

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXXVIII, FASCÍCULO II

Abril-junio, 2025



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO  
DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA  
Y RELACIONES CON LAS CORTES

**BOE** BOLETIN  
OFICIAL DEL  
ESTADO

# **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 la Presidencia, Justicia y Relaciones con  
las Cortes (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 la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes**

(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 LXXVIII, FASCÍCULO II  
Abril-junio, 2025



MINISTERIO  
DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA  
Y RELACIONES CON LAS CORTES



MADRID, 2025

<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): 144-24-0916 (edición en papel)  
144-24-0921 (edición en línea, pdf)

NIPO (M. de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes):

143-24-0054 (edición en papel)

143-24-0049 (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>
Estudios monográficos	
Judith SOLÉ RESINA: «La especial naturaleza de la obligación de alimentos a los hijos e hijas menores de edad. <i>In praeteritum (si) vivitur</i> ».....	379
Antonio J. VELA SÁNCHEZ: «La facultad del testador de gravar la legítima estricta cuando concurre un legitimario con discapacidad» .....	417
Carlos TRUJILLO CABRERA: «La inscripción de parques eólicos y fotovoltaicos en el Registro de la Propiedad» .....	465
Crónica de Legislación y Jurisprudencia de la Unión Europea	
Por Julia AMMERMAN YEBRA .....	519
Bibliografía	
<b>LIBROS</b>	
A cargo de Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO y Juan Pablo MURGA FERNÁNDEZ	
FENOY PICÓN, Nieves: «Dolo, ventaja injusta y rescisión por lesión en los contratos», por Antonio Cabanillas Sánchez .....	561
MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo: «Comunidad hereditaria y Registro de la Propiedad», por Juan Pablo Pérez Velázquez .....	568
RUBIO GARRIDO, Tomás: «Derecho privado, derecho público, derecho moderno», por Ana Belén Domínguez Salazar .....	571
<b>REVISTAS EXTRANJERAS</b>	
A cargo de: Ricardo PAZOS CASTRO; Colaboran: Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, Carlos CASTELLS SOMOZA, María del Rosario DÍAZ ROMERO, Alfredo FERRANTE, Sebastián LÓPEZ MAZA, Andrea MACÍA MORILLO .....	575
Jurisprudencia del Tribunal Supremo	
<b>SENTENCIAS COMENTADAS</b>	
José Ramón de VERDA y BEAMONTE: «Constitución de curatela en caso de prodigalidad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Civil) 1143/2024, de 18 de septiembre» .....	613
Ángel JUÁREZ TORREJÓN: «Disposiciones a <i>non domino</i> , fe pública registral y tracto sucesivo (a propósito de la STS 2171/2024, de 8 de mayo de 2024)» .....	655
<b>SENTENCIAS</b>	
A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Brian BUCHHALTER MONTERO, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Jose María MARTÍN FABA, Carlos ORTEGA MELIÁN, Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN, Margarita SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Francisco SANTANA NAVARRO.....	733

Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

**SENTENCIA COMENTADAS**

Laura SANCHO MARTÍNEZ: «Cuestiones de derecho transitorio y naturaleza jurídica de la legítima vasca de descendientes: comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Civil y Penal) 4/2024, de 10 de junio)».....

781

La especial naturaleza de la obligación de  
alimentos a los hijos e hijas menores de edad.  
*In praeteritum (si) vivitur\**

**JUDITH SOLÉ RESINA**

Catedrática de Derecho civil  
Universidad Autónoma de Barcelona

**RESUMEN**

*Este trabajo pretende poner de manifiesto la necesidad de una reforma legal que posibilite a los hijos e hijas la reclamación de los alimentos debidos por sus progenitores, más allá de lo que permite la regulación vigente. El estudio se sustenta, en buena medida, en la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. Parte del análisis del fundamento y origen de la obligación de alimentos a los hijos e hijas menores de edad, que le confieren una especial naturaleza. Reflexiona sobre las consecuencias del incumplimiento de dicha obligación y analiza la vigente regulación de la obligación de alimentos, contenida en los artículos 142 a 153 CC, de la que concluye no proporciona la protección debida a los hijos e hijas menores ni al progenitor que ha cumplido en solitario. De lege ferenda, propone establecer la retroactividad de la obligación de alimentos a los hijos e hijas desde su nacimiento y que el dies a quo en el cómputo de la prescripción de la acción se haga coincidir con el tiempo en el que el hijo o hija alcance la mayoría de edad.*

**PALABRAS CLAVE**

*Obligación de alimentos a los hijos. Incumplimiento de la obligación de alimentos. Violencia económica. Retroactividad de los alimentos.*

---

\* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «La inaplazable modernización del derecho de obligaciones y contratos del Código Civil español» ref. PID2022-138909NB-100), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

## The special nature of the obligation of support for minor children. *In praeteritum (si) vivitur*

### ABSTRACT

*The objective of this work is to highlight the need for a legal reform that makes it possible for children to claim alimony owed by their parents, beyond what is allowed by current regulations. The study is based, to a large extent, on the most recent jurisprudence of the Supreme Court. It starts from the analysis of the basis and origin of the obligation to support minor children, which gives it a special nature. Reflect on the consequences of non-compliance with said obligation and analyse the current regulation of the maintenance obligation, contained in articles 142 to 153 CC, which concludes that it does not provide the protection due to minor children or to the parent who has served alone. De lege ferenda, it proposes to establish the retroactivity of the obligation to provide maintenance to children from birth and that the dies a quo in the calculation of the statute of limitations of the action be made to coincide with the time in which the child reaches the age of majority.*

### KEYWORDS

*Child support obligation. Failure to comply with the maintenance obligation. Economic violence. Retroactivity of food.*

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Especial naturaleza de la obligación de alimentos a los hijos e hijas menores de edad.*—III. *El incumplimiento de la obligación de alimentos a los hijos e hijas: el delito de impago de pensiones y la violencia económica.*—IV. *La limitación temporal de la exigibilidad de los alimentos debidos a los hijos e hijas menores de edad.*—V. *La prescripción de la acción de alimentos debidos a los hijos o hijas menores de edad.*—VI. *La necesidad de una reforma legal de los alimentos a los hijos e hijas menores de edad. In praeteritum (si) vivitur.*—VII. *Conclusión.—Bibliografía.—Jurisprudencia.*

### I. INTRODUCCIÓN

El artículo 110 CC establece la obligación de los progenitores de velar por los hijos e hijas menores y prestarles alimentos. Sin embargo, nuestro ordenamiento no dispone de un régimen jurídico especial de la obligación de alimentos a los hijos e hijas, de modo que se regula, conforme a lo establecido en el artículo 153 CC, por las normas relativas a los alimentos entre parientes dispuestas en

los artículos 142 ss., de aplicación supletoria. La única referencia legal específica a los alimentos a los hijos e hijas es la relativa a su contenido y se encuentra recogida en el artículo 142.2 CC, que dispone que: «Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable».

Aspectos como la exigibilidad de la obligación de alimentos a los hijos e hijas, su cuantificación, la forma de cumplimiento, las consecuencias de su incumplimiento y la retroactividad de dicha obligación son actualmente resueltos por la jurisprudencia. Especialmente conflictivas resultan cuestiones como la existencia de la obligación de proporcionar un mínimo vital y su determinación; las formas de cumplimiento de la obligación de alimentos, tanto en situación de convivencia de los progenitores como de vida separada de los mismos y especialmente en situaciones de crisis matrimonial o de pareja; la calificación de gastos ordinarios y extraordinarios de los hijos e hijas; la relación entre el uso de la vivienda familiar y la pensión de alimentos a efectos de contabilizar el primero como contribución a la segunda; y la oportunidad de establecer garantías al pago de la obligación, entre otras. Lo que pone en evidencia la necesidad de acabar con la laguna legal existente y dotar a la obligación de alimentos a los hijos e hijas menores de un régimen jurídico propio.

En las siguientes líneas abordaremos únicamente el análisis de la exigibilidad o retroactividad de la obligación de alimentos de los hijos e hijas menores de edad. Nos planteamos si ante el incumplimiento de uno de los progenitores pueden y deberían poder reclamarse los alimentos debidos a los hijos e hijas con carácter retroactivo, y si el progenitor que los ha prestado en solitario puede y debería poder exigir el reembolso de la parte que correspondía pagar al incumplidor.

Como cuestión previa es preciso señalar que la obligación de alimentos de los progenitores a los hijos e hijas puede extenderse más allá de la llegada de estos a la mayoría de edad. Sin embargo, ha señalarse que, tras la extinción de la patria potestad, necesariamente cambia el fundamento de esta obligación, que deja de sustentarse en los deberes inherentes a la filiación y se basa en el principio de solidaridad familiar e intergeneracional<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> De la solidaridad familiar se ha dicho que «constituye la base o fundamento jurídico-humano por el cual la ley establece ciertos límites y/o derechos y deberes en favor de ciertas personas con quienes se mantiene una relación familiar, en especial, las que se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad», *Vid. HERRERA, BMPJRC, 2024, p. 195.*

En este sentido, la STS 558/2016, de 21 de septiembre<sup>2</sup> afirma que «el derecho de alimentos del hijo mayor de edad continuado o sobrevenido a la extinción de la patria potestad conforme al artículo 93.2 CC se apoya fundamentalmente en lo que la doctrina civilista ha denominado «principio de solidaridad familiar» que, a su vez, debe ponerse en relación con la actitud personal de quien se considera necesitado (art. 152 C. C); y de este modo, se concluye que el contenido de la obligación de prestar alimentos respecto de los hijos mayores de edad se integra sólo por las situaciones de verdadera necesidad y no meramente asimiladas a las de los hijos menores. «Por ello en tales supuestos el juez fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes del Código Civil (STS de 19 de enero de 2015), pues como recoge la STS de 12 de febrero de 2015, se ha de predicar un tratamiento diferente «según sean los hijos menores de edad, o no, pues al ser menores más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención».

También la doctrina es unánime al señalar que la prestación alimentos a los hijos e hijas mayores de edad por quienes han ejercido la patria potestad se fundamenta en el principio de solidaridad familiar, reforzado por una base constitucional, pues, conforme al artículo 39.3 CE «los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda»<sup>3</sup>. A diferencia de lo que ocurre con los alimentos debidos a los hijos e hijas menores, que derivan de la patria potestad –alimentos institucionales– será requisito necesario el estado de necesidad de los mayores y solamente subsistirán mientras esta permanezca. Se trata de una obligación legal que resulta de la aplicación de los artículos 142 a 153 CC –alimentos entre parientes–<sup>4</sup>.

Más allá de la solidaridad familiar, la doctrina se plantea el valor de la socioafectividad en las relaciones paternofiliales<sup>5</sup>. Sobre

<sup>2</sup> STS 558/2016, Sala de lo Civil, Sección Primera, de 21 de septiembre de 2016, rec. 3153/2015, ponente Eduardo Baena Ruiz. ROJ: STS 4101/2016

<sup>3</sup> Ver por todos, BERROCAL LANZAROT, *RCDI*, 2020, pp. 479-529.

<sup>4</sup> CAROL IGNACIO, 2018, p. 63, sostiene que los alimentos a los hijos dependientes mayores de edad son una «especie» dentro del género de los alimentos entre parientes del artículo 142 y siguientes del Código Civil.

<sup>5</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, *BMPJRC*, 2024, p. 298, analiza la socioafectividad como nuevo concepto jurídico que puede generar un vínculo paterno-filial, de mayor o menor intensidad y a la vez puede conducir a la supresión de los efectos que la normativa liga a la existencia de tal vínculo. En particular, analiza la incidencia negativa de la afectividad en el supuesto de extinción de la obligación de alimentos acordada en favor de los hijos o hijas mayores por la falta de relación con su progenitor. *Vid.* también, ÁLVAREZ ESCUDERO, 2022, p. 167.

esta cuestión resulta especialmente interesante la STS 104/2019, de 19 de febrero<sup>6</sup>, que resuelve que la obligación de alimentos a los hijos e hijas mayores de edad debe mantenerse incluso cuando no existen relaciones afectivas y comunicación entre alimentante y alimentistas si no queda demostrado que dicha falta de relación es imputable de forma principal y relevante al hijo o hija. El Tribunal Supremo plantea la cuestión de si la conducta que tenga un hijo mayor de edad hacia su progenitor puede, en función de su intensidad, amparar que se extinga la pensión alimenticia que recibe de él o ha de seguir manteniéndose esta<sup>7</sup>. Concretamente se cuestiona si a los efectos de la obligación alimenticia es de aplicación una interpretación flexible de las causas de desheredación conforme a la realidad social, que permita entender que la obligación de prestar alimentos se extingue por el hecho de que el alimentado incurra en alguna causa de desheredación, en la misma línea que prevé expresamente el Código Civil de Cataluña (art. 237-13). Se trata de decidir si la ausencia de relación familiar se podría integrar en el artículo 853 CC, por vía de interpretación flexible de la causa 2.<sup>a</sup> El Alto Tribunal sostiene el argumento de que cuando la solidaridad intergeneracional desaparece por haber incurrido el legitimario en alguna de las conductas reprobables previstas en la ley es lícita su privación. Sin embargo, a la hora de admitir esta causa a efectos de extinción de la pensión alimenticia, considera que es imprescindible la prueba de la concurrencia de la falta de relación manifiesta entre padre e hijos, así como la prueba de que ésta es imputable de forma principal y relevante al hijo o hija<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> STS 104/2019, Sala de lo Civil, Sección Primera, de 19 de febrero de 2019, rec. 1434/2018, ponente Eduardo Baena Ruiz. ROJ: STS 502/2019.

<sup>7</sup> La STS 104/2019, de 19 de febrero ha sido objeto de una especial atención por parte de la doctrina. Para un análisis más detenido, ver MÉNDEZ TOJO, AC, 2019; CASTILLO SALDÍAS, *RJD*, 2019, pp. 132-139; RODA Y RODA, *RDF*, 2023; RIBERA BLANES, *RAJI*, 2000, pp. 482-529; DE LA IGLESIA MONJE, *RCI*, 2019, pp. 2987-2998; CABEZUELO ARENAS, *RDP*, 2019, pp. 1-33; RODRÍGUEZ GUTIÁN, *BMPJRC*, 2024, pp. 235 ss; y BERROCAL LANZAROT, *RCDI*, 2020, p. 479-529.

<sup>8</sup> BERIAN FLORES e IMAZ ZUBIAUR, *RBD*, 2022, pp. 150 ss., efectúan un interesante análisis de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales posterior a la STS 104/2019. Del mismo concluyen que la mayoría de las resoluciones desestiman la solicitud de extinción, si bien desde 2020, van aumentando las sentencias estimatorias. Señalan las autoras que «Coinciden estas resoluciones estimatorias en que la causa procede aplicarse cuando el cese de relaciones paterno-filiales entre alimentante y alimentista (mayor de edad) es imputable de forma principal y relevante a este último. De ahí que, con la mera declaración expresa del alimentista rechazando, de manera clara, el vínculo que le une a su progenitor no conviviente, estas audiencias procedan a estimar la solicitud de extinción. Alegan estas resoluciones la falta de pruebas en torno a las razones por las que el hijo o hija alimentista rechaza relacionarse con su padre, como si las conductas que degradan las relaciones humanas entre progenitores e hijos pudieran ser probadas de la manera que se solicita. Se percibe una clara inversión en la argumentación: lo que, en las primeras resoluciones, tras la STS de 2019, suponía “falta de habilidades” del alimentante para relacionarse con sus hijos o hijas (posibilitando la imputabilidad compartida) en las resoluciones estimatorias

En definitiva, a los efectos de introducir el estudio que nos ocupa debemos partir de la base de que la obligación de alimentos a los hijos e hijas puede extenderse tras la llegada de estos a la mayoría de edad, incluso en los supuestos de falta de relación afectiva de estos con sus progenitores, pero cambia el fundamento de tal obligación y, como veremos a continuación, su naturaleza jurídica.

## II. ESPECIAL NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS A LOS HIJOS E HIJAS MENORES DE EDAD

La obligación de alimentos de los progenitores a los hijos e hijas menores deriva del deber de asistencia de todo orden que les impone la Constitución en el artículo 39. 3 CE, que establece «los padres deberán prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legítimamente proceda».

De ahí que, lo primero que hay que advertir al tratar la obligación de alimentos de los progenitores para con sus hijos e hijas menores de edad es que es un deber constitucional. Lo que significa que el tratamiento legal de dicha obligación deberá ajustarse al contenido del artículo 39.3 CE, que consagra el principio del interés superior del menor que debe regir en las relaciones entre padres e hijos.

Además, el apartado 4 del artículo 39 CE dispone que «Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos». Pues bien, la obligación de alimentos de los padres a los hijos menores también se encuentra reconocida en diversos Instrumentos Internacionales, a los que remite el precepto, entre los que cabe destacar la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, que en su artículo 18.1 obliga a los Estados Partes a tomar las medidas legales necesarias para garantizar su cumplimiento. En esta línea dispone que: «1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los

---

se torna “falta de pruebas” de las motivaciones alegadas por el alimentista. No puede olvidarse que todos los solicitantes son varones. En todos los supuestos hay falta de relación con los hijos o hijas mayores de edad. En lugar de incidirse en las causas que provocan, en los hijos alimentistas, el rechazo respecto del padre, el mero cese de relaciones valida la extinción de la obligación de alimentos.»

representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.»

Y, claro está, correlativo al deber de los padres es el derecho de los hijos e hijas menores a recibir asistencia de todo orden de sus progenitores (los dos) durante su minoría de edad y desde el nacimiento.

