contra el cargador principal cuando el porteador intermedio ha sido declarado en concurso.- Previamente la Sala entiende que dada la conexidad argumental entre los tres motivos, (infracción de la DA 6ª LOTT en relación con los arts. 50.3 y 51 bis, motivo reiterado) deben ser resueltos conjuntamente.

Jurisprudencia sobre la acción directa del artículo 1597 CC en el contrato de obra cuando el comitente está en concurso.- Hay tratamiento jurisprudencial de la acción directa del artículo 1597 CC en el concurso de acreedores, según el cual la acción del subcontratista contra el dueño de la obra cede a favor de la masa activa del concurso del contratista, en el supuesto de que no se haya hecho efectiva antes de la declaración del concurso, y aclarando que el requerimiento extrajudicial al dueño de la obra no supone el ejercicio de la acción, aunque lleva consigo una exigencia de conducta o abstención hacia el destinatario. Se basa en los siguientes argumentos:

Todo sistema concursal inspira la alteración sustancial de las relaciones jurídicas preexistentes, dentro del marco del concurso. La concurrencia de intereses de distinta naturaleza, los de los acreedores, públicos y privados, trabajadores, accionistas, y los de orden público económico obliga a modificar el régimen jurídico que tenían en su origen y desarrollo los créditos, acciones y derechos. Por los principios de universalidad de la masa pasiva y activa, tanto el acreedor como su crédito quedan afectados por la declaración de concurso (arts. 76, 90, 91 y 92 LC). Consecuencia de la responsabilidad universal del deudor (art. 1911 CC) se produce la afectación automática *ex lege*, a la masa del concurso, de todo bien o derecho patrimonial no inembargable de su propiedad. Así debe entenderse la incorporación del artículo 51 bis 2 LC por la Ley 38/2011, de 10 octubre, según el cual «declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1597 del CC».

Según la STS de 26 de marzo de 2014: «La protección que brinda el art. 1597 como excepción al carácter relativo del derecho de crédito (art. 1257 CC) y, por tanto, su reclamación directa al comitente, no alcanza o se proyecta sobre la naturaleza del derecho de crédito modificando o alterando su previa naturaleza, es decir, se facilita su cobro, pero no se otorga privilegio o preferencia alguna. De esta forma, esta protección o reforzamiento del derecho del subcontratista no puede ser configurada como un derecho de garantía propio y específico, ni tampoco como una transformación cualitativa del crédito que le otorgue una preferencia de la que carecía en el momento de su constitución. Por lo que su ejercicio debe ceder ante la especialidad que informa el procedimiento concursal, particularmente atendido el principio y la *vis atractiva* que se deriva de su declaración».

Jurisprudencia sobre la acción directa del transportista efectivo contra el cargador y los intervinientes en la cadena de su contratación.- La DA 6ª de la Ley de 4 de julio de 2013 ha modificado la Ley de 30 de julio de

1987 LOTT, que ha sido interpretada por SSTS de 24 de noviembre de 2017 y 6 de mayo de 2019. La duda interpretativa que suscitaba la acción directa concedida al transportista efectivo era, en sintonía con el artículo 1597 CC, si el cargador principal solo responderá hasta la cantidad que adeude al porteador intermedio, o si habrá de hacerlo a modo de garante del transportista efectivo. En las mencionadas ss. se ha considerado que la acción directa tiene un alcance mayor que el del artículo 1597 CC, y constituye una norma propia y específica del transporte terrestre, para ser, no solo una acción directa tradicional, sino también una modalidad de garantía de pago suplementaria. Puede ocurrir que el porteador efectivo reclame al cargador el precio del transporte, que este ya haya pagado al porteador contractual. Aquí es donde esta acción se aparta de manera más significativa del régimen general previsto en el artículo 1597 CC, al establecer, en garantía del porteador efectivo, un régimen que posibilita el doble pago, sin perjuicio de un ulterior derecho de repetición.

Acción directa del transportista contra el cargador principal en el concurso de acreedores.-La cuestión jurídica que se plantea obliga a decidir sobre la interrelación entre la regulación de la acción directa del transportista efectivo y las previsiones de los artículos 50.3.º y 51 bis LC (actuales arts. 136.1.3.º y 139.2 TRLC). Los argumentos de la jurisprudencia sobre el tratamiento de la acción directa del artículo 1597 CC en el concurso del contratista no son extensibles a esta modalidad de acción directa del transportista efectivo, por dos grupos de razones: uno de orden legislativo, y otro de naturaleza interpretativa, en función de la distinta naturaleza y finalidad de ambas acciones directas. Legislativamente la DA. 6ª no contiene excepciones en caso de concurso del porteador intermedio. Los artículos. 50.3.º y 51 bis 2 LC, no se refieren a todo tipo de acciones directas, sino específica y nominativamente a la del artículo 1597 CC. En cuanto a la naturaleza y finalidad de las dos acciones directas (del arrendamiento de obra y del transporte), son diferentes y cumplen fines distintos. La acción directa se relaciona con el entramado de obligaciones que surgen del contrato de obra. En este, el dueño de la obra paga su deuda y el subcontratista (deudor intermedio) desaparece de la relación, al quedar saldado su crédito. Por el contrario, en la acción directa del transportista efectivo, este exige y cobra su crédito del cargador principal, porque resulta directamente obligado a ello. Como la acción directa del porteador efectivo no implica retención alguna de ningún elemento del patrimonio del eslabón intermedio, no cabe hacer una aplicación analógica a un supuesto diferente.