El deber constitucional de los padres de asistencia a los hijos encuentra su concreción legal en el artículo 110 CC, que dispone que: «El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y prestarles alimentos». Repárese que la obligación legal de alimentos tiene su origen en el hecho de la generación<sup>9</sup>. La ley la reconoce como un efecto de la filiación, que se produce con independencia de la constitución y permanencia de la potestad parental, por lo que el padre y la madre están en todo caso –aunque no la ostenten– obligados a prestar alimentos a los hijos e hijas menores desde su nacimiento. De este modo, aunque se trata de una obligación inherente a la patria potestad, la obligación de alimentos a los hijos e hijas menores existe de forma independiente a aquella, lo que explica que la privación de la patria potestad no exime de tal obligación (art. 110 y 111.4 CC) y que, en cambio, el incumplimiento de la obligación de alimentos es causa de la privación de la potestad (art. 170 CC).

En este sentido, la reciente STS 106/2024, de 30 de enero<sup>10</sup>, aplicando los criterios sentados en la STS 998/2004, de 11 de octubre<sup>11</sup>, resuelve que procede la privación de la patria potestad del progenitor en caso de falta de interés, de contacto y de preocupación por la manutención y bienestar del hijo menor desde el mismo momento del nacimiento, en beneficio e interés del menor. Y dispone que «La privación no implica la extinción de la relación paterno filial y el demandado continúa ostentando el deber legal de velar por su hijo y prestarle alimentos, contenido de la filiación y no de la patria potestad (arts. 39 CE y 110 CC)».

Y la STS 629/2018, de 13 de noviembre<sup>12</sup>, siguiendo la STS 202/2015, de 24 de abril<sup>13</sup>, va incluso más allá, al establecer

---

<sup>9</sup> En este sentido, RIBOT IGUALADA, 2019, p. 217, sostiene que la obligación de alimentos que la ley impone a los progenitores encuentra su fundamento en la responsabilidad derivada de haberlos traído al mundo.

<sup>10</sup> STS 106/2024, Sala de lo Civil, Sección Primera, de 30 de enero de 2024, rec. 5504/2022, ponente María de los Ángeles Parra Lucán, ROJ: STS 433/2024.

<sup>11</sup> STS 998/2004, Sala de lo Civil, Sección Primera, de 11 de octubre de 2004, rec. 5226/1999, ponente José Almagro Nosete, ROJ: STS 6373/2004.

<sup>12</sup> STS 629/2018, Sala de lo Civil, Sección Primera, de 13 de noviembre de 2018, rec. 3275/2017, ponente José Antonio Seijas Quintana, ROJ: STS 3700/2018.

<sup>13</sup> STS 202/2015, Sala de lo Civil, Sección Primera, de 24 de abril de 2015, rec. 1254/2013, ponente José Antonio Seijas Quintana, ROJ: STS 1933/2015.

que la obligación de alimentos puede surgir incluso de la «apariencia de paternidad». El supuesto de hecho que se resuelve es el siguiente: Don Marino y Doña Juliana contrajeron matrimonio y durante la vigencia del mismo nacieron tres hijos. La pareja se divorció y se decretaron entre otras medidas una prestación de alimentos en favor de los tres hijos de 700 euros mensuales y el pago de la mitad del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda. Tras un proceso de filiación en el que se declaró la no paternidad de uno de los hijos (el segundo) que venía considerando como suyo, formuló una demanda frente a quien había sido su esposa para reclamarle los alimentos que le había abonado en concepto de pensión de alimentos, junto a los gastos abonados para la determinación de la paternidad y 70.000€ en concepto de daños morales.

El Tribunal Supremo estima que «a) El niño nace constante la relación de matrimonio y como tal se inscribe en el registro civil, por razón de la presunción de paternidad matrimonial que establecen los artículos 113 y 116 CC, reforzada por la presunción de convivencia del artículo 69, y desde entonces se aplican las normas de protección de la familia a través de una suerte de medidas tanto personales como patrimoniales. Entre otras las que resultan de los artículos 111 y 154 CC, una de las cuales, los alimentos, se extrae del conjunto de obligaciones que integran la patria potestad para reclamar su devolución. b) Estos alimentos, como las demás obligaciones que integran la potestad de los padres –velar por ellos, tenerlos en su compañía, educarlos, formarlos, representarlos y administrar sus bienes– (artículo 154 CC), y el propio hecho de la filiación (artículo 111 CC), han surtido sus efectos en cada uno de los momentos de la vida del niño porque la función de protección debía cumplirse y el hijo debía ser alimentado, lo que impide que pueda solicitarse su devolución por el hecho de que no coincida la paternidad real, basada en la realidad biológica, con la formal.... d) El derecho a los alimentos del hijo existía, por tanto, por el hecho de haber nacido dentro del matrimonio; y, como consecuencia de esa apariencia de paternidad, el padre hizo frente a todas las obligaciones que le correspondían, entre las que se encontraba no solo la manutención económica, sino la de velar por él, tenerlo en su compañía, educarlo, formarlo, representarlo y administrar sus bienes. Los pagos se hicieron, en definitiva, como consecuencia de una obligación legalmente impuesta entre quien pagaba y quien se beneficiaba de dicha prestación, y es efectiva hasta que se destruye esta realidad biológica mediante sentencia dictada en proceso de impugnación de la filiación matrimonial». Más adelante volveremos sobre esta Sentencia.

Lo dicho hasta el momento permite señalar que la obligación de alimentos a los hijos e hijas menores presenta importantes diferencias con la obligación de alimentos entre parientes o alimentos denominados «autónomos». Así, de una parte, la relativa al contenido de la obligación, que como se ha visto es más amplio para los alimentos debidos a los hijos e hijas conforme la regla especial contenida en el artículo 142.2 CC. Y, de otra parte, y esta es una diferencia esencial, la de los requisitos exigibles para su nacimiento: la obligación de alimentos entre parientes, basada en la solidaridad familiar, tiene como presupuestos la relación de parentesco y el estado de necesidad del alimentista (arts. 143 y 148.1 CC); mientras que la obligación de alimentos de los progenitores a los hijos e hijas menores tiene carácter unilateral y deriva de la filiación (incluida la apariencia de filiación), corresponde a ambos progenitores y no exige ningún presupuesto más allá de la propia generación, de modo que no requiere que el hijo o hija necesite los alimentos para vivir<sup>14</sup>.

En este sentido, el Tribunal Supremo tiene expresamente reconocida la especial naturaleza de la obligación de alimentos a los hijos e hijas menores en la STS 742/2013, de 27 de noviembre<sup>15</sup>, en la que afirma que «se debe partir de la diferente naturaleza existente entre la obligación de alimentos entre parientes y la obligación de alimentos a los hijos manifestada claramente, entre otros extremos, en el distinto fundamento que las informa, el valor referencial del principio de solidaridad familiar, por una parte, frente a un contenido básico derivado directamente de la relación de filiación (39.3 CE y 110 y 111 CC), la diferente finalidad y contenido de las mismas, el sustento básico para salvaguardar la vida del alimentista, por una parte, frente a una asistencia mucho más amplia que se extiende, estén o no estén en una situación de necesidad, a los gastos que ocasione el desarrollo de la personalidad del menor (10 CE y 154.2 CC) y, en suma, la distinta determinación y extinción según sea la naturaleza de la obligación de alimentos».

En la misma línea, el Tribunal Constitucional ha manifestado en la STC 57/2005, de 14 de marzo<sup>16</sup> que: «los alimentos a los hijos, en la medida en que tienen su origen exclusivamente en la filiación (art. 39.3 CE), ni precisan demanda alguna para que se origine el derecho a su percepción, ni la ley prevé excepciones al deber constitucional de satisfacerlos...».

<sup>14</sup> *Vid.* En el mismo sentido se expresa la doctrina mayoritaria. *Vid.* RIBOT IGUALADA, *RCDP*, 2013, pp. 113-114; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *DPyC*, 2015, pp. 11 ss.; y LAZZARO, *ADC*, 2024, p. 102, entre otros.

<sup>15</sup> STS 742/2013, Sala de lo Civil, Sección Primera, de 27 de noviembre, rec. 1159/2012, ponente Francisco Javier Orduña Moreno, ROJ: STS 5707/2013.

<sup>16</sup> STC 57/2005, Sala Segunda, de 14 de marzo, rec. 4062/2001, ponente Elisa Pérez Vera, ECLI: ES: TC:2005:57.

### III. EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS A LOS HIJOS E HIJAS: EL DELITO DE IMPAGO DE PENSIONES Y LA VIOLENCIA ECONÓMICA

Como es sabido, existen dos vías posibles para reclamar el cumplimiento de los alimentos debidos por los progenitores a los hijos e hijas menores de edad: la vía penal y la vía civil. Indudablemente la segunda debe ser preferida a la primera, no solo por el carácter de última *ratio* del derecho penal, sino porque las penas que van a imponerse al progenitor incumplidor pueden ponerle en una situación que le dificulte conseguir los recursos necesarios para hacer frente a los alimentos. Sin embargo, el estudio de la obligación de alimentos a los hijos e hijas requiere su análisis desde esta doble perspectiva –civil y penal–.

En el ámbito penal, hay que recordar que el incumplimiento de la obligación de alimentos a los hijos e hijas puede dar lugar a un delito de impago de los alimentos tipificado en el artículo 227 CP, que dicta:

«1. El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses. 2. Con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior. 3. La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas.»

El Tribunal Supremo ha fijado los requisitos del delito de impago de pensiones, en la Sentencia 419/2022 de 28 abril<sup>17</sup>. Son: a) la existencia de una resolución judicial que establezca la obligación dictada en un proceso de separación, divorcio, nulidad matrimonial, filiación o alimentos; b) la falta de pago de la prestación en los términos que sienta el artículo 227; y c) la posibilidad (económica) de la persona obligada de realizar el pago.

Sin embargo, el Alto Tribunal ha reconocido que puede hablarse de impago de pensiones aun cuando la obligación no se ha establecido en una resolución judicial. En este sentido, el Tribunal Supremo también ha afirmado en la citada sentencia que: «el acusado,

<sup>17</sup> STS 419/2022, Sala de lo Penal, Sección Primera, de 28 de abril de 2022, rec. 4205/2020, ponente Leopoldo Puente Segura, ROJ: STS 1736/2022.

conociera o no la existencia (la vigencia) de la resolución judicial que le imponía satisfacer en favor de su hija la referida pensión de alimentos, no podía ignorar que, efectivamente, tenía una hija menor y que la misma demandaba la satisfacción de determinadas necesidades de naturaleza económica, de cuya financiación el acusado se desentendió durante un prolongado período de tiempo».

En la misma línea, la reciente STS 151/2024, de 21 de febrero<sup>18</sup> señala que el bien jurídico protegido es el derecho de asistencia económica de los miembros de la unidad familiar: «El delito tipificado en el actual artículo 227 del Código Penal vigente, lo que pretende es proteger a los miembros más débiles de la unidad familiar frente al incumplimiento de los deberes asistenciales por el obligado a prestarlos; luego el bien jurídico protegido no es el cumplimiento de una resolución judicial, sino el derecho de asistencia económica a que tienen derecho determinados miembros de una unidad familiar.» Y afirma, asimismo, que el delito de impago de pensiones es un delito de mera actividad, «lo que supone que no se exige una situación de necesidad por parte del que tiene derecho a la prestación ni que se derive para este perjuicio alguno diverso del de la no percepción de la prestación».

En otro orden de ideas, el mismo Tribunal Supremo en la STS 239/2021, de 17 de marzo<sup>19</sup> –a la que han seguido otras en el mismo sentido– ha sostenido que los progenitores tienen la obligación moral y natural de satisfacer los alimentos. De este modo, puede afirmarse que la obligación de alimentos a los hijos e hijas menores de edad trasciende con mucho a la obligación civil de pago de cantidad dineraria establecida en una resolución judicial. La configuración de la obligación de alimentos a los hijos e hijas como una obligación moral y natural permite desligarla de la existencia de determinación legal de la filiación, de forma que puede obligar a los progenitores aun cuando no haya quedado legalmente establecida la filiación, sin perjuicio de que hasta que esto no ocurra no resulte exigible (art. 112 CC). Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

De otro lado, el Alto Tribunal, en esta misma resolución (STS 239/2021) y en otras posteriores, ha mantenido que el delito de impago de pensión alimentaria configura una forma de violencia económica sobre los hijos e hijas y sobre el otro progenitor. Afirma en este sentido que «el incumplimiento de la obligación del pago de la pensión de alimentos puede configurarse como una especie de violencia económica, en tanto el progenitor que por

<sup>18</sup> STS 151/2024, Sala de lo Penal, Sección Primera, de 21 de febrero de 2024, rec. 499/2022, ponente Vicente Magro Servet, ROJ: STS 935/2024.

<sup>19</sup> STS 239/2021, Sala de lo Penal, Sección Primera, de 17 de marzo, rec. 2293/2019, ponente Vicente Magro Servet, ROJ: STS 914/2021.

resolución judicial tiene que abonar la pensión de alimentos, tiene una obligación moral y natural para con sus hijos, a los que deja en un estado de necesidad, obligando a la progenitora custodia a cubrir las necesidades que no cumple el otro progenitor, por lo que se ejerce una doble victimización, a los hijos que no reciben los alimentos y al progenitor que debe sustituir al obligado a prestarlos, que incumple. Así, cuando el progenitor no custodio incumple el pago de la pensión de alimentos, obliga a la mujer, que tiene la custodia de los hijos menores, a ser la única que se encarga y responsabiliza del sustento económico de los hijos, dando lugar a que tenga un mayor empobrecimiento, afectando a su salud psicológica cuando carece de recursos para ello, obligándola a acudir a la vía judicial para que se restablezca la situación y a que vea reducidas sus propias necesidades para cubrir la de sus hijos. En estos casos, se puede entender que existe violencia económica en tanto se puede concluir, que el progenitor no custodio no abona la pensión de alimentos de forma voluntaria, contando con capacidad económica, intentando causar un perjuicio económico a la madre custodia, consistiendo en otra forma de manipulación».

Actualmente, la doctrina y la jurisprudencia son unánimes al considerar que la violencia económica es una forma de violencia de género que el ordenamiento jurídico debe combatir<sup>20</sup>. Hay violencia económica contra la mujer cuando el hombre ejerce el poder de control y dominación sobre la mujer a través de los recursos económicos<sup>21</sup>. La mayoría de las legislaciones autonómicas en España reconocen expresamente la violencia económica como una forma de violencia contra la mujer y definen este concepto<sup>22</sup>, lo

---

<sup>20</sup> Diversos Instrumentos Internacionales se ocupan de la violencia económica sobre la mujer. Así, el Convenio de Estambul, vigente en España desde el 1 de agosto de 2024, que define la violencia contra la mujer como «una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres» (art. 3) y explica que designa «todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar estos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada». De este modo incluye la violencia económica contra las mujeres como una forma de violencia de género. El Convenio de Estambul obliga a los Estados parte a adoptar todas las medidas necesarias y las reformas legislativas pertinentes para evitar y sancionar la violencia contra las mujeres y conseguir la reparación integral del daño causado».

De otra parte, la Recomendación General n.º 35 del Comité CEDAW, emitida en 2017, sobre violencia de género contra las mujeres, establece una concreción de estas obligaciones generales, en cuanto a las medidas legislativas generales que deben tomar los Estados.

<sup>21</sup> *Vid.* PALAZÓN GARRIDO, 2021, p. 529.

<sup>22</sup> Así, la Ley canaria 16/2003, de 8 de abril, de prevención y protección integral de las mujeres contra la violencia de género (art. 2.1); la Ley 1/2004, de 1 de abril, de Violencia de Género de Cantabria (art. 3); la Ley 4/2007, de 22 de marzo de Violencia de Género de Aragón (art. 2); la Ley 7/2007, de 4 de abril, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres y de Protección contra la Violencia de Género en la Región de Murcia (art. 40.1); la Ley 11/2007, de 27 de julio, para la erradicación y tratamiento integral de la violencia de género de Galicia (art. 3); la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención

que no ocurre todavía en el ámbito estatal donde. Sin embargo, la LO 8/2011, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia, incluye la violencia económica entre los supuestos de violencia, que define como «toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo», con lo que el impago de las pensiones de alimentos se configura como una forma de violencia contra la infancia y la adolescencia. Tampoco alberga dudas entre la doctrina que el impago de alimentos es una manifestación de la violencia económica<sup>23</sup>.

El reconocimiento de la violencia económica como una forma de violencia de género ha de permitir a las mujeres y a los hijos e hijas que la sufren acceder a las mismas medidas de protección y de restauración que las víctimas de cualquier otro tipo de violencia de género, como puede ser la física o sexual. Para ello es preciso mejorar la reparación del daño causado por el impago de alimentos de los hijos e hijas buscando la reparación integral, lo que ha de incluir la indemnización del daño moral y el reembolso del total de los alimentos satisfechos por la mujer que no le correspondían<sup>24</sup>.

En lo que aquí interesa, hay que destacar que el artículo 227.3 CP, antes transcrito, hace una expresa referencia a que la reparación del daño procedente del delito de impago de pensiones comporta el pago de las cuantías adeudadas<sup>25</sup>. Sin embargo, la cuestión del alcance de las cuantías adeudadas que pueden reclamarse como consecuencia de esta tipificación no es pacífica. Se trata de determinar si la reparación del daño procedente del delito de impago de pensiones comporta el pago de todas las pensiones impagadas o solamente el pago de las pensiones adeudadas exigibles conforme la regulación civil de la obligación de alimentos.