Dado que no hay prohibición legal para el ejercicio de la acción directa del porteador efectivo frente al cargador principal, aunque el porteador intermedio haya sido declarado en concurso, deben distinguirse dos situaciones diferentes: 1ª No hay ningún crédito en la masa activa del concurso que pueda verse afectado, por lo que la acción directa queda al margen del proceso concursal. 2ª La acción directa por el porteador efectivo frente al cargador principal una vez declarado el concurso del porteador intermedio, tampoco afecta al concurso, pues cumple la función de garante *ex lege* de la deuda.

Como la declaración del concurso del intermediario no impide el ejercicio de la acción directa del porteador efectivo frente al cargador principal, decae el primer motivo de casación. El segundo motivo no puede prosperar por resultar improcedente pronunciarse sobre la clasificación de un crédito en procedimiento distinto al concurso. Las alegaciones sobre la interpretación de la DA 6ª se oponen a la jurisprudencia de la Sala. Procede imponer

las costas al recurrente según el artículo 398.1 LEC, y ordenar la pérdida del depósito para interponer el recurso. (STS de 29 de diciembre de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela.]

HECHOS.-Entre octubre y diciembre de 2014, Universal Global Logistics S.A.U. (en lo sucesivo, Universal) encomendó unos servicios de transporte a la empresa Cotransa S.A., quien, a su vez, subcontrató la ejecución del transporte con la empresa Gallego Álvarez S.L.

Los servicios de transporte subcontratados no han sido abonados al porteador efectivo, a quien se le adeudan, 13.276,60 euros.

La empresa cargadora (Universal) había abonado a Cotransa todas las cantidades debidas por este transporte.

El 8 de enero de 2015 fue declarado el concurso voluntario de Cotransa.

El 21 de marzo de 2017, Gallego Álvarez interpuso una demanda contra Universal, en reclamación de la cantidad adeudada, en ejercicio de la acción directa regulada en la DA 6ª de la Ley de 4 de julio de 2013, de modificación de la Ley de 1987, de ordenación del transporte terrestre (LOTT).

La sentencia de primera instancia estimó la demanda, considerando que era procedente la acción directa frente al cargador principal, aunque este hubiera pagado al contratista, y que como Universal ya había pagado a Cotransa, no era parte en el concurso de acreedores, por lo que no había impedimento para el ejercicio de la acción por la declaración del concurso.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación, salvo en las costas, que dejó sin efecto. Consideró básicamente que la acción directa ejercida por el transportista final o efectivo contra el cargador es inmune a los pagos que este le hubiera realizado al transportista intermedio o subcontratante y que, al haber pagado Universal a Cotransa, este procedimiento no tiene incidencia alguna en el concurso, sin perjuicio de la acción de regreso que tendrá Universal frente a la intermediaria concursada.

NOTA.-Es útil consultar: Martínez Cañellas, «Aproximación al concurso de herencia», en VVAA, *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, Madrid, 2014, tomo II, pp. 1353 ss., singularmente p. 1389. (G.G.C.)

31. Doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre el cauce adecuado para interponer recurso de casación en el caso de sentencias de apelación dictadas en el curso de un incidente concursal.-La Sala Primera reitera su doctrina según la cual, cuando se pretenda interponer recurso de casación contra una sentencia dictada en un incidente concursal, la modalidad procedente es la del artículo 477.2 3.º LEC, relativa al interés casacional. Por eso, el recurrente debe ampararse, en su recurso de casación, si existe oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o si existe jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales. Que a cuantía del procedimiento exceda los 600.000 euros no es suficiente para acceder a una casación derivada del trámite —material— del incidente

concurzal. (STS de 16 de diciembre de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.-Entre Vodafone y la sociedad CRS existía una relación contractual de agencia (dos contratos) y distribución (un contrato) para la promoción y comercialización de servicios de telefonía. En 2014, CRS entró en concurso de acreedores, solicitando la resolución de dichos contratos en interés del concurso, así como la condena a Vodafone a pagarle: (i) una indemnización por clientela, de unos 4,3 millones de euros, *ex* artículo 28.1 LCA; y (ii) una indemnización por las inversiones no amortizadas y el coste de extinción de los contratos laborales, *ex* artículo 29 LCA. Vodafone se opuso argumentando que la resolución en interés del concurso no conlleva consecuencias indemnizatorias más que para la parte *in bonis*. Además, negó que hubiera incumplido su obligación de suministrar mercancía a CRS, pero que, en cualquier caso, este estaría justificado, dado el previo incumplimiento de la agente.