---

y protección integral contra la violencia de género de Andalucía, modificada por la Ley 7/2018 (art. 3.3); la Ley catalana 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista (art. 4 e); la Ley 13/2010, de 9 de diciembre, contra la violencia de género en Castilla y León (art. 2.2); la Ley 3/2011, de 1 de marzo, de prevención, protección y coordinación institucional en materia de violencia en La Rioja (art. 5 c); la Ley 7/2012, de 23 de noviembre, Integral contra la Violencia sobre la Mujer en el Ámbito de la Comunidad Valenciana (art. 3.4); la Ley Foral Navarra 14/2015, de 10 de abril, para actuar contra la violencia hacia las mujeres (art. 3.3), la Ley 11/2016, de 28 de julio, de igualdad de mujeres y hombres de las Islas Baleares (art. 65.4); y la Ley 4/2018, de 8 de octubre, para una Sociedad Libre de Violencia de Género en Castilla-La Mancha (art. 5 c).

<sup>23</sup> Vid. LONDOÑO VASQUEZ, ND, 2020, p. 9; y CAPPELLA, 2022, p. 177, que afirma que «el incumplimiento alimentario en sus distintas variables (total, parcial, tardío, etc.) constituye un modo particularmente insidioso de violencia de género en la familia, pues ocasiona un deterioro de la situación socio económica de la mujer que repercute negativamente al limitar los recursos destinados a satisfacer las necesidades que deben cubrirse y la priva de los medios imprescindibles para afrontar la vida con dignidad».

<sup>24</sup> Sobre la reparación del daño moral provocado por el delito de impago de pensiones, ver. SOLÉ RESINA, *La ley penal*, 2023, pp. 1-15.

<sup>25</sup> Puede verse un interesante análisis del art. 227 CP en MAGRO SERVET, *RDF*, 2024.

Sobre este punto el Tribunal Supremo ha sentado doctrina en la Sentencia 364/2021, de 29 abril<sup>26</sup>. En ella el Alto Tribunal explica que el pago de las pensiones adeudadas a las que se refiere el artículo 227.3 CP no es un supuesto de concreción de la responsabilidad civil nacida del delito de impago de pensiones. Explica, con detalle, las diversas posiciones sobre si la sentencia penal debe acordar como responsabilidad civil el pago de las pensiones no abonadas. La teoría más extendida niega esa posibilidad, sobre la base de que el delito no provoca la obligación porque consiste justamente en no pagar deudas ya devengadas. Sostiene que la obligación civil de pago pensiones impuesta en sentencia es una obligación nacida de la ley y no se transforma por el hecho de que su incumplimiento haya podido dar lugar a un proceso penal en el que viene a ser exigida, sino que sigue siendo la misma obligación, con idéntico régimen, y con idéntico obligado, aunque pueda convertirse en objeto accesorio del proceso penal. Y afirma: «De ahí podemos concluir que no juega para esa obligación el régimen de prescripción de la responsabilidad civil nacida de delito, sino el específico de esa obligación que lleva a un plazo de cinco años en el derecho común y tres en el derecho civil catalán. Ni tampoco el régimen de sujetos obligados civilmente de los artículos 118 ss. CP. Por la misma razón que una pensión alimenticia fijada ex artículo 193 CP no atraería plazos de prescripción diferentes a los específicos marcados por la legislación civil. No parece tesis asumible que las pensiones que debía el ahora recurrente hubiesen prescrito al cumplirse tres años de su nacimiento; (¡incluso que esa extinción hubiese sido proclamada por el Juez de familia ante la reclamación!); y que, sin embargo, al interponerse una denuncia, fuese cual fuese el tiempo transcurrido, se produjese un insólito efecto resurrección de las pensiones ya fenecidas, de obligaciones extinguidas por prescripción. Item más, si se configura como delito permanente, y se han ido sucediendo reiterados impagos, todas las pensiones de los últimos quince años (situándonos en el régimen anterior a la reforma de 2015) volverían a ser exigibles. Aunque el Juzgado de familia las hubiesen declarado civilmente prescritas, por haberse reclamado previamente ante él.»

El Tribunal Supremo ha vuelto sobre esta cuestión en la reciente STS 41/2024, de 17 de enero<sup>27</sup>, en la que afirma, con relación al

<sup>26</sup> STS 364/2021, Sala de lo Penal, Sección Primera, de 29 abril de 2021, rec. 1015/2020, ponente Antonio del Moral García, ROJ: STS 1711/2021.

En el mismo sentido STS 309/2022, Sala Penal, Sección Primera, de 29 marzo de 2022, rec. 5945, ponente Antonio del Moral García, ROJ: STS 1217/2022.

<sup>27</sup> STS 41/2024, Sala Penal, Sección Primera, de 17 de enero de 2024, rec. 6358/2021, ponente Vicente Magro Servet, ROJ: STS 242/2024.

plazo de prescripción de la obligación del pago de la pensión ex artículo 227.3 CP, que «Esa obligación civil –pago pensiones– impuesta en sentencia (que en rigor puede reclamarse en el mismo proceso de ejecución en familia, aunque exista un proceso penal en trámite) no es responsabilidad civil que nazca de un delito. Se generó antes. Es una obligación nacida de la ley. No se transforma por el hecho de que su incumplimiento haya podido dar lugar a un proceso penal en el que viene a ser exigida. Sigue siendo la misma obligación, con idéntico régimen, y con idéntico obligado, aunque pueda convertirse en objeto accesorio del proceso penal. De ahí podemos concluir que no juega para esa obligación el régimen de prescripción de la responsabilidad civil nacida de delito, sino el específico de esa obligación que lleva a un plazo de cinco años en el derecho común y tres en el derecho civil catalán.»

De lo anterior se concluye que por vía penal solamente se pueden reclamar las obligaciones de alimentos que establece la normativa civil, lo que otorga mayor trascendencia, si cabe, a las cuestiones de la retroactividad y de la prescripción de la acción, que abordaremos en el próximo apartado. Ello sin perjuicio de que a la anterior reclamación puede añadirse la de la indemnización por el daño moral sufrido como responsabilidad civil derivada del delito.

Nótese que la reparación integral del daño ocasionado con el impago de pensiones es imprescindible, no solamente para reparar a la víctima de violencia económica, sino también para evitar fomentar la impunidad que de otro modo se genera y que contribuye a potenciarla<sup>28</sup>. En este sentido, entendemos con Graciela Medina que: «...un sistema judicial que no condene a indemnizar las consecuencias de la violencia doméstica es un sistema ineficaz que fomenta la impunidad y en alguna medida contribuye a generar violencia...»<sup>29</sup>.

En otro orden de ideas hay que señalar las consecuencias civiles del impago de alimentos para el progenitor<sup>30</sup>. De un lado, supone un incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad que,

---

<sup>28</sup> La Recomendación General 35 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) del 2017 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, dispone que los Estados partes deben proporcionar «reparaciones efectivas a las víctimas y supervivientes de la violencia por razón de género contra la mujer. Las reparaciones deberían incluir diversas medidas, tales como la indemnización monetaria, la prestación de servicios jurídicos, sociales y de salud, incluidos servicios de la salud sexual, reproductiva y mental para una recuperación completa, y la satisfacción y garantías de no repetición. Tales reparaciones deben ser adecuadas, atribuidas con prontitud, holísticas y proporcionales a la gravedad del daño sufrido».

<sup>29</sup> MEDINA, 2011, p. 4.

<sup>30</sup> Algunos ordenamientos latinoamericanos prevén ingeniosas sanciones o efectos ligados al impago de pensiones como la retención de la devolución anual de impuesto a la renta; la suspensión de la licencia de conducir; el impedimento de salida del país; aparecer en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos; la suspensión la línea del teléfono

como se ha visto, puede dar lugar a la privación de la misma (art. 170 CC) y cabe plantearse si se debe considerar también una causa de exclusión de la guarda (compartida y exclusiva) del incumplidor e incluso de limitación del derecho de visitas (ex. art. 92,7 CC)<sup>31</sup>. De otro lado, también incide en los derechos sucesorios. En este sentido, el artículo 854.2 CC dispone como causa de desheredación haber negado los alimentos a sus hijos o descendientes sin motivo legítimo. No se contempla, en cambio, el impago de alimentos como causa de indignidad sucesoria pues, tras la reforma operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, desaparece la causa de indignidad del Código Civil que se refería al abandono de la descendencia –que podía integrar el impago pensiones–. Actualmente se prevé como causa de indignidad la privación de la patria potestad (total o parcialmente ex art. 756.2 CC), pero evidentemente es perfectamente posible que no se llegue a privar de la potestad a quien no ha abonado los alimentos y que, por tanto, conserve la capacidad sucesoria. De ahí que, hay quien apunta que sería oportuno que de *lege ferenda* se dispusiera que el impago de alimentos como una causa de indignidad sucesoria para evitar que pueda heredar en todo caso el progenitor incumplidor, pues la desheredación requiere un acto expreso del causante que no siempre existe (sucesión intestada)<sup>32</sup>.

Por último, como se verá a continuación, el Código Civil no posibilita la reparación integral del daño causado que requeriría, respecto del hijo o hija, la reparación de todas las privaciones económicas que ha sufrido como consecuencia del incumplimiento de la obligación de alimentos por parte de uno de sus progenitores y, respecto el progenitor que ha satisfecho los alimentos en solitario, el reintegro de las cantidades que ha abonado y hubieran correspondido al progenitor incumplidor.

#### IV. LA LIMITACIÓN TEMPORAL DE LA EXIGIBILIDAD DE LOS ALIMENTOS DEBIDOS A LOS HIJOS E HIJAS MENORES DE EDAD

Los alimentos debidos a los hijos e hijas menores de edad pueden reclamarse por la vía civil mediante la acción de reclamación de alimentos.

---

móvil; o la suspensión de la licencia de ciclomotor del deudor incumplidor; entre otros. Vid. SOLÉ RESINA, *La Ley Penal*, 2023, p. 8.

<sup>31</sup> Sobre esta cuestión puede verse con mayor detalle, TENA PIAZUELO, *ADC*, 2024, pp. 51 ss., se plantea hasta qué punto la violencia económica es «suficiente» para limitar los derechos parentales del deudor de las pensiones de alimentos.

<sup>32</sup> Vid. CALZADILLA MEDINA, *BMPJRC*, agosto 2024, p. 431.

De *lege data*, no se distingue la acción de reclamación de los alimentos debidos entre parientes y la de los debidos a los hijos e hijas menores de edad y, como se ha visto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende que el artículo 148.1 CC es también aplicable a los segundos. Esta norma dispone que: «La obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos, pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda.»

De este modo, se limita la exigibilidad de la obligación de alimentos al tiempo de interposición de la demanda, por lo que se predica la irretroactividad de los alimentos<sup>33</sup>. Como veremos a continuación, al interpretar esta norma, el Tribunal Supremo mantiene respecto los alimentos a los hijos e hijas menores, el aforismo *in praeteritum non vivitur*, vinculando la obligación de alimentos a las necesidades presentes y futuras del alimentista, lo que implica que los hijos e hijas no pueden reclamar los alimentos anteriores a la fecha de interposición de la demanda, esto es, los alimentos que su progenitor debería haber prestado desde el nacimiento; y que, consecuencia de lo anterior, tampoco el progenitor que los haya prestado en solitario tiene acción para el reembolso de los que no le correspondía prestar<sup>34</sup>.

En este punto son de obligada referencia las STSS 573/2016, de 29 de septiembre<sup>35</sup> y 574/2016, de 30 de septiembre<sup>36</sup>, que resuelven sendos recursos de casación 3326/2015 y 2389/2014, en los se planteaba el problema jurídico relativo a si, determinada judicialmente la filiación paterna de una persona, pueden reclamarse al padre alimentos con efectos retroactivos.

En el primer caso, la filiación paterna no matrimonial había sido determinada judicialmente en el año 2004 en un procedimiento instado por el hijo (nacido en 1983), cuando ya era mayor de edad, y en el que no había reclamado alimentos. Unos años después, en 2011, la madre, que había asumido en exclusiva los gastos de manutención y educación del hijo, inició el procedimiento reclamando del padre el reembolso de dichos gastos. La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda y declaró el derecho

<sup>33</sup> El derecho catalán permite retrotraer los alimentos a los hijos menores a un periodo de un año anterior a la reclamación judicial o extrajudicial, si la reclamación no se hizo por una causa imputable a la persona obligada a prestarlos (art. 237-5 CCat).

<sup>34</sup> Esta solución ha sido fuertemente criticada por AMMERMAN YEBRA, 2017, pp. 35 ss. a quien nos remitimos para un análisis de la reclamación de alimentos pasados en el Derecho comparado.

<sup>35</sup> STS 573/2016, Sala Civil, Sección Pleno, de 29 de septiembre de 2016, rec. 3326/2015, ponente José Antonio Seijas Quintana, ROJ: STS 4176/2016.

<sup>36</sup> STS 574/2016, Sala de lo Civil, Sección Pleno, de 30 de septiembre de 2016, rec. 2389/2014, ponente Ángel Fernando Pantaleón Prieto, ROJ: STS 4184/2016.

de la parte actora al reintegro de 45.000€. Apelada esta sentencia fue revocada por la Audiencia Provincial, que estimó el recurso de apelación del padre y desestimó la demanda.

En el segundo caso la filiación paterna quedó determinada en 2008 en un procedimiento iniciado por la madre del menor (nacido en 2005), en el que no utilizó la posibilidad legal de acumular a la acción de filiación la acción de reclamación de alimentos. La determinación de la filiación fue firme en 2010 y, en un proceso posterior, la madre reclamó una pensión de alimentos para el menor, que se estableció con efectos desde la presentación de esa segunda demanda. Más adelante, en el año 2013, la madre inició un tercer procedimiento contra el padre en reclamación del 80 % de las cantidades empleadas en la atención del menor desde su nacimiento hasta la fecha en que se había establecido la pensión. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la demanda.

El Tribunal Supremo desestimó ambos recursos de casación interpuestos por las madres demandantes contra las sentencias de las respectivas Audiencias Provinciales.

En la Sentencia 573/2016, de 29 de septiembre el Tribunal Supremo sostiene que, conforme al artículo 148.1 CC, no procede ningún tipo de acción de reembolso a la madre por los alimentos prestados a los hijos en la parte que hubiera correspondido al padre, ni tampoco la ampliación de los alimentos reclamados anteriores a la prestación de la demanda. El Alto Tribunal explica que la finalidad de este precepto es proteger al deudor de los alimentos. Si la norma, dice, no admite excepciones cuando la reclamación procede del alimentista, menos podría decaer aquella protección cuando se pretende el reembolso por quien pagó en lugar del progenitor deudor.

Con todo, en esta resolución afirma que se trata «de una previsión legal establecida en beneficio del alimentante que atiende a la especial naturaleza de la deuda alimenticia y a un momento en que este conoce su deber de prestación frente al alimentista que ha dejado de cumplir y que finalmente le impone la sentencia. La reclamación fija el momento a partir del cual, si el deudor interpelado por el acreedor no paga, incumple la obligación que le impone la ley de abonar una prestación alimenticia que hasta ese momento ha sido cubierta. Y si el alimentista carece de acción para ampliar su reclamación a un momento anterior, porque lo impide el artículo 148 del CC, con mayor motivo no la tendrá su madre a través de la acción de reembolso ejercitada al margen de las reglas propias que resultan de la obligación de proveer alimentos en orden a satisfacer las múltiples necesidades de los hijos. Puede haber, sin duda,

una obligación moral a cargo de quien finalmente es declarado padre, pero lo cierto es que la ley no concede acción para pedir el cumplimiento de un deber de esta clase y considera igualmente justo negar acción para compensar una situación que puede considerarse injusta y pedir la devolución de lo pagado en aras de una regulación más ajustada al artículo 39 CE; solución que solo sería posible mediante una modificación del artículo 148 CC, que extendiera la obligación de prestar alimentos a los hijos menores más allá de lo que la norma autoriza, al menos desde el día de la interposición del obligado por medio fehaciente, siempre que se interponga la demanda en un determinado tiempo, e incluso facilitando la acción de reembolso de lo gastado al progenitor que asumió el cuidado del hijo en la parte que corresponde al progenitor no conviviente, con el límite de la prescripción, como ocurre en otros ordenamientos jurídicos.»

Y en la Sentencia 574/2016, de 30 de septiembre, el Tribunal Supremo dispone que la justificación para la desestimación de la demanda es que: «ninguna petición de reembolso cabe de cantidades cuyo pago no puede ser exigible»; o, dicho con mayor precisión aún: cuyo pago ya no podría ser exigido. Si el legislador, con la norma del artículo 148. I *in fine* CC, ha querido proteger al deudor de alimentos –Don Cosme, en el presente caso– frente al acreedor de los mismos –Hipólito, en nuestro caso–, denegando a éste acción para exigir los alimentos correspondientes al periodo mediante entre la fecha en que se produjo el supuesto de hecho generador de la obligación –en este caso, el nacimiento de Hipólito–, y la fecha en que se interpuso la demanda –el día 6 de mayo de 2012, en el presente caso–, comportaría una contradicción valorativa palmaria que tal protección legal decayera a favor de quien prestó aquellos alimentos –en este caso, doña Clara– en lugar del deudor, y viene luego a reclamar a éste que le reembolse su importe.»

Y añade que «Cabe ciertamente discutir si es, o no, excesiva la protección que la repetida norma del artículo 148. I *in fine* CC concede al deudor de alimentos. Tradicionalmente, se ha justificado con la máxima “*in praeteritum non vivitur*”. Pero, si fuese esa la justificación, el alimentista nunca podría exigir al alimentante el pago de pensiones alimenticias atrasadas: vivió sin ellas; y lo contrario se desprende del artículo 1966.1.ª CC. A lo que habría que añadir, contemplando la aplicación de aquella norma a la obligación del padre y de la madre de prestar alimentos a sus hijos menores de edad, que esa obligación no requiere que el hijo necesite los alimentos para subsistir. La ratio de lo dispuesto en la frase final del artículo 148. I CC, lo que el legislador ha querido

con tal disposición, es proteger al deudor de alimentos, evitando que le sea reclamada una cantidad elevada de dinero (hasta cinco años de pensiones, a tenor del artículo 1966.1.<sup>a</sup> CC) a quien podía desconocer o dudar razonablemente que era, o por qué importe era, deudor de alimentos.»

Nótese que la aplicación del artículo 148.1 CC a los alimentos debidos a los hijos entra en contradicción con la especial naturaleza de dicha obligación que ha admitido el propio Tribunal Supremo, según hemos referido en páginas anteriores, especialmente la referencia a la exigibilidad de los alimentos debidos entre parientes «desde que la persona los necesitare para subsistir». Igualmente pugna con la retroactividad de los efectos de la filiación que resulta de lo dispuesto en el artículo 112.1 CC, conforme al cual: «La filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquellos y la ley no dispusiere lo contrario», pues este precepto retrotrae los efectos de la filiación al tiempo del nacimiento, por bien que reconoce que para que puedan exigirse de forma efectiva la filiación habrá de estar determinada. De lo que se sigue que la obligación de alimentos a los hijos existe desde el nacimiento de estos.

De ahí que, el mismo Alto Tribunal reconoce abiertamente que no existe ningún tipo de impedimento para que el legislador excepcione la aplicación del artículo 148.1 CC a la obligación de alimentos a los hijos e hijas menores «para compensar una situación que puede considerarse injusta» disponiendo su eficacia retroactiva. Pareciera que incluso sugiere la conveniencia de tal modificación dirigida a regular un «caso especial», conforme a lo establecido en el artículo 153 CC, que eliminaría la aplicación de la irretroactividad de los alimentos entre parientes. Expresamente admitió en la citada STS 574/2016 que «Claro está que legislador ordinario bien podría haber añadido un nuevo párrafo al artículo 153 CC, que exceptuase la aplicación de lo que ese precepto siempre ha dispuesto a la obligación de prestar alimentos a los hijos menores de edad que los artículos 110 y 154.1.<sup>o</sup> CC imponen al padre y a la madre.»

En nuestra opinión, no cabe ninguna duda de que es preciso actuar en este sentido y evitar la aplicación de la norma establecida en el artículo 148.1 CC que favorece (protege) al progenitor incumplidor, a quien no se puede reclamar los alimentos impagados, y sustituirla por una regulación «en beneficio del interés superior del menor» que permita la reclamación de todos los alimentos debidos

al hijo o hija desde el nacimiento de la obligación que, como se ha dicho, coincide con el nacimiento del hijo o hija<sup>37</sup>.

En el bien entendido que es prácticamente imposible desligar la cuestión de la retroactividad de los alimentos debidos por un progenitor de la acción de reembolso de los alimentos necesariamente prestados en solitario por el otro –el hijo o la hija ha «vivido» y ha tenido que ser asistido– por lo que habrá de establecerse la posibilidad de que el progenitor cumplidor reclame el reembolso de los alimentos pagados a los que no le correspondía hacer frente. Sobre esta cuestión, la doctrina ha puesto de manifiesto la necesidad de ofrecer protección a la madre para proteger el interés superior de los hijos menores<sup>38</sup> y ha señalado que la aplicación del artículo 148.1 *in fine* CC puede llevar a negar a la madre el reembolso de los alimentos prestados que se reconocería si los hubiera prestado a un extraño. Téngase en cuenta que el artículo 1894.1 CC regula el derecho al reembolso de los alimentos prestados por un «extraño», entre los que, desde luego, no se comprende la madre de las criaturas, por lo que justamente ella no podrá emplear esta acción. Este precepto dispone que, «Cuando, sin conocimiento del obligado a prestar alimentos, los diese un extraño, éste tendrá derecho a reclamarlos de aquél, a no contar que los dio por oficio de piedad y sin ánimo de reclamarlos». Siendo así, la madre resulta de peor condición que la persona extraña, cuando la reparación integral del daño producido por el impago de pensiones –violencia económica– exige con mayor justificación que la madre disponga de una acción de reembolso que le permita reintegrarse de todo lo que ha satisfecho en concepto de alimentos de los hijos porque lo ha dejado de pagar el padre<sup>39</sup>.

En este punto, es de obligada referencia el Auto del Tribunal Constitucional 301/2014, de 16 de diciembre<sup>40</sup>, que inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el artículo 148.1 *in fine* CC, (por posible vulneración del artículo 39.3 CE, por la limitación temporal de la exigibilidad de los alimentos para los hijos menores de edad) por «notoriamente infundada» sobre la base de dos motivos: el primero, que la idea de que la retroactividad de la obligación de prestación de alimentos al menor no se orientaría al cumplimiento de la asistencia del artículo 39.3 CE, pues el menor ya fue asistido, sino a resarcir al proge-

<sup>37</sup> En contra de la aplicación del art. 148.1 *in fine* a la obligación de alimentos a favor de los hijos se han manifestado también SÁNCHEZ JORDAN, 2019, p. 91; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *RDACM*, 2015, p. 9; LAZZARO, *ADC*, 2024, p. 102; MARTÍN MELÉNDEZ, *RDC*, 2022, pp. 126-127; y FARNÓS AMORÓS, 2018, p. 294, entre otros autores.

<sup>38</sup> Vid, por todos, AMMERMAN YEBRA, 2017, p. 25 ss.

<sup>39</sup> En el mismo sentido SÁNCHEZ JORDAN, 2019, p. 91.

<sup>40</sup> ATC 301/2014, Pleno, de 16 de diciembre de 2014. ECLI: ES: TC:2014:301A.

nitor cumplidor frente a una deuda generada a su favor por el progenitor incumplidor; y el segundo, que respecto al progenitor no custodio, tampoco es excluyente, pues puede cumplir voluntariamente su obligación desde que ésta nace y, en los supuestos de cumplimiento forzoso, una delimitación temporal de la exigibilidad de los alimentos parece proporcionada para evitar una situación de pendencia, difícilmente compatible con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE)<sup>41</sup>.

En nuestra opinión, el Auto no resulta convincente y es mucho más acertada la motivación contenida en el Voto particular emitido por el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, que cuestiona los argumentos en que se sustenta la decisión del Tribunal. Defiende el citado Magistrado que el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto que el fundamento de la obligación civil de prestación de alimentos entre parientes es distinto al de la obligación constitucional de prestación de alimentos del progenitor respecto de sus hijos menores de edad, que se deriva del deber de asistencia del artículo 39.3 CE. En este sentido explica que «Se parte de una premisa negada por la jurisprudencia constitucional: la de que obligación de prestación de alimentos del progenitor al hijo menor de edad tiene como fundamento una situación de necesidad. Como ya se ha expuesto, la obligación constitucional de asistencia del progenitor al hijo menor de edad reconocida en el artículo 39.3 CE está vinculada exclusivamente a la mera circunstancia de la paternidad y la minoría de edad del hijo y los alimentos deben satisfacerse de manera proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe. De ese modo, que la necesidad de alimentos hubiera sido cubierta por el cónyuge custodio, por otro pariente, por el Estado o por cualquier otro medio, no impide afirmar que la obligación constitucional de asistencia existía con carácter previo a la presentación de la demanda y permanece vigente con independencia de cualquier otra consideración – incluyendo que concurra o no una situación de necesidad– mientras se cumpla la doble condición constitucional de que entre alimentante y alimentista haya una relación de filiación y de que el alimentista sea hijo menor de edad del alimentante. Por tanto, no creo

---

<sup>41</sup> LAZZARO, ADC, 2019, pp. 100 ss. entiende que esta interpretación separa el momento del nacimiento de la obligación alimentaria de su exigibilidad. En este sentido afirma que: «Si bien la obligación alimentaria surge con el nacimiento del hijo, la jurisprudencia identifica el día de interposición de la demanda judicial como el momento efectivo de partida del deber de contribución del padre moroso, postergando –incluso por mucho tiempo– la obligación paterna de alimentos, en detrimento de los intereses de la madre cumplidora, que deberá soportar completamente los pagos de manutención de los hijos, desaconsejando el pago voluntario de alimentos y, por lo tanto, favoreciendo más aún el desinterés del padre moroso.»

que sea tan evidente como sostiene la opinión sustentada por la mayoría la supuesta desconexión entre la irretroactividad impuesta por la norma cuestionada y la obligación parental de prestación de asistencia a los menores de edad.»

Y añade que «Esta obligación constitucional de asistencia se configura como el deber de cada uno de los progenitores de prestar esa asistencia de manera proporcionada al caudal de cada uno de ellos y a las necesidades del hijo menor de edad y, correlativamente, implica un derecho del hijo menor a que su asistencia sea prestada por ambos progenitores y en la proporción al caudal de cada uno de ellos. En ese sentido, la existencia del cumplimiento de la obligación de asistencia por parte de uno de los cónyuges no permite tampoco afirmar que el menor, por el mero hecho de su subsistencia biológica al tiempo de la demanda, ha recibido la asistencia que es constitucionalmente exigida, toda vez que, al menos, no se habría cumplido la exigencia de que lo fuera con un carácter proporcionado al caudal de cada uno de los obligados a la asistencia. Por tanto, tampoco creo, como se sostiene en la opinión sustentada por la mayoría, que el incumplimiento del impago de alimentos por uno de los progenitores se traduzca simplemente en una deuda a favor del progenitor que hizo frente a dicha obligación. Esta posición, al considerar tan solo una posible consecuencia indirecta del impago por el obligado, parece que no repara en que el titular del derecho a percibir la asistencia es el menor, y en que el progenitor custodio se limita a actuar como su representante en la reclamación de una deuda del hijo menor, que es quien ve frustrado su derecho de asistencia en la proporción debida. Tampoco repara en que la obligación de alimentos puede ser reclamada por el representante del menor en circunstancias muy diversas, no necesariamente ligadas a situaciones de conflicto entre los progenitores. Con ello parece olvidar que la característica fundamental de las decisiones jurisprudenciales radica en que pueden ser aplicadas con carácter de generalidad a todo tipo de situaciones, como expresión de los principios que la sociedad acepta en cumplimiento de un deber de integridad respecto de todos sus miembros, cifrado en este caso en la protección del interés del niño y de su derecho a ser atendido por ambos progenitores.»

De otro lado, el Magistrado Xiol rechaza el argumento de la «seguridad jurídica» habida cuenta de que «(i) la obligación constitucional de prestación de asistencia de ambos progenitores al niño aparece en nuestro ordenamiento formulada de una manera incondicionada, lo que responde a la lógica de que se inspira en el principio del interés superior del menor, al que el ordenamiento viene

atribuyendo progresivamente un papel fundamental en las últimas décadas; y que (ii) la regulación legal de la obligación de prestación de alimentos es la expresión de su carácter personalísimo e indisponible, por encima de otras razones que pudieran estar vinculadas directa o indirectamente al principio de seguridad jurídica, cuando se establece que la deuda es intransmisible; que el derecho no es renunciable o compensable; cuando el ordenamiento se refiere a pensiones alimenticias atrasadas (art. 151 CC) y establece que es imposible transigir sobre alimentos futuros (art. 1.814 CC); cuando se declara el carácter no colacionable de los gastos de alimentos (art. 1.041 CC); o cuando la jurisprudencia proclama el carácter imprescriptible del derecho de alimentos antes de la condena a prestarlos.»

También en nuestra opinión no cabe duda de que la prevalencia del interés superior del menor exige la retroactividad de la obligación de alimentos. No obstante, hay que diferenciar entre las distintas circunstancias y elementos que pueden influir en la pertinencia de dicha retroactividad.

Así, en orden a las circunstancias, cabe apuntar que los alimentos pueden reclamarse al progenitor cuya paternidad se encuentre determinada legalmente desde el nacimiento del hijo o hija y no atiende a su obligación, o pueden reclamarse al progenitor la filiación del cual ha sido determinada legalmente de forma tardía. Y aun cabría otra posibilidad, que es la reclamación de los alimentos debidos a los hijos e hijas anteriores a la determinación de la paternidad. En todo caso, el elemento del conocimiento por parte del obligado de su obligación de alimentos, habrá de ser considerado en orden a la exigibilidad de la obligación. Veámoslo con más detenimiento:

i) Cuando el incumplidor es conocedor de su obligación: Quien incumple la obligación de alimentos al hijo o hija menor de edad es un progenitor determinado legalmente desde el nacimiento o de forma tardía por cualquier medio de determinación de la paternidad (la maternidad queda determinada por el nacimiento *ex art. 44 LRC*), normalmente una acción de reclamación de la paternidad ejercitada por la madre. En este segundo caso de determinación tardía de la paternidad, los alimentos pueden reclamarse junto a la reclamación de la paternidad o, como en las STSS 573/2016, de 29 de septiembre y 574/2016, de 30 de septiembre anteriormente comentadas, con posterioridad a la misma. En ambos supuestos, sin embargo, desde la determinación de la filiación (nacimiento o después) se conoce quien es el obligado legal a prestar alimentos y el obligado es conocedor de su obligación. Luego, la aplicación de la irretroactividad de la acción de alimentos que regula el artículo 148.1 CC comporta un evidente beneficio para el alimentante, pues implica que no pueden reclamarse los alimentos no pagados con anterioridad a la interposición de la demanda, aun cuando existe

un incumplimiento consciente del progenitor conecedor de la obligación. Ello fomenta la impunidad del incumplidor y por ende contribuye al incumplimiento en perjuicio del hijo o hija menor, posibilitando situaciones de violencia económica. Entendemos que ni siquiera la seguridad jurídica a la que alude el referido ATC 301/2014, de 16 de diciembre, puede llegar a justificar la inexigibilidad del cumplimiento retroactivo de la obligación de alimentar a los hijos e hijas, que constituye, como se ha visto, un deber constitucional.

ii) Cuando la determinación de la paternidad es tardía y se reclaman los alimentos anteriores al establecimiento de la filiación, si el padre no podía conocer su paternidad por la ocultación de la paternidad por parte de la madre (que la oculta maliciosamente o dificulta que el padre tome conocimiento de la misma) será ella quien habrá de responder ante el hijo de los perjuicios económicos ocasionados con su conducta y carecerá de acción de reembolso<sup>42</sup>. Aunque hay que descartar, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la procedencia de responsabilidad por daños morales en el supuesto de ocultación de la paternidad (*Vid.* por todas la STS 629/2018, de 13 de noviembre<sup>43</sup>)<sup>44</sup>.

iii) Y cuando se reclaman los alimentos anteriores a la determinación de la paternidad tardía y el padre conocía o podía conocer su paternidad (podía sospechar que el hijo de la mujer con la que mantuvo relaciones sexuales es hijo suyo y cerciorarse requi-

---

<sup>42</sup> Sobre daños por ocultación de la paternidad. Puede verse FARNÓS AMORÓS, Indret, 2007 y PÉREZ GALLEGO, RDC, 2015, pp. 141-175.

<sup>43</sup> STS 629/2018, Sala Civil, Sección Primera, de 13 de noviembre de 2018, rec. 3275/2017, ponente José Antonio Seijas Quintana, ROJ:STS3700/2018.

Esta Sentencia descartó la aplicación del artículo 1902 CC al caso del cónyuge que ocultó la verdadera paternidad de uno de los hijos, afirmó que, conductas como la enjuiciada tienen respuesta en la normativa reguladora del matrimonio, que no contempla la indemnización de un daño moral generado a uno de los cónyuges en un caso de infidelidad y de ocultación y pérdida de un hijo que consideraba suyo mediante la acción de impugnación de la filiación. La sentencia se refería a un supuesto en el que el embarazo de la madre como consecuencia de las relaciones sexuales con un tercero se produjo cuando estaba casada con el actor, y la sentencia de apelación, que fue casada, relacionó los daños no con la infidelidad, pero sí con los efectos de la ocultación de la infidelidad matrimonial, consistentes en haber tenido el marido como propio un hijo que no lo era.

Para un análisis detenido de esta resolución, *vid.* MARTÍN CASALS/RIBOT IGUALADA, CCJC, 2019, pp. 239-282.

Más recientemente el Tribunal Supremo aborda de nuevo la ocultación de la paternidad en la STS 238/2024, Sala Civil, Sección Primera, de 23 de febrero de 2024, rec. 3983/2019, ponente María De Los Angeles Parra Lucan, ROJ: STS 1098/2024. Esta sentencia resuelve que «no concurren en este caso circunstancias que permitan establecer la responsabilidad de la demandada porque no pueden cargarse en exclusiva sobre la mujer los perjuicios reclamados por el actor como consecuencia de la errónea creencia de que fuera el padre de la niña»

<sup>44</sup> Cuestión distinta es la que se plantea cuando quien ha prestado los alimentos creyendo que era el padre. En este sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo es contraria al reembolso de las cantidades pagadas al hombre cuya paternidad ha quedado desvirtuada tras una acción de impugnación ejercitada con éxito. *Vid.* FARNÓS AMORÓS, 2018, pp. 272 ss.

MARTÍN CASALS/RIBOT IGUALADA, CCJC, 2019, pp. 239-282, se plantean la posibilidad de que quien ha abonado los alimentos los reclame al padre biológico mediante una acción de enriquecimiento injusto y consideran que esta acción tropezaría con problemas insalvables: de un lado, la dificultad de conocer la identidad del padre biológico si la madre no accede a facilitarla y, de otro, a la imposibilidad de reclamar los alimentos a un padre biológico cuya paternidad que no ha sido determinada legalmente.

riendo a la madre la realización de una prueba de paternidad) habrá que reconducir el supuesto al caso planteado en el apartado i) pues, el progenitor, conocedor de su obligación, la incumple a sabiendas.

Como se ha explicado, lógicamente habrá que admitir que en los supuestos en los que procede la retroactividad de los alimentos cabe también que el progenitor que los ha pagado en su totalidad disponga de acción de reembolso de los mismos frente al progenitor incumplidor<sup>45</sup>. En este sentido, el artículo 1158 CC dispone que «Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor. El que pague por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad. En este caso, solo podrá repetir del deudor aquello en que le hubiera sido útil el pago.»