El Juzgado de Primera Instancia consideró procedente la resolución del contrato en interés del concurso, condenando a Vodafone a abonar una indemnización por clientela y otra por el coste de extinción de los contratos, más el de las inversiones no amortizadas.

Recurrida en apelación, la Audiencia estimó en parte el recurso de Vodafone. Si bien confirmó la procedencia de la resolución, descartó las indemnizaciones, por ser Vodafone la parte *in bonis*.

Frente a esta sentencia, CRS interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal. (A.I.R.A.)

DERECHO PROCESAL

32. Presupuestos sobre la existencia de error judicial.-La Sala Primera del Tribunal Supremo reitera su doctrina sobre el carácter extraordinario del error judicial (arts. 121 CE y 293.3 LOPJ), que requiere no solamente el desacierto de una resolución, sino que esta sea además manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico. Por eso, la Sala Primera declara que no incurrir en error judicial una sentencia que declara improcedente un incidente de nulidad de actuaciones transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución por medio de edictos (art. 241 LOPJ), en la medida en que esa interpretación sobre el *dies ad quem* del incidente se ajusta a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y la LOPJ Ley Orgánica del Poder Judicial. (STS de 21 de diciembre de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.-El 19 de marzo de 2004 la Comunidad de Propietarios CCC interpuso demanda contra Teodora, en reclamación de 4.052,71 euros por cuotas de la comunidad y gastos extraordinarios impagados. La demandante designó como domicilio la vivienda de Teodora en el inmueble de marras. Admitida a trámite la demanda, el 24 de marzo se emitió a dicho domicilio emplazamiento, resultando diligencia negativa, y manifestando un vecino que el inmueble estaba deshabitado. La actora solicitó entonces citación edictal,

al desconocer otro domicilio. El Juzgado acordó la averiguación telemática y, ante lo infructuoso de esta, requirió a la actora nuevamente. Tampoco la Policía pudo aportar información sobre el domicilio de la demandada. Tras todo ello, recayó finalmente sentencia estimatoria que condenó la demandada al pago de la cantidad reclamada, con los intereses. La sentencia devino firme tras su publicación edictal y fue objeto de ejecución.

El 22 de noviembre de 2018, Bruno, Casimiro y Aurora, herederos de Teodora, quien había fallecido el 15 de diciembre de 1987, promovieron incidente de nulidad de actuaciones respecto del procedimiento declarativo y la ejecución subsiguiente. Al parecer, Teodora era propietaria del inmueble del cual se reclamaban los pagos, pero tanto su difunto marido como sus hijos desconocían dicha titularidad, no inscrita en el Registro. Los demandantes argumentaban que el proceso de había seguido frente a una persona fallecida, lo que lo viciaba de nulidad.

El 16 de enero de 2019 se dictó auto en el que se desestimó la solicitud de declaración de nulidad de actuaciones, pues este se planteaba cinco años después de la notificación de la sentencia por edictos. El 19 de febrero de ese mismo año se promovió por las mismas partes nuevo incidente de nulidad de actuaciones contra el auto que resolvió el primer incidente; el cual fue inadmitido a trámite.

Frente a ambos autos, los actores plantearon demanda de error judicial que fue desestimada por sentencia de 15 de diciembre de 2020. (A.I.R.A.)

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

El Anuario de Derecho Civil es una publicación oficial científica del Ministerio de Justicia, editada en colaboración con la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado. Tiene una periodicidad trimestral. Su ámbito es el Derecho civil, en todas sus manifestaciones, así como otras materias conexas a él, dentro del Derecho privado. Consta de las siguientes secciones: estudios monográficos, estudios de derecho extranjero, estudios legislativos, estudios jurisprudenciales, cuestiones actuales; vida jurídica; crónica de legislación y jurisprudencia de la Unión europea; bibliografía (notas críticas, libros, revistas); jurisprudencia (sentencias comentadas, notas a sentencias, extractos de sentencias).