En todo caso, la exigibilidad de la obligación de alimentos vendrá también determinada por el régimen de prescripción, que estudiamos en el próximo apartado.

## V. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE ALIMENTOS DEBIDOS A LOS HIJOS O HIJAS MENORES DE EDAD

La cuestión de la prescripción de la acción de alimentos debidos a los hijos e hijas, actualmente se encuentra regulada en el artículo 1966.1 CC, que dispone que: «Por el transcurso de cinco años prescriben las acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones siguientes: 1.ª La de pagar pensiones alimenticias; 2.ª La de satisfacer el precio de los arriendos, sean éstos de fincas rústicas o de fincas urbanas; 3.ª La de cualesquiera otros pagos que deban hacerse por años o en plazos más breves.»

Dicho precepto establece así expresamente un mismo plazo de prescripción de cinco años para las acciones que exijan el cumplimiento de todas las pensiones alimenticias impagadas (también de las actualizaciones). Como se ha visto, el Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto que este precepto evidencia la posibilidad de

<sup>45</sup> *Vid.* En la misma línea AMMERMAN YEBRA, 2017, p. 40. Por su parte, SANCHEZ JORDÁN, 2019, pp. 95 ss., defiende que el reembolso de la madre estaría justificado por la aplicación del art. 1.145.2 CC, dado el carácter solidario de la obligación, aunque la STS 154/2017, de 7 de marzo, rec. 1598/2015, ponente José Antonio Seijas Quintana, ROJ: STS 793/2017, en contra de esta opción afirmó que la deuda de alimentos de los padres no configura un supuesto de solidaridad pasiva que permita fundamentar la pretensión de reembolso en el art. 1.145.2 CC, sino que «se trata de una deuda que responde al caudal y medios de quien los da en relación con las necesidades de quien los recibe, ex. art. 1.146 CC».

reclamar alimentos atrasados (en la referida STS 574/2016, de 30 de septiembre).

Cabe plantearse si el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción de la acción de alimentos coincide con el de la acción para reclamar el pago del arrendamiento o cualesquiera otros pagos que deban hacerse por años o en plazos más breves, y se concreta en el día en que pudo ejercitarse la acción. En este sentido, no puede perderse de vista la naturaleza *sui generis* del derecho de alimentos de los hijos –como se ha visto es una obligación moral, del cumplimiento de la cual depende la vida y el desarrollo de una persona menor– no permite equiparar estos supuestos. Hay que tener en cuenta que el impago de alimentos coloca al hijo o hija, y en su caso al progenitor que cumple en solitario la obligación – mayormente la madre–, en una situación de violencia económica y con ello de especial vulnerabilidad, que no permite sancionar con la prescripción la no interposición de la acción. Desde luego, la finalidad de la seguridad jurídica que imprime la prescripción no puede imperar sobre la protección que el ordenamiento jurídico debe brindar a las personas en situación de especial vulnerabilidad o víctimas de violencia económica y, en todo caso, como ya se ha dicho, no puede primar sobre el principio general de interés superior del menor.

Algunos autores defienden que la solución a la cuestión pasa por «conciliar los intereses en juego», considerando que todos los intereses son igualmente merecedores de protección, y plantean soluciones que consideran «intermedias»<sup>46</sup>. Así, Lazzaro propone disponer como *dies a quo* a partir del cual debería contarse el plazo de prescripción para ejercer el derecho de la madre a la devolución del anticipo, el momento en el que el hijo o hija cumple doce años, tiempo en el que los niños alcanzan la capacidad de discernimiento, lo que concedería a la madre tiempo suficiente para interponer la acción, permitiría al hijo participar en una decisión que le concierne personalmente y a la vez haría posible para el padre «disponer de tiempos determinados para ser “liberado” de la espada de Damocles de la acción judicial de regreso»<sup>47</sup>. Con ello atiende a una finalidad «la liberación del padre» que con seguridad no habría de ser la que condicionara la regulación de la materia.

---

<sup>46</sup> En este sentido, LAZZARO, *ADC*, 2024, p. 126, escribe que «sería útil conciliar los intereses en juego, por un lado el de la certeza de las relaciones jurídicas y el del padre que, quizás a veces desconociendo la existencia de un hijo, se ve obligado a pagar sumas considerables a la madre; por otro, el de la madre para obtener cuanto está prescrito por la ley».

<sup>47</sup> LAZZARO, *ADC*, 2024, p. 127 considera que es esta la situación en la que se encuentra el padre que «estaría sujeto *sine die* y con efecto retroactivo hasta el momento del nacimiento del hijo a la luz de la jurisprudencia italiana».

En nuestra opinión la solución debería ser otra: pasa por entender suspendido el plazo de prescripción de la acción de alimentos mientras subsista la situación de violencia económica sobre el o la menor. Si el impago de los alimentos persiste durante toda la minoría de edad, tal situación solo finaliza con la llegada del hijo o hija a la mayoría de edad, o la emancipación económica (pues, como se ha visto, la obligación de alimentos se extiende a los hijos mayores económicamente dependientes).

En este punto, cabe traer a colación, como argumento en favor de la posición que mantenemos, la solución que adopta la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera ley del Código Civil de Cataluña que, siguiendo la línea de la evolución de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, introduce la suspensión de la prescripción, concebida como una medida para socorrer a la persona titular del derecho que no ha podido interrumpir la prescripción, ya sea por motivos externos y ajenos a dicha persona, ya sea por motivos personales o familiares. La exposición de motivos de dicha ley explica que, de esta forma, suma a las causas objetivas de suspensión de la prescripción reconocidas en el sistema jurídico catalán (casos de guerra o grave crisis social) que reconduce a los supuestos de fuerza mayor, otras circunstancias subjetivas derivadas de razones personales y familiares, que se dan cuando una persona menor de edad (también incapaz, aunque esta situación está pendiente de adaptación a la Convención de Nueva York sobre los derechos de la personas con discapacidad) se encuentra sin representación legal, de manera que no puede ejercer sus derechos, y cuando causas efectivas y de proximidad personal hagan que sea sumamente difícil hacer valer la pretensión ante otra persona sin arriesgar gravemente la convivencia o una relación personal o patrimonial (matrimonio, relación paternofilial, tutela, etc...) más valiosa que la pretensión prescriptible. Ya que, para preservar esta relación, la persona interesada normalmente no acciona su derecho, debe haber suspensión de la prescripción, para no obligarla a sacrificar un derecho que el ordenamiento debe proteger con vista a intereses superiores. En lo que aquí interesa, el artículo 121-16 d) CCCat establece que: «La prescripción también se suspende:...d) en las pretensiones entre el padre o la madre y los hijos en potestad, hasta que esta se extinga por cualquier causa».

En esta misma línea la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil igualmente aboga por introducir la suspensión de la prescripción de las pretensiones de personas menores de edad contra sus representantes o protecto-

res. El artículo 614-3 (que también precisa de adaptación a la Convención de Nueva York) dispone en este sentido que: «1. La prescripción de las pretensiones de los menores de edad y personas con capacidad modificada contra sus representantes legales se suspende hasta que estos cesan en esa función. 2. En los mismos términos se suspende la prescripción de las pretensiones de los menores de edad y personas con capacidad modificada contra su curador, defensor judicial, guardador de hecho o acogedor hasta que estos cesan en esta función.»

En el caso que nos ocupa, la justificación de la suspensión de la prescripción se encontraría más que en poner en riesgo la convivencia o relación personal entre demandado y demandante, que no existe, en la dificultad que en sí misma origina la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el demandante, hijo o hija en situación de violencia económica originada precisamente por la persona contra la que ha de dirigirse la acción.

Esta solución no sería extraña en nuestro ordenamiento, pues en un sentido similar cabe recordar que el artículo 132 CP dispone respecto los delitos contra las relaciones familiares, cuando la víctima sea una persona menor de dieciocho años, los términos se computarán desde el día en que esta haya alcanzado la mayoría de edad. Y se computarán a partir de los treinta y cinco años de edad en los delitos de tentativa de homicidio, de lesiones de los artículos 149 CP y 150 CP, en el delito de maltrato habitual previsto en el artículo 173.2 CP, en los delitos contra la libertad sexual y en los delitos de trata de seres humanos, cuando la víctima fuere una persona menor de dieciocho años.

Lo anterior justifica y exige que de *lege data* se disponga una regla especial con relación al *dies a quo* a partir del cual debe comenzar a contar el plazo de prescripción –que puede mantenerse en cinco años, ex. artículo 1966.1 CC, o tres años ex artículo 121-20 CCCat– que, en nuestra opinión, habría de coincidir con la llegada a la mayoría de edad o emancipación económica del hijo o hija menor (momento en que cesa la situación de violencia económica).

Igual justificación serviría para el cómputo de la acción de reembolso que corresponde al progenitor (también víctima de violencia económica) que ha pagado la totalidad de los alimentos al hijo o hija contra el progenitor incumplidor, por la parte que no le correspondía y que conforme el artículo 1964.2 CC prescribe a los cinco años.

## VI. LA NECESIDAD DE UNA REFORMA LEGAL DE LOS ALIMENTOS A LOS HIJOS E HIJAS MENORES DE EDAD: *IN PRAETERITUM (SI) VIVITUR*

Es importante insistir en la necesidad de una reforma legal que disponga la retroactividad de la obligación de alimentos a los hijos e hijas menores de edad. Su conveniencia comienza a ser una opinión generalizada entre la doctrina.

Así, de una parte, cabe señalar que la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil dispone una norma específica para los alimentos a los hijos menores que permite que se soliciten los anteriores a la reclamación judicial y extrajudicial, salvo que el deudor desconociera su paternidad, caso en el que abonarán desde la reclamación judicial<sup>48</sup>.

En este sentido, el artículo 221-3.3 (Determinación de la filiación) dispone que «La obligación de los padres de dar alimentos a los hijos menores de edad puede ser exigida desde la determinación de la filiación con efectos retroactivos, sin perjuicio del artículo 240.9-2.»

Y el artículo 240-9. (Nacimiento de la obligación de alimentos) dispone: «1. La obligación de dar alimentos es exigible desde que los necesite para subsistir la persona que tiene derecho a percibirlos, pero no se abonarán sino desde la fecha de la reclamación judicial o extrajudicial. 2. En el caso de los alimentos a los hijos menores pueden solicitarse los anteriores a la reclamación judicial o extrajudicial, salvo que el deudor desconociera su paternidad. En este último caso se abonarán desde la reclamación judicial.»

De otra parte, hay que destacar que la Comisión General de Codificación ha emitido un informe sobre esta cuestión como resultado de la encomienda del Ministerio de Justicia. Dicha encomienda parte de la sugerencia realizada por Tribunal Supremo en las STSS 573/2016, de 29 de septiembre y 574/2016, de 30 de septiembre, antes referidas, sobre la posibilidad de modificar el artículo 148.1 CC para disponer de una regulación más ajustada al artículo 39 CE. Pues bien, con este fin el Ministerio de Justicia solicitó a la Comisión un informe «sobre la cuestión suscitada por los reconocimientos o determinaciones judiciales de paternidad en relación a la indemnización a la madre por los alimentos satisfechos a los hijos desde su nacimiento».

La Sección Civil de la Comisión General de Codificación trabajó en este cometido y aprobó una propuesta en el siguiente sentido:

<sup>48</sup> La Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil fue publicada por la Editorial Tecnos en 2018.

De una parte, propuso añadir un segundo párrafo al artículo 148 CC que exceptionara la aplicación del párrafo primero a la reclamación de los alimentos de los hijos menores o mayores que no hubieran completado su formación; de esta forma se permitiría la reclamación de los alimentos anteriores a la interposición de la demanda.

De otra parte, la Comisión acordó añadir un párrafo al artículo 112 CC que posibilitara la acción de reembolso al cónyuge (normalmente la madre) que hubiere pagado en solitario todos los alimentos antes de la determinación de la filiación.

Y, en último término, la Comisión acordó también disponer la no prescripción de la acción de alimentos durante la minoría de edad del hijo.

Lamentablemente todavía no se ha avanzado en esta reforma legal, y ello a pesar de que, como ha quedado probado, la mejor doctrina y la jurisprudencia ya no duda de la necesidad de esta modificación legislativa en defensa de las personas menores de edad, que proporcione una respuesta adecuada a la situación de violencia económica que sufren los hijos e hijas menores, y en su caso las mujeres, y propicie de este modo la reparación integral del daño causado por el impago de los alimentos.

## VII. CONCLUSIÓN

La obligación de alimentos a los hijos e hijas menores de edad es un deber constitucional de los progenitores, una obligación moral y natural con origen en el hecho de la generación. Su diferente naturaleza respecto de obligación de alimentos entre parientes exige una distinta configuración de la acción de reclamación en orden a la retroactividad de la acción y su prescripción.

La aplicación de la máxima *in praeteritum non vivitur* (no vive en el pasado) a los hijos e hijas menores de edad beneficia al progenitor incumplidor y no atiende al principio general del beneficio superior del menor, que como consecuencia del incumplimiento de su progenitor ha sufrido privaciones (sí que ha vivido, pero con privaciones).

Es necesario abordar una reforma legislativa dirigida a excluir la aplicación del artículo 148.1 CC a la obligación de alimentos de los hijos e hijas menores de edad, que posibilite la reclamación de los alimentos anteriores a la interposición de la demanda. Con este fin se propone, de una parte, que puedan reclamarse los alimentos debidos a los hijos e hijas desde el nacimiento cuando el progenitor incumplidor está determinado legalmente y conoce su paternidad;

y, de otra parte, que el *dies a quo* en el cómputo de la prescripción de la acción se haga coincidir con el tiempo en el que el hijo alcance la mayoría de edad.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ ESCUDERO, Rommy: «La socioafectividad como sustrato de relaciones parentales sin base biológica. Panorama en el ámbito jurídico iberoamericano», en *Persona, familia y género. Liber Amicorum a María del Carmen Gete-Alonso y Calera*, (coord. por J. Solé Resina) Barcelona, 2022, pp. 155-168.
- AMMERMAN YEBRA, Julia, *Las madres solas ante los tribunales, la Administración y las leyes: ¿se perpetúa la discriminación?*, Valencia, 2017.
- APARICIO CAROL, Ignacio Joaquín: *La pensión de alimentos de los hijos en el Derecho español*, Valencia, 2018.
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Código Civil*, Madrid, 2018.
- ASTUDILLO MEZA, Constanza y ASTUDILLO GONZÁLEZ, Camila: «El no pago reiterado de la pensión de alimentos como supuesto de violencia económica», en *Protección integral de los derechos de la infancia y la adolescencia frente a la violencia: hacia unos entornos seguros y protectores*, Valencia, 2023, pp. 235-256.
- AVILÉS PALACIOS, Lucía: «La violència econòmica i la proactivitat judicial», *Idees: Revista de temes contemporanis*, num. 59, 2022. Disponible en <https://revistaidees.cat/la-violencia-economica-i-la-proactivitat-judicial/> (Consulta: 22 de octubre de 2024)
- BELUCHE RINCÓN, Iris: «La obligación de alimentar a los hijos menores (especialmente en supuestos de reconocimiento judicial de la filiación)», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, N.º 45, 2018, (versión electrónica).
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Un voto particular interesante en materia de alimentos», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1/2015, p. 91-93
- BERENGUER ALBALADEJO, María Cristina: *El contrato de alimentos*, Madrid, 2012.
- BERIAIN FLORES, Irantzu: «La determinación judicial tardía de la filiación paterna y el retraso desleal de la madre al reclamar el reembolso de la obligación de manutención del hijo mayor de edad.», *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 104, 2017, pp. 145-162.
- BERIAN FLORES, Irantzu e IMAZ ZUBIAUR, Leire, «La falta de relación entre el progenitor alimentante y sus hijos mayores de edad como causa de extinción de la obligación de alimentos. Análisis de la actualidad jurisprudencial», *Revista Boliviana de Derecho*, 2022, núm. 34, pp. 118-155.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «La extinción de la prestación de alimentos a los hijos mayores de edad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777, 2020, pp. 479-529.
- CALZADILLA MEDINA, María Aránzazu: «La indignidad para suceder del progenitor que no prestó alimentos: propuesta de lege ferenda», Reinterpretando las relaciones familiares a la luz del principio de solidaridad, *Boletín del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes*, núm. 2278

- Bis, agosto 2024, pp. 407-442. Disponible en <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/BMJ/issue/view/1102> (Consulta: 22 de octubre de 2024).
- CAMACHO CLAVIJO, Sandra: «Obligación de alimentos entre cónyuges y obligación de alimentos para hijos menores como contenido de las medidas provisionales del artículo 103 CC Devengo de la prestación. Sentencia de 30 de octubre de 2012», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 93, 2013, pp. 217-234.
- CAMPOY MIÑARRO, Manuel: «Impago de pensiones: ¿Violencia de género?, *El derecho. Com Lefebvre*, Tribuna 14 de agosto de 2019. Disponible en <https://elderecho.com/impago-pensiones-violencia-genero> (Consulta: 22 de octubre de 2024)
- CAPELLA, Lorena: «Violencia económica y patrimonial: Hacia una justicia con rostro humano y mirada de mujer», en *Violencia en las relaciones de familia. Visión desde el Derecho y la Interdisciplina*, Entre Ríos, Argentina, 2022, pp. 177-228.
- CAROL IGNACIO, Aparicio: *La pensión de alimentos de los hijos en el Derecho español*, Valencia, 2018.
- CASTILLO SALDÍAS, Alicia: «Comentario de la sentencia no. 104/2019 de 19 de febrero de 2019 de la sala de lo civil del tribunal supremo español: abre la posibilidad de extinguir la pensión de alimentos de aquellos hijos mayores de edad que no mantengan relación con el progenitor obligado al pago de su pensión de alimentos», *Revista Justicia y Derecho*, núm. 1, 2019, pp. 132-139.
- CUENA CASAS, Matilde: «Comentario del artículo 142» en *Comentarios al Código Civil*, vol. I, València, 2013, pp. 1443-1518.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina: «La obligación de alimentar a los hijos menores y la limitación temporal de la misma por aplicación de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 148 del Código Civil (Comentario al Auto del Tribunal Constitucional 301/2014, de 16 de diciembre)», *Derecho Privado y Constitución* Núm. 29, enero-diciembre 2015. pp. 11-45.
- DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel: «La nula atención de los hijos hacia sus padres ¿excusa para extinguir el derecho de alimentos de padres a hijos?», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 776, 2019, pp. 2987-2998.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Pilar: «El impago de pensiones como violencia económica», en *Violencia contra las mujeres: un enfoque jurídico*, Oviedo, 2011, pp. 111-130.
- «UN TIPO DE VIOLENCIA ECONÓMICA: EL IMPAGO DE PENSIONES», en *Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género* (dir. por C. MESA MARRERO), Valencia, 2013, pp. 37-55.
- FARNÓS AMORÓS, Esther: «Impugnaciones inesperadas, determinaciones tardías y abono de alimentos», *Asociación de Profesores de Derecho Civil, Retos actuales de la filiación*, Madrid, 2018, pp. 269-296.
- FARNÓS AMORÓS, Esther: «Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad», *Indret*, núm. 4, 2007. Disponible en <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/78449/102437> (Consulta: 22 de octubre de 2024).
- FERRER RIBA, Josep: «Los efectos de la filiación y su restricción o exclusión», *Asociación de Profesores de Derecho Civil, Retos actuales de la filiación*, Madrid, 2018, pp. 297-325.
- GÓMEZ CALLE, Esther: «Reclamación de alimentos y retraso desleal. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5164)», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXIII, fasc. I, 2020, pp. 341-373.

- HERNÁNDEZ GUILLÉN, Eva: «Determinada judicialmente la filiación paterna, ¿pueden reclamarse del padre alimentos con efectos retroactivos?», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2017 (versión electrónica).
- HERRERA, Marisa: «Principio de solidaridad familiar y obligación alimentaria. Una revisión crítica desde el derecho argentino», Reinterpretando las relaciones familiares a la luz del principio de solidaridad, *Boletín del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes*, núm. 2278 bis, agosto 2024, pp. 181-234. Disponible en <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/BMJ/issue/view/1102> (Consulta: 22 de octubre de 2024)
- LARRÁYOZ SOLA, Inés: «El impago de pensiones es una forma de «violencia económica», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2021 (versión electrónica).
- LAZZARO, Carmine: «La recuperación de las cuotas por concepto alimentos –correspondientes al padre y anteriores al establecimiento de la filiación– pagadas exclusivamente por la madre. Dos experiencias en comparación», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXVII, fasc. I, 2024, pp. 95-132.
- LONDOÑO VASQUEZ, Diana María: «La Inasistencia Alimentaria como Violencia Económica», *Nuevo derecho*, vol. 16, núm. 26, 2020. Disponible en <https://bibliotecadigital.ue.edu.co/jspui/handle/20.500.12717/2247> (Consulta 22 de octubre de 2024).
- MAGRO SERVET, Vicente: «Criterios y características del delito de impago de pensiones ante rupturas matrimoniales a raíz de la Sentencia del Supremo 41/2024, de 17 de enero», *Revista Derecho de Familia, Lefebre*, marzo, 2024. Disponible en <https://elderecho.com/criterios-y-caracteristicas-delito-de-impago-pensiones-ante-rupturas-matrimoniales-sentencia-tribunal-supremo-41-2024-de-17-enero> (Consulta: 22 de octubre de 2024).
- Inexistencia de causa para la extinción de la obligación de la pensión alimenticia en los casos de pérdida de afecto del alimentista», *Diario La Ley*, núm. 9028, 2017, versión electrónica.
- «La necesidad de unificar criterios indemnizatorios en la violencia de género», *Diario La Ley* núm. 8757, 9 de mayo, 2016, versión electrónica.
- «La violencia económica del artículo 227 del Código Penal», *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 12, 2016, versión electrónica.
- MALDONADO-GARCÍA, Viviana Leonor, ERAZO-ÁLVAREZ, Juan Calos, POZO-CABRERA, Enrique Eugenio, NARVÁEZ-ZURITA, Cecilia Ivonne: «Violencia económica y patrimonial. Acceso a una vida libre de violencia a las mujeres», *Iustitia Socialis: Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas y Criminológicas*, vol. 5, núm. 8, 2020, pp. 511-526.
- MARTÍN CASALS, Miquel, RIBOT IGUALADA, Jordi, ««Exclusión de la responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo. Comentario a la STS de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5158)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 110, 2019, pp. 239-282.
- MARTÍN LÓPEZ, María Teresa: «Explorando la violencia económica en la pensión de alimentos», *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 39, 2023 (Ejemplar dedicado a: Transformaciones del Derecho de familia en el actual panorama normativo estatal y europeo (II)), pp. 54-65.
- MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa: «Reembolso a la madre de lo satisfecho por alimentos debidos al hijo por el padre en caso de determinación judicial tardía de la filiación paterna no matrimonial: un estudio desde la perspectiva del deber constitucional de asistencia», *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. 3, 2022, pp. 87-155.

- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves: «Exigibilidad del pago de los alimentos de los hijos menores desde la fecha de interposición de la demanda», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 100, 2016, pp. 107-132.
- MEDINA, Graciela: «Responsabilidad por las injurias en el divorcio. Reparación de la violencia psicológica», *La Ley. Revista Jurídica Argentina*, 2011, pp. 498-505.
- MÉNDEZ TOJO, Ramón: «Extinción de la pensión de alimentos a favor de los hijos mayores de edad: la novedosa STS 104/2019, de 19 de febrero», *Actualidad Civil*, núm. 6, 2019, versión electrónica.
- PALAZÓN GARRIDO, María Luisa: «La violencia económica como forma invisible de violencia de género», en *Mujer como motor de innovación jurídica y social*, Valencia, 2021, pp. 529-548.
- PAÑOS PÉREZ, Alba: «La Obligación de alimentos de los hijos menores de edad», en *La obligación de alimentos: un análisis multidisciplinar* (dir. por I. Vivas Tesón), Barcelona, 2024, pp. 57-106.
- PÉREZ GALLEGU, Roberto: «Nuevos daños en el ámbito del derecho de familia: los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3, 2015, pp. 141-175. Disponible en <https://nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/148> (Consulta: 22 de octubre de 2024).
- REBOURG, Muriel: « Les obligations alimentaires: vocation et régime juridique », en *Droit de la famille*, 7.<sup>a</sup> ed. Paris, 2016, pp. 1210-1288.
- RIBERA BLANES, Begoña: «La falta de relación afectiva entre padres e hijos mayores de edad como causa de extinción de la pensión por alimentos», *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 1, 2000, pp. 482-529
- RIBOT IGUALADA, Jordi: «Els aliments als fills: fonament i abast de l'obligació paterna», en *Els Reclamaments europeus i l'evolució del Dret català de contractes, família i successions*, Documenta Universitaria, Girona, 2019, pp. 11-252.
- «Aliments entre parents: novetats del Codi Civil de Catalunya i jurisprudència recent», *Revista Catalana de Dret Privat*, 2013, pp. 99.118.
- RINCÓN ANDREU, Gerard: «Extinción de la pensión de alimentos a hijos mayores de edad», *Diario La Ley*, núm. 9156, 2018, versión electrónica.
- RODA Y RODA, Dionisio: «Reflexión sobre la prestación de alimentos a los hijos mayores de edad: especial referencia a las malas relaciones como causa de extinción de la pensión, según la Jurisprudencia», *Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, núm. 99, 2023, pp. 45-92.
- «Reflexión sobre la prestación de alimentos a los hijos mayores de edad. Especial referencia a las malas relaciones como causa de extinción de la pensión, según la Jurisprudencia», *Revista de Derecho de Familia. doctrina, jurisprudencia, legislación*, núm. 99, 2023, versión electrónica.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María: «El valor positivo y negativo de la afectividad en la relación paterno-filial», Reinterpretando las relaciones familiares a la luz del principio de solidaridad», *Boletín del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes*, núm. 2278 Bis, agosto 2024, pp. 8-15. Disponible en <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/BMJ/issue/view/1102> (Consulta: 22 de octubre de 2024).
- RUBIO TORRANO, Enrique: «Los alimentos del artículo 148, párrafo primero in fine del Código Civil, y el artículo 39.3 de la Constitución», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 11, 2016, versión electrónica.
- RUIZ RICO ARIAS, María Dolores: «Los alimentos de los menores de edad: bases constitucionales y desarrollo legal actual y futuro. Los caracteres diferencia-

- les con los alimentos de los mayores de edad», *Actualidad Civil*, núm. 9, 2023, versión electrónica.
- SÁNCHEZ JORDAN, María Elena: «Obligación parental de mantenimiento y derecho de reembolso de la madre sola», en *Mujer, maternidad y derecho* (dir. por M. P. García Rubio), Valencia, 2019, pp. 53-98.
- SOLÉ RESINA, Judith: «La garantía de las pensiones de alimentos», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 117, 2023. Disponible en (Consulta: 22 de octubre de 2024).
- «Violencia económica contra la mujer. El impago de pensiones y la reparación integral del daño», *La ley penal. Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2023, versión electrónica.
- TENA PIAZUELO, Isaac: «Violencia económica por deudas de alimentos y su incidencia en las relaciones parentales», *Revista de Derecho Civil*, vol. XI, núm. 2, 2024, pp. 35-73. Disponible en <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/viewFile/963/720> (Cob consulta: 22 de octubre de 2024).
- YUBA, Gabriela: «Apuntes sobre responsabilidad civil por daños derivados de violencia familiar hacia la mujer. Análisis jurisprudencial», en *Violencia en las relaciones de familia. Visión desde el Derecho y la Interdisciplina*, Entre Ríos, Argentina, 2022, pp. 229-285.

## JURISPRUDENCIA

### 1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 57/2005, Sala Segunda, de 14 de marzo, ECLI: ES: TC:2005:57.
- ATC 301/2014, Pleno, de 16 de diciembre de 2014, ECLI: ES: TC: 2014:301A.

### 2. TRIBUNAL SUPREMO

- STS 998/2004, Sala de lo Civil, Sección Primera, de 11 de octubre de 2004, ROJ: STS 6373/2004.
- STS 742/2013, Sala de lo Civil, Sección Primera, de 27 de noviembre, ROJ: STS 5707/2013.
- STS 202/2015, Sala de lo Civil, Sección Primera, de 24 de abril de 2015, ROJ: STS 1933/2015.
- STS 558/2016, Sala de lo Civil, Sección Primera, de 21 de septiembre de 2016, ROJ: STS 4101/2016.
- STS 573/2016, Sala de lo Civil, Sección Pleno, de 29 de septiembre de 2016, ROJ: STS 4176/2016.
- STS 574/2016, Sala de lo Civil, Sección Pleno, de 30 de septiembre de 2016, ROJ: STS 4184/2016.
- STS 154/2017, Sala de lo Civil, Sección Primera, de 7 de marzo de 2017, ROJ: STS 793/2017.
- STS 629/2018, Sala de lo Civil, Sección Primera, de 13 de noviembre de 2018, ROJ: STS 3700/2018.

- STS 104/2019, Sala de lo Civil, Sección Primera, de 19 de febrero de 2019, ROJ: STS 502/2019.
- STS 239/2021, Sala de lo Penal, Sección Primera, de 17 de marzo, ROJ: STS 914/2021.
- STS 364/2021, Sala de lo Penal, Sección Primera, de 29 abril de 2021, ROJ: STS 1711/2021.
- STS 309/2022, Sala de lo Penal, Sección Primera, de 29 marzo de 2022, ROJ: STS 1217/2022.
- STS 419/2022, Sala de lo Penal, Sección Primera, de 28 de abril de 2022, ROJ: STS 1736/2022.
- STS 41/2024, Sala de lo Penal, Sección Primera, de 17 de enero de 2024, ROJ: STS 242/2024.
- STS 106/2024, Sala de lo Civil, Sección Primera, de 30 de enero de 2024, ROJ: STS 433/2024
- STS 151/2024, Sala de lo Penal, Sección Primera, de 21 de febrero de 2014, ROJ: STS 935/2024.
- STS 238/2024, Sala de lo Civil, Sección Primera, de 23 de febrero de 2024, ROJ: STS 1098/2024.

# La facultad del testador de gravar la legítima estricta cuando concurre un legitimario con discapacidad\*

**ANTONIO J. VELA SÁNCHEZ**

Profesor titular de Derecho civil (acreditado a catedrático)  
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

*«La discapacidad limita al ser humano abriéndole un nuevo universo de posibilidades».*

Ítalo Volo

## RESUMEN

*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, dio una nueva redacción a los artículos 782.1.º y 808.4.º del Código Civil, preceptos que establecen, de forma sucinta, el régimen de las sustituciones fideicomisarias que pueden gravar la legítima estricta cuando concorra un legitimario con discapacidad. Dada la precariedad de esta regulación, se observan lagunas legales y se plantean numerosas dudas acerca de esta facultad legal concedida al testador. En este trabajo se pretende abarcar toda la problemática planteada dándole solución razonable que sirva a los aplicadores del Derecho.*

## PALABRAS CLAVE

Sucesión testada, legítima, herederos forzosos, sustitución fideicomisaria, persona con discapacidad.

---

\* La versión original de este trabajo fue galardonada, por unanimidad y por cuarta vez a favor del autor, con el *Premio Ilustre Colegio Notarial de Andalucía* (Convocatoria 2023), otorgado por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada en la sesión del Pleno de Académicos Numerarios celebrada el día 27 de junio de 2024.

## The faculty of the testator to restrict the legal inheritance rights when there is a forced heir with disability

### ABSTRACT

*Law 8/2021, of June 2, reforming civil and procedural legislation to support persons with disabilities in the exercise of their legal capacity, gave a new wording to the articles 782.1.º y 808.4.º of Spanish Civil Code, articles that establish, in a succinct manner, the regime of trust mortis causa that can encumber legal inheritance rights when there is a forced heir with disability. Given the precariousness of this regulation, legal loopholes are observed and numerous doubts are raised about this legal power granted to the testator. This work aims to cover all the problems raised by providing a reasonable solution that serves those applying the Law.*

### KEYWORDS

*Testated succession, legal inheritance rights, forced heirs, trust mortis causa, person with disability.*

**SUMARIO:** I. *La facultad testamentaria de gravar la legítima estricta cuando existe un legitimario con discapacidad:* 1. Cuestiones preliminares: 1.1 Su regulación en el Código Civil. 1.2 Interpretación del fundamento de la facultad concedida por la ley al testador. 1.3 Referencia a la capacidad para aceptar o repudiar el beneficio testamentario. 2. La problemática relativa a la concreción de los sujetos beneficiarios de este gravamen legitimario: 2.1 Cuestiones esenciales relativas a la discapacidad en esta sede. 2.2 ¿Puede ser beneficiado cualquier legitimario o debe tratarse de un descendiente del testador? 2.3 ¿Pueden ser favorecidos los legitimarios descendientes discapacitados que no sean hijos del causante? 2.4 ¿Qué sucede si concurre más de un legitimario con discapacidad? 2.5 ¿Quiénes deben ser los fideicomisarios beneficiarios de los bienes fideicomitidos que quedaren al fallecimiento del legitimario fiduciario con discapacidad? 3. La legalmente permitida sustitución fideicomisaria de residuo: 3.1 Su concepción general en esta sede. 3.2 ¿Se requiere que el testador haya dejado la mejora y la parte libre al legitimario discapacitado? 3.3 ¿Cuál es el alcance del gravamen legitimario respecto de los colegitimarios no discapacitados? 3.4 ¿El gravamen también puede afectar a la legítima estricta del legitimario con discapacidad? 3.5 ¿Qué significa la expresión legal «salvo disposición contraria del testador»? 3.6 Fallecido el legitimario fiduciario, ¿cuál es el destino del caudal relicto de lo obtenido por la enajenación *inter vivos* de los bienes fideicomitidos? 3.7 La cuestión de la premoriencia del fideicomisario al legitimario fiduciario con discapacidad. 3.8 La inaplicabilidad *ab initio* o la extinción sobrevenida del gravamen fideicomisario testamentario. 3.9 La posible intervención de los legitimarios sin discapacidad en la partición de la

herencia del causante y en la del legitimario fiduciario.–II. *La decisiva intervención notarial en esta materia tratada:* 1. Referencia a las labores notariales en la constitución de este gravamen legitimario. 2. Propuesta de cláusulas testamentarias a favor de legitimario con discapacidad.–III. *Conclusiones. Bibliografía. Resoluciones judiciales empleadas:* 1. Sentencia del Tribunal Constitucional. 2. Sentencias del Tribunal Supremo. 3. Auto de la Audiencia Nacional. 4. Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Comunidad Autónoma. 5. Sentencias de las Audiencias Provinciales. 6. Resoluciones de la antigua Dirección General de los Registros y del Notariado. 7. Resoluciones de la actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

## I. LA FACULTAD TESTAMENTARIA DE GRAVAR LA LEGÍTIMA ESTRICTA CUANDO EXISTE UN LEGITIMARIO CON DISCAPACIDAD

### 1. CUESTIONES PRELIMINARES

#### 1.1 Su regulación en el Código civil

Como destaca la importante STS (1.<sup>a</sup>) 28 de septiembre de 2005<sup>1</sup>, nuestro Código Civil parte de la primordial intangibilidad de la legítima, pues, de acuerdo con el fundamental artículo 806 CC<sup>2</sup>, la legítima es una porción de bienes de la que el testador no puede disponer en perjuicio de los legitimarios o herederos forzosos. Por tanto, la legítima se configura en nuestro ordenamiento jurídico como un verdadero derecho –que no una simple expectativa de derecho–, a recibir en el patrimonio hereditario del causante un determinado valor patrimonial, derecho correspondiente a determinados parientes próximos del causante, en particular, a los «*hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes*» (ex art. 807.1.º CC). Estos descendientes, conforme a los artículos 763, 806, 807, 813 a 817, 821, 825, etc., del Código Civil, se configuran como herederos forzosos. La legítima, pues, supone una atribución sucesoria legal a favor de ciertas personas que, por tener un vínculo próximo

<sup>1</sup> RJ 2005/7154.