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

1. Envío de originales:

Los trabajos presentados serán inéditos y no estarán pendientes de publicación en cualquier otro medio. Los autores remitirán sus trabajos en formato electrónico a la siguiente dirección de correo electrónico: adc@mjusticia.es

2. Formato:

El texto de los originales deberá estar escrito en letra tipo Times New Román en un cuerpo de 12 puntos para el texto principal y las notas al pie de página en un cuerpo de 10 puntos. Con interlineado sencillo y sus páginas estarán numeradas.

Como regla general, la extensión total de los trabajos será entre veinte y noventa páginas. No obstante, podrán publicarse trabajos de mayor o menor extensión si su contenido lo justifica.

En la primera página se incluirá el título del trabajo, nombre y apellidos del autor o de la autora y su filiación académica o profesional. El trabajo ha de tener un resumen, que de modo sintético dé cuenta de su finalidad y contenido básico, y unas palabras claves. El título, el resumen y las palabras claves deberán figurar en castellano y en inglés. Además, ha de contener un sumario con los epígrafes en los que se estructura el trabajo, con su corres-

pondiente numeración, salvo el apartado Bibliografía, que sí se incluye en el sumario, pero que no se enumera.

Si en el cuerpo del texto del trabajo se citan los apellidos de un autor o una autora, se hará en redondo y caja baja.

Las *referencias bibliográficas* se harán del siguiente modo, pero solo en lo que respecta a la *bibliografía final del trabajo*:

— Libro: DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El negocio jurídico*, Madrid, 1967.

— Capítulo de libro: Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: «El significado de Federico de Castro en el Derecho civil contemporáneo», en *Conferencias en Homenaje al Profesor Federico de Castro y Bravo*, Madrid, 1997, pp. 9-19.

— Artículo de revista: DE CASTRO Y BRAVO, Federico: «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *Anuario de Derecho Civil*, 1982, pp. 967-1086.

En cuanto a las *referencias bibliográficas en nota a pie de página*, solo se incluirán los apellidos (en versalitas) del autor o de la autora, año de publicación (si es libro o capítulo de libro) y la/s página/s (p., o pp.), y si se trata de un artículo de revista, los apellidos (en versalitas) del autor o de la autora, la abreviatura de la revista, y año, y la/s página/s (p., o pp.).

En cuanto a *abreviaturas*: la de la palabra «artículo», procederá si figura entre paréntesis («art.»); en caso contrario, dicha palabra se transcribirá en su totalidad («artículo»); cuando proceda abreviar la mención del Código civil, procederá realizarla de la siguiente manera: «CC»; cuando proceda abreviar la mención a la Constitución española, procederá realizarla de la siguiente manera: «CE»; y cuando proceda abreviar la mención a la Ley de enjuiciamiento civil procederá realizarla de la siguiente manera: «LEC».

En relación con las *sentencias del Tribunal Supremo o de otro Tribunal*, que en el trabajo se citen, ha de indicarse la oportuna referencia de localización y el ponente de la sentencia. Para *otros tipos de resoluciones jurídicas* también ha de indicarse la oportuna referencia de localización.

Podrán ser inadmitidos, sin necesidad de evaluación, los trabajos que no reúnan los requisitos anteriores. El trabajo se devolverá al autor o a la autora para su subsanación.

3. Proceso de admisión, evaluación y publicación:

La evaluación de los trabajos admitidos será realizada por evaluadores externos al Consejo de redacción de la revista, especialistas en la materia, por el sistema de pares ciegos, manteniendo rigurosamente el anonimato, tanto del autor o de la autora como de los evaluadores.

Emitidos los informes por las personas que han realizado la evaluación, el autor o la autora del trabajo recibirá comunicación por correo electrónico sobre el resultado de la evaluación con los correspondientes informes. El resultado puede ser:

— Valoración favorable, cuando ambos informes lo fueren.

— Valoración favorable, aunque con la necesidad de realizar modificaciones, como condición para la publicación del trabajo.

— Valoración desfavorable, si ambos informes lo fueren. Esto conlleva la no aceptación del trabajo.

En caso de discrepancia en los informes de evaluación, la revista decidirá si procede enviarlo a un tercer evaluador o evaluadora externos al Consejo de redacción, cuya decisión favorable determinará la aceptación del trabajo.

4. Cesión de derechos:

A los autores y las autoras, cuyos trabajos hayan sido aceptados para su publicación, se les facilitará, por correo electrónico, el contrato de cesión de derechos de explotación al Ministerio de Justicia. Una vez cumplimentado y firmado debidamente, deberá ser remitido a la Secretaría del Anuario: adc@mjusticia.es. Este trámite será condición imprescindible para la publicación del trabajo.

5. Corrección de pruebas de imprenta:

El autor y la autora del trabajo seleccionado para publicar en la revista se comprometen a corregir las pruebas en el plazo y con el método que se le indique.