<sup>2</sup> BUSTO LAGO, 2009, pp. 1 y 3, explica que el «precepto constituye una especie de garantía general de los derechos de los legitimarios, que son determinados parientes del causante que tienen derecho a una parte de los bienes de éste, si es que no los han recibido en virtud de un negocio jurídico gratuito... Las normas reguladoras de la legítima son de *ius cogens* –no disponibles por la voluntad del causante–... y de orden público... Por ello, todos los bienes hereditarios están afectos al pago de la legítima...»; criterio que confirma VELA SÁNCHEZ, RDC, 2022, p. 229.

de parentesco con el causante, la ley les faculta para percibirla, sin que puedan ser privados de ella sin causa también legalmente fijada. Se trata, en definitiva, de un valor mínimo que el legislador atribuye en la sucesión *mortis causa* del causante con carácter intangible, inembargable e irrenunciable en vida, con independencia, en principio, de toda necesidad vital del legitimario, de manera que implica un límite legal a la libertad testamentaria del causante<sup>3</sup>.

La salvaguarda cardinal de la cuota legitimaria se recoge igualmente en el relevante artículo 813 CC, cuando establece expresamente que: «*El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley.*

*Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en los artículos 782 y 808».*

En esta misma línea, el indicado artículo 782 CC dice que: «*Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo cuando se establezcan, en los términos establecidos en el artículo 808, en beneficio de uno o varios hijos del testador que se encuentren en una situación de discapacidad.*

*Si la sustitución fideicomisaria recayere sobre el tercio destinado a mejora, solo podrá establecerse a favor de los descendientes».*

Obsérvese que este último precepto ya advierte de la eventualidad de que el testador pueda gravar todo el tercio de legítima estricta –ya se verá si comprendiendo o no la legítima estricta del propio legitimario discapacitado–, siendo la persona con discapacidad el heredero fiduciario y los otros colegitimarios no discapacitados los sustitutos fideicomisarios de los bienes fideicomitidos, quienes, de entrada, deberán soportar por igual el gravamen legitimario. Igualmente, este artículo comentado previene que el causante pueda utilizar esta facultad legal de gravamen sobre el tercio de mejora, siempre que, también de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 823 CC, los otros descendientes del testador sean los sustitutos fideicomisarios.

De otro lado, el igualmente aludido por preceptos anteriores y primordial para el presente estudio, artículo 808 CC<sup>4</sup> dispone actual-

<sup>3</sup> Vid. PLANAS BALLVÉ, *RDC*, 2022, pp. 435-436 y VELA SÁNCHEZ, *RDC*, 2018, pp. 335-336. En este punto, CUADRADO PÉREZ, *RCDI*, 2023, p. 749, critica que la inutilidad y el perjuicio que suponen la actual legítima se patentizan más, «si cabe, en el habitual caso de encontrarse... (los hijos o descendientes) ya emancipados, con su propia pareja e hijos, y con una situación económica más desahogada, incluso, que la del testador». En cambio, mantiene la necesidad de la herencia forzosa, entre otros muchos autores, ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2023, pp. 97-148.

<sup>4</sup> Ya respecto de la reforma del Código Civil de 2003, MARTÍN MELÉNDEZ, 2010, p. 154, criticaba que se «trata de una norma que provoca la ruptura de la coherencia interna de un sistema de tan honda y arraigada tradición como el sistema legitimario del Código civil, obligando a reinterpretar otras muchas normas relativas a las legítimas (no sólo las referentes a la legítima estricta, sino también las que afectan a la mejora, e incluso a la parte de libre

mente, en sus párrafos cuarto y quinto, que: «... Cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad. En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto mortis causa.

*Cuando el testador hubiere hecho uso de la facultad que le concede el párrafo anterior, corresponderá al hijo que impugne el gravamen de su legítima estricta acreditar que no concurre causa que la justifique».*

Este precepto parte del requisito *sine qua non* consistente en que el potencial beneficiario de la figura sea un legitimario que se encuentre «en situación de discapacidad», presupuesto que pasa a sustituir a la anterior exigencia de «incapacitación». Igualmente, para poder recurrir al mecanismo sucesorio del fideicomiso de residuo debe tratarse de una sucesión testada. No puede tener lugar en una sucesión intestada, lógicamente, porque la constitución de esta figura jurídica especial depende de la voluntad del testador que decidió incluir una cláusula testamentaria expresa al respecto. De ahí que, esencialmente, sea un testamento válido –sin que exista limitación alguna en cuanto a su modalidad abierta, cerrada u ológrafa–, el instrumento jurídico apropiado para establecer la sustitución fideicomisaria de residuo sobre el tercio de legítima estricta<sup>5</sup>. Además, debe destacarse ya que este gravamen legitimario, teniendo en cuenta las concretas necesidades del legitimario con discapacidad, puede recaer sobre la integridad, o sólo una parte, de la legítima estricta de los fideicomisarios no discapacitados.

Finalmente, todas estas normas fundamentales se complementan con el artículo 824 CC que, en relación con el ya mencionado artículo 823 CC, determina que: «No podrán imponerse sobre la mejora otros gravámenes que los que se establezcan en favor de los legitimarios o sus descendientes».

---

disposición, a la imputación, a la desheredación... ) para adecuarlas a una situación totalmente ajena a aquella para cuya aplicación fueron concebidas». En igual sentido, GÓMEZ GÁLLIGO, *RCDI*, 2005, p. 13, consideraba que es la medida legal sucesoria que «más choca con el sistema tradicional del Código civil que es más discutible y que puede ser fuente de problemas»; y PANIZA FULLANA, 2022, p. 990, opone que esta reforma del artículo 808 CC «ha supuesto trastocar, aunque sea en un supuesto concreto y determinado, la piedra angular de la intangibilidad de la legítima» en nuestro ordenamiento jurídico.

<sup>5</sup> *Vid.*, por ejemplo y respecto de la regulación anterior, COBACHO GÓMEZ, 2010, p. 369, GÓMEZ GÁLLIGO, *RCDI*, 2005, *cit.*, p. 18, LEÑA FERNÁNDEZ, *CDJ*, 2005, p. 197; etc. Por otra parte, en el texto se dice «esencialmente» porque hay autores que mantienen que este fideicomiso de residuo podría establecerse también mediante una donación con derecho de reversión, entre otros, por ejemplo, GÓMEZ GÁLLIGO: *ibidem*.

## 1.2 Interpretación del fundamento de la facultad concedida por la ley al testador

La finalidad del vigente artículo 808.4.º CC ha sido interpretada, sintetizando las diversas posiciones doctrinales, de dos maneras principales. Una primera posición, de carácter restrictivo, entiende que el precepto supone una excepción o anomalía al sistema tradicional de las legítimas en nuestro ordenamiento jurídico, en cuanto puede vulnerar tanto su intangibilidad cuantitativa como cualitativa. Una segunda perspectiva, de índole extensa, mantiene que con esta normativa actual se busca la protección legal de las personas con discapacidad en consonancia con lo exigido en nuestra Constitución española (*ex arts. 10 y 49*)<sup>6</sup>.

Ciertamente, la doctrina discute el fundamento e idoneidad de esta normativa vigente, pues algunos entienden que la introducción de esta sustitución fideicomisaria de residuo va, incluso, en contra de los principios de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad –hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006–, y, por consiguiente, de la modificación sustancial del Código Civil en materia de la capacidad realizada 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. Se olvida, se dice por este sector doctrinal, que el artículo 12 de la indicada Convención de 2006 parte del postulado principal de que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y esta super protección legal contraría dicho postulado primordial de equiparación<sup>7</sup>.

En cambio, otros autores consideran que esta medida legal protectora de las personas con discapacidad no plantea dificultad de incompatibilidad con la mencionada Convención de 2006, pues su virtualidad principal no reside en la restricción de los derechos de

---

<sup>6</sup> Ya MAGARIÑOS BLANCO, 2018, pp. 423-424, advertía que la «libertad de testar tiene su complemento de justicia en la obligación de los padres de atender al sustento y formación de sus hijos hasta su emancipación vital. También, cuando ésta no pueda lograrse por causa de discapacidades que los inhabiliten para integrarse plenamente en la sociedad». A favor esta medida legal protectora de las personas con discapacidad, entre otros muchos, BARBA, *La Ley-DF*, 2021, p. 52.

<sup>7</sup> DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2021, pp. 936-937. También CERVILLA GARZÓN, 2021, p. 696, puntualiza que la reforma del Código Civil en este punto «va más allá de la Convención» de 2006. CHAPARRO MATAMOROS, 2023, pp. 643-644, nota 6, se plantea «si, en el marco de una reforma que tiene por objeto la supresión de las trabas existentes al ejercicio autónomo de la capacidad jurídica por parte de las personas con discapacidad a efectos de que puedan ejercer aquélla en igualdad de condiciones que las demás, tiene sentido atribuirles una protección económica directa por razón de su discapacidad, en vez de tratar de impulsar incentivos y promover acciones que contribuyesen de forma decidida a lograr la independencia económica y la igualdad del colectivo de personas con discapacidad».

los legitimarios sin discapacidad, sino en la facultad que el legislador resuelve conceder al testador en beneficio de ciertas personas con discapacidad llamadas a la herencia<sup>8</sup>.

A mi juicio, no podemos limitarnos a interpretar literalmente lo dispuesto en el vigente artículo 808.4.º CC, pero tampoco puede extenderse su supuesto de hecho indiscriminadamente, sobre todo en aquellas hipótesis en que su hermenéutica no contribuya a conceder una salvaguardia añadida al legitimario, persona con discapacidad, pues, no se olvide, esta necesidad de asistir a los más desfavorecidos se consigue en estos supuestos dando la posibilidad de una «desheredación» *de facto* de los colegitimarios del discapacitado. El derecho a la legítima se convierte en una expectativa de derecho, pues si el legitimario fiduciario dispone de todos los bienes fideicomitidos, los legitimarios no discapacitados, llegado el momento, podrían incluso no adquirir nada de la legítima estricta que les correspondía en la herencia del causante. En definitiva, la irregularidad fundamental que el precepto implica –respecto del sistema tradicional de la intangibilidad de las legítimas en nuestro ordenamiento jurídico–, sólo debería poder justificarse en cuanto dispense una necesaria y directa protección al legitimario con discapacidad, y únicamente a éste, por lo que convendría que quedara excluida la posibilidad de su justa aplicación cuando –como se verá detalladamente en ulteriores apartados–, no le favorezca verdadera y solamente y sí esté pensada para sus propios herederos<sup>9</sup>.

### 1.3 Referencia a la capacidad para aceptar o repudiar el beneficio testamentario

Según el vigente artículo 992 CC, para aceptar o repudiar la herencia se requiere que el sujeto titular de la delación hereditaria tenga «*la libre disposición de sus bienes*». Tras la reforma producida por la mencionada Ley 8/2021, de 2 de junio, en nuestro ordenamiento jurídico –que claramente pretende favorecer el ejercicio de la

<sup>8</sup> Vid. APARICIO VAQUERO, 2022, p. 569. Igualmente, PLANAS BALLVÉ, *RDC*, 2022, *cit.*, p. 436, explica en este punto que: «Debemos tener en cuenta el espíritu de la reforma de la norma introducida y sus antecedentes (la Convención de 2006 y la LPPD) para comprender que, aunque la legítima es, como decíamos, en principio, intangible, podrá dejar de serlo, si el causante decide gravarla con una sustitución fideicomisaria».

<sup>9</sup> Muy acertadamente, ORTEGA DOMÉNECH, 2022, p. 158, se plantea, desde una perspectiva práctica, qué es lo mejor para el legitimario con discapacidad, «si favorecerlo con el gravamen de la legítima estricta de los demás herederos forzosos –lo que le permitirá tener patrimonio disponible para poder sufragar los gastos correspondientes a su grado de discapacidad–, o, en cambio, que el testador beneficie a aquellas personas que lo cuiden –a través del mantenimiento de su legítima estricta e, incluso, la concesión de los tercios de mejora y de libre disposición de la herencia–, lo que sería bueno para el discapacitado y, además, fortalecería las relaciones familiares».

capacidad jurídica de las personas con discapacidad–, debe partirse de la regla general de que las personas mayores de edad con discapacidad podrán, siempre que ello fuera posible, aceptar o repudiar por sí mismas. No obstante, cuando estas personas con discapacidad no puedan expresar su voluntad al notario interviniente, ni siquiera con apoyos, únicamente podrán ejercitar su capacidad jurídica mediante un representante<sup>10</sup>. Este representante del discapacitado podrá tratarse de un guardador de hecho, un curador o un defensor judicial con facultades representativas, o de un representante voluntario que hubiera designado la persona con discapacidad con carácter preventivo (conforme a lo establecido en el art. 255.1.º CC).

Ahora bien, hay que tener en cuenta que si la aceptación no implica ningún riesgo patrimonial para la persona con discapacidad –de manera que no va a responder de las deudas hereditarias con su propio patrimonio, sino *intra vires hereditatis*–, parece lógico que no deba exigirse autorización judicial para su virtualidad. Tal sucederá cuando quien ejerza las funciones representativas acepte la herencia a beneficio de inventario, a diferencia, por tanto, de los supuestos en los que se pretenda una aceptación pura y simple, pues al existir entonces una responsabilidad *ultra vires hereditatis* del aceptante respecto de las posibles deudas hereditarias del causante, sí que será precisa la autorización judicial (*ex art. 287.5.º CC*)<sup>11</sup>.

## 2. LA PROBLEMÁTICA RELATIVA A LA CONCRECIÓN DE LOS SUJETOS BENEFICIARIOS DE ESTE GRAVAMEN LEGITIMARIO

### 2.1 Cuestiones esenciales relativas a la discapacidad en esta sede

La primera cuestión básica que surge en este punto es qué debe entenderse por persona con discapacidad. Esta interrogante ha quedado respondida genéricamente conforme a la Disposición Adicio-

---

<sup>10</sup> BARRIO DEL OLMO, 2022, p. 25, explica que, existiendo «juicio notarial de capacidad jurídica... (habrá) que probar la falta de capacidad de hecho en la persona con discapacidad, a pesar de los apoyos empleados, incluido el institucional del notario». Como expone GARCÍA RUBIO, 2023, p. 37, «la consecuencia lógica de la nueva perspectiva es que discapacidad o dificultad para entender, querer o expresarse ya no pueden ser consideradas como antónimos de voluntad o de voluntad suficiente; muy al contrario, son conceptos compatibles que el sistema jurídico debe saber armonizar».

<sup>11</sup> En todo caso, advierte MARÍN CALERO, 2021, p. 77, que para aceptar a beneficio de inventario «debe exigirse la misma capacidad que para aceptar pura y simplemente o para repudiar, ya que el artículo 992 del Código Civil no distingue entre modalidades de aceptación, y por otro lado no puede olvidarse que una de las posibles consecuencias del expediente de aceptación a beneficio de inventario a modo de sanción, si no se cumplen los trámites o requisitos exigidos, es la aceptación pura y simple, con la consecuente responsabilidad por deudas».

nal Cuarta, primer inciso, de la indicada Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma del Código Civil, cuando se establece que la «referencia a la discapacidad que se realiza en los artículos 96, 756 número 7.º, 782, 808, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia»<sup>12</sup>.

Según la disposición anterior, por consiguiente, se ha ampliado el número de personas que pueden ser favorecidas por la sustitución fideicomisaria de residuo reconocida por la ley –la redacción anterior limitaba el precepto a los «judicialmente incapacitados»–, pues ahora pueden ser tanto los afectados con una discapacidad psíquica como física. En efecto, en la actualidad se consiente legalmente que sean beneficiarias aquellas personas que tengan una discapacidad no sólo psíquica –igual o superior al 33%–, sino también física o sensorial –igual o superior al 65%–. Por tanto, como concluye la doctrina especialista, ya no se depende de una resolución judicial firme de incapacidad, sino que bastará con las correspondientes resoluciones administrativas de concreción y acreditación del grado de discapacidad de la persona<sup>13</sup>. Con la obtención de esta indicada certificación no se obtiene un nuevo estado civil, sino que el sujeto pasa a una nueva categoría, la de *persona con discapacidad*, que, una vez es comprobada y reconocida administrativamente, se convierte en una situación jurídica efectiva desde la fecha en la que se presentó la pertinente solicitud de reconocimiento del grado de discapacidad.

Una segunda cuestión primaria que se plantea en esta sede es si basta la existencia de discapacidad o es precisa también la necesidad económica del legitimario con discapacidad. Tras la regulación

---

<sup>12</sup> Grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no requiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal.

Grado III. Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal.

<sup>13</sup> BOTELLO HERMOSA, *RCDI*, 2023, p. 237. Este mismo autor, antes de la reforma definitiva del Código Civil en 2021 consideraba (*RCDI*, 2019, pp. 2788-2789), que los beneficiarios del fideicomiso de residuo del proyectado artículo 808 CC deberían ser solamente «aquellos legitimarios discapacitados que por sentencia judicial se les hayan establecido medidas de apoyo en todos los ámbitos de su vida debido al grado de discapacidad que padecen». Por su parte, entre otros, ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2016, p. 789, entendía que la exigencia de la incapacitación en esta sede era «un incentivo para el fomento de la misma».

actual de la figura estudiada, de la que puede resultar beneficiaria cualquier persona que pueda incluirse en el artículo 2.2.º de la Ley 41/2003 o en el artículo 26.1.º de la Ley 39/2006, pudiera pensarse que el fundamento asistencial o de protección económica del discapacitado parece difuminarse, de manera que con la sustitución fideicomisaria de residuo sobre la legítima estricta podría también beneficiarse a herederos forzosos con discapacidad que no estuvieran particularmente impedidos para procurarse su propia subsistencia, a diferencia de lo que sucedía respecto de las personas que resultaban incapacitadas judicialmente conforme a la normativa anterior a la última reforma del Código Civil<sup>14</sup>.

Frente a esta inteligencia, otra doctrina entiende que la posibilidad del testador de ordenar la sustitución fideicomisaria de residuo, del estudiado artículo 808.4.º CC, se fundamenta –aunque no se mencione expresamente en el precepto–, en una presunción *iuris tantum* de necesidad económica del legitimario discapacitado beneficiado, que puede destruirse demostrándose por alguno de los fideicomisarios perjudicados con el gravamen de su legítima estricta que no existe esa escasez económica a la que obedeció la fijación del gravamen por el testador; o que, aun concurriendo, dicha necesidad económica no deriva directamente de la discapacidad del fiduciario, sino a otras causas a éste imputables, como, por ejemplo, a su indolencia o a su falta de aplicación en el trabajo<sup>15</sup>.

Finalmente, en este punto, cabe preguntarse quiénes pueden impugnar la existencia de discapacidad. Pues bien, debe recordarse que el último párrafo del artículo 808 CC reformado establece que: «*Cuando el testador hubiere hecho uso de la facultad que le concede el párrafo anterior, corresponderá al hijo que impugne el gravamen de su legítima estricta acreditar que no concurre causa que la justifique*». Por consiguiente, este precepto deja a salvo la posibilidad para los legitimarios no discapacitados –cuya legítima

<sup>14</sup> DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2021, *cit.*, pp. 938-939. En la misma línea parece encontrarse PLANAS BALLVÉ, *RDC*, 2022, *cit.*, p. 441, cuando expone que con esta disposición, legalmente permitida, el «testador lo que está protegiendo es a uno de sus hijos que, por su condición de discapacitado hace que sea más vulnerable...».

<sup>15</sup> CHAPARRO MATAMOROS, 2023, *cit.*, pp. 646-647, quien añade que parece «existir un nexo de causa-efecto entre la discapacidad que autoriza el establecimiento de la sustitución fideicomisaria y la situación de necesidad económica del beneficiado, de manera que ésta (la necesidad) traiga causa precisamente de aquella (de la discapacidad), lo que se justifica por el equilibrio que debe presidir la relación entre la protección de la persona con discapacidad y el principio de intangibilidad de la legítima... Ello sin tener en cuenta el posible fraude de ley que resultaría de utilizar la figura de la sustitución en beneficio de un legitimario con discapacidad, pero sin necesidad económica, con el único (o principal) propósito de privar de su legítima estricta a un legitimario sin discapacidad con el que se tiene una mala relación, o directamente no se tiene (por ejemplo, porque nunca se quiso saber nada de él), y al que no resultaría de aplicación ninguna causa de desheredación». Criterio que apoyan, por ejemplo, ESCRIBANO TORTAJADA, 2019, p. 399 y BERNARD MAINARD, *RDC*, 2024, p. 253.

estricta haya sido gravada testamentariamente—, de negar la discapacidad del beneficiado con el fideicomiso de residuo legal, que era la causa que justificaba la imposición del gravamen, eso sí, la carga de la prueba corresponderá al reclamante o reclamantes. En concreto, podría probarse, por ejemplo, el cese de la discapacidad, la concurrencia de anomalías en el procedimiento administrativo de discapacidad o la disminución del grado de discapacidad.

Igualmente, como se explicó en el apartado anterior, hay quienes mantienen que la sustitución fideicomisaria de residuo estudiada no puede establecerse en beneficio de herederos forzosos afectados de discapacidades que no sean especialmente impeditivas para la obtención de recursos económicos suficientes para su propia subsistencia. Por consiguiente, esta doctrina concluye que este gravamen fideicomisario de la legítima estricta únicamente puede responder, junto a la concurrencia de la discapacidad legalmente fijada, a una situación de necesidad económica derivada de la propia discapacidad, de manera que, de no existir carencia de recursos, el gravamen legitimario podrá ser impugnado por los colegitimarios sin discapacidad conforme también a este artículo 808.5.º CC<sup>16</sup>.

## 2.2 **¿Puede ser beneficiado cualquier legitimario o debe tratarse de un descendiente del testador?**

Frente a la redacción anterior que hablaba exclusivamente de *«hijos o descendientes judicialmente incapacitados»*, el vigente artículo 808.4.º CC contempla como posibles fiduciarios beneficiarios a *«alguno o varios de los legitimarios (que) se encontraren en una situación de discapacidad»*. Esta distinta expresión legal podría interpretarse en el sentido de que, actualmente, el gravamen testamentario podría beneficiar a cualquier tipo de legitimario y no únicamente a los descendientes. No obstante, en otra expresión del precepto comentado se habla de lo *«recibido por el hijo beneficiado»*, por lo que parece —cuestión que se tratará específicamente en el epígrafe siguiente—, que deberá tratarse, en principio, no sólo de legitimarios que sean descendientes, sino de hijos del testador. Por consiguiente, no pueden ser favorecidos por este gravamen fideicomisario de residuo, aunque se trate de personas con discapacidad, ni los ascendientes, ni el cónyuge supérstite, ni, por supuesto, la pareja conviviente de hecho del causante, restricciones que ya

---

<sup>16</sup> CHAPARRO MATAMOROS, 2023, *cit.*, p. 645, quien agrega en este punto que realizar «otra interpretación, que propugne la validez de las sustituciones efectuadas atendiendo únicamente a la concurrencia del grado de discapacidad requerido, podría otorgar legitimidad a situaciones que rayarían en el absurdo desde el punto de vista de la justicia material».

habían sido objeto de crítica por la doctrina especialista respecto de la regulación anterior de esta materia<sup>17</sup>. En definitiva, no habiendo previsto expresamente el legislador ninguna de estas posibilidades, y teniendo muy en cuenta la naturaleza excepcional de la sustitución fideicomisaria que grava la legítima estricta, parece indudable que el testador no podrá beneficiar con este gravamen legitimario al progenitor o al cónyuge supérstite que se encuentre en situación de discapacidad, por constituir ello una disposición *contra legem*<sup>18</sup>.

Respecto del cónyuge viudo, hay que advertir, igualmente, que como su legítima comprende sólo el usufructo del tercio de mejora (*ex art. 834 CC*), no obstaculiza el gravamen sobre la legítima estricta de los colegitimarios no discapacitados dispuesto por el testador en beneficio del legitimario con discapacidad o, dicho con otras palabras, también debe respetarse la legítima del cónyuge viudo en estos supuestos de gravamen legitimario.

### 2.3 ¿Pueden ser favorecidos los legitimarios descendientes discapacitados que no sean hijos del causante?

Como se ha apuntado anteriormente, el precepto comentado habla, por un lado, de «*legitimarios*» en general y, de otra parte, de «*hijo beneficiado*», en particular. Pues bien, ante esta doble expresión legal cabe preguntarse si pueden ser favorecidos con el gravamen fideicomisario de la legítima estricta los legitimarios descendientes discapacitados que no sean hijos del causante. Obsérvese que ello sucede, por ejemplo, con la facultad de ser mejorados por el testador contenida en el artículo 823 CC: «*El padre o la madre podrán disponer en concepto de mejora a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes, ya lo sean por naturaleza ya por adopción, de una de las dos terceras partes destinadas a legítima*». En efecto, el supuesto fundamental que se plantearía aquí sería cuando un nieto u otro descendiente del causante adquiere la condi-

---

<sup>17</sup> En efecto, en cuanto a la normativa de 2003, se entendió como demasiado rígido que se permitiera gravar la legítima estricta de los hijos en beneficio de un hermano o medio hermano «*incapacitado*» y que, sin embargo, no se extendiera tal posibilidad a favor del cónyuge e incluso del ascendiente, en esa misma condición de discapacidad. «A pesar de que un fideicomiso, por ejemplo, a favor del cónyuge supérstite, además de que ordinariamente puede ser querido por el propio causante, si consideramos que es normal que los consortes deseen dejarse protegidos entre sí para el caso en que alguno fallezca, resultaría menos gravoso no solo por razón de su edad sino también porque su legítima es más corta» (DÍAZ ALABART, 2006, p. 1051; criterio que reitera en ASN, 2008, p. 283; y que confirma en 2011, pp. 888-889). En idéntico sentido, por ejemplo, GONZÁLEZ PORRAS, 2005, p. 704. Respecto de la regulación actual, estaría a favor de esta interpretación, por ejemplo, HERRÁN ORTIZ, 2014, p. 816.

<sup>18</sup> CHAPARRO MATAMOROS, 2023, *cit.*, p. 664; ESCRIBANO TORTAJADA, 2019, *cit.*, p. 403; LEÑA FERNÁNDEZ, *CDJ*, 2005, *cit.*, p. 188; MARTÍN MELÉNDEZ, 2010, p. 52; etc.

ción de legitimario por derecho de representación, esto es, por premeriencia (*ex art. 925.1.º CC*), indignidad sucesoria (*ex art. 761 CC*) o desheredación justa de su progenitor (*ex art. 857 CC*)<sup>19</sup>.

Ante esta problemática planteada, la primera posibilidad es interpretar literalmente el precepto estudiado en el sentido de que no basta con que el beneficiado con el gravamen legitimario sea heredero forzoso sino que, además, debe ser hijo del causante, con lo que quedan fuera los descendientes ulteriores del testador, aunque sean también legitimarios por derecho de representación<sup>20</sup>. Obviamente, esta posición doctrinal se funda, básicamente y, en primer lugar, en la evidencia de que el susodicho artículo 808.4.º CC supone una excepción a la primordial intangibilidad de la legítima en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que debe interpretarse restrictivamente. De otra parte, se alega también que no puede olvidarse tampoco el fundamental artículo 782 CC que, en su redacción vigente, establece que: «*Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo cuando se establezcan, en los términos establecidos en el artículo 808, en beneficio de uno o varios hijos del testador que se encuentren en una situación de discapacidad*». En definitiva, si el causante quisiera favorecer a un descendiente con discapacidad que no fuera su hijo, aunque fuera legitimario, únicamente –que no es poco– podría atribuirle la totalidad del tercio de libre disposición, el tercio de mejora también íntegro (*ex art. 808.2.º CC*), y, todo ello, sin olvidar la porción que a aquél corresponda en el tercio de legítima estricta.

Frente a dicha doctrina restrictiva, una posición contraria –que, a mi modo de ver, debería prevalecer– alega que, a pesar de la excepcionalidad que el artículo 808.4.º CC supone respecto de la esencial intangibilidad de las legítimas en nuestro Derecho, cuando un descendiente ulterior alcanza la categoría de legitimario del testador por derecho de representación –en cualquiera de las circunstancias (premeriencia, indignidad o desheredación) indicadas anteriormente–, esta condición fundamental debería obtenerse en toda su extensión, comprendiendo la contingencia legal de ser favoreci-

<sup>19</sup> Obsérvese que también los artículos 932 y 934 del CC establecen que los hijos del causante lo heredan siempre por «*derecho propio*» y sus nietos y descendientes ulteriores, al coincidir con alguno de estos, podrán heredarle por «*derecho de representación*». *Vid. VELA SÁNCHEZ, La Ley*, 2020, pp. 1-2.

<sup>20</sup> *Vid.*, por ejemplo, JARILO GÓMEZ, 2021, p. 126; PANIZA FULLANA, 2022, *cit.*, p. 994, quien interpretando conjuntamente los artículos 782 y 808 del CC concluye que aquella «primera referencia del artículo 808 Cc. a los *legitimarios* puede generar confusión en una primera lectura, que debe hacerse de manera conjunta para ver que solo se refiere a los hijos discapacitados. En consecuencia, se descarta, también, que pueda ser beneficiado el nieto mientras viva el padre»; PLANAS BALLVÉ, *RDC*, 2022, *cit.*, p. 437, quien confirma que podemos «entender que el término *legitimario* se identifica con el de *hijo* y no con el resto de sus descendientes (por ejemplo, los nietos)»; etc.

do por la sustitución fideicomisaria de residuo en cuanto sea persona con discapacidad<sup>21</sup>. Quedaría fuera, pues, el supuesto del descendiente discapacitado del causante que no fuera legitimario, al sobrevivir su progenitor no indigno para suceder o no desheredado justamente, puesto que estos descendientes no legitimarios ni tienen derecho a legítima estricta, ni tampoco podrán beneficiarse de un gravamen sobre la legítima estricta de otros legitimarios.

#### 2.4 ¿Qué sucede si concurre más de un legitimario con discapacidad?

Recuérdese que tanto el artículo 808.4.º CC, como el artículo 782 CC contemplan, expresa y respectivamente, el supuesto de que «*alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad...*», o de que «*uno o varios de los hijos... se encuentren en una situación de discapacidad*», por lo que parece, en principio, que no cabe duda de que todos los herederos forzosos con discapacidad podrán beneficiarse del fideicomiso de residuo con el que el testador puede gravar la legítima estricta de los legitimarios no discapacitados.

Ahora bien, cabe preguntarse en este punto que si concurren varios legitimarios con discapacidad o si al tiempo de otorgarse el testamento sólo existiera la discapacidad del hijo beneficiado con la disposición, pero después sobreviniera la discapacidad de cualquier otro posible beneficiado, ¿sería obligatorio tratarlos a todos por igual o podría el testador establecer alguna diferencia de trato? Como se verá en apartado posterior, el artículo 808.4.º CC habla de que el testador «*podrá disponer*», por lo que resulta evidente que supone una facultad legal del testador y no de una obligación de imponer el gravamen fideicomisario sobre la legítima estricta, si concurren legitimarios con discapacidad. Pues bien, si el ejercicio de la facultad legal de constituir la sustitución fideicomisaria de residuo es totalmente opcional para el fideicomitente, también la elección de quién

<sup>21</sup> Vid., por ejemplo, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 2023, pp. 358-359, que sostiene que sólo «cuando los nietos sean legitimarios por derecho de representación podrán ser fiduciarios. En caso contrario, el ascendiente de segundo grado solo podrá favorecer a sus nietos por vía de mejora sin que pueda afectar a las legítimas estrictas de los demás»; BOTELLO HERMOSA, RCDI, 2023, cit., p. 235, quien también considera que pueden ser beneficiados los descendientes, que no sean hijos del causante, bajo la premisa primordial de que «el descendiente más próximo excluye al más remoto, salvo los casos de representación...»; CHAPARRO MATAMOROS, 2023, cit., p. 651, que entiende que parece «clara la posibilidad de que sea fiduciario un descendiente (no hijo) que sea legitimario por derecho de representación»; MARÍN CALERO, 2022, p. 186, quien concluye que veremos «lo que decide la jurisprudencia, pero en mi opinión lo relevante debería ser la condición de legitimario, de manera que los descendientes también entrarán en juego, pero solo cuando ellos mismos sean también legitimarios»; etc.

o quiénes serán los fiduciarios beneficiados debe depender exclusivamente de él. De este modo, y en virtud del principio clásico de que quien puede lo más, también puede lo menos, el causante podría igualar el beneficio concedido a cada uno de los legitimarios con discapacidad o diferenciarlo, atribuyéndoselo únicamente al que estuviera más necesitado de protección o a quien considerare conveniente, sin justificación alguna, al igual que ocurre, analógicamente, con la disposición libre y sin razonamiento necesario del tercio de mejora respecto de los descendientes del testador (*ex art. 823 CC*)<sup>22</sup>. Eso sí, al tratarse de personas con discapacidad, aunque no fueran nombrados fiduciarios respecto del fideicomiso de residuo establecido por el testador respecto de los colegitimarios no discapacitados concurrentes, su parte de legítima estricta no podría ser gravada a favor de otro legitimario discapacitado.

## 2.5 ¿Quiénes deben ser los fideicomisarios beneficiarios de los bienes fideicomitidos que quedaren al fallecimiento del legitimario fiduciario con discapacidad?

Ciertamente, cabe plantearse la cuestión de que, conforme al estudiado artículo 808.4.º CC, atribuida la herencia al hijo legitimario con discapacidad –en particular la legítima estricta de los colegitimarios no discapacitados–, y sujetos los bienes hereditarios recibidos a una sustitución fideicomisaria de residuo, en el supuesto de concurrencia de varios hijos o descendientes legitimarios sin discapacidad, los sustitutos no sean todos estos sino solamente alguno o algunos de ellos. La doctrina especialista<sup>23</sup> plantea varias posibilidades en esta materia tratada. Una primera interpretación considera que, como se trata del tercio de legítima estricta –del que no puede privarse definitivamente a los herederos forzosos sin

<sup>22</sup> Para la redacción anterior del Código Civil, HERRÁN ORTIZ, 2014, *cit.*, pp. 820-821, concedía que el testador pudiera favorecer sólo al legitimario discapacitado más precisado de protección; mientras que PUIG FERRIOL, 2005, p. 281, consideraba que si «hay varios descendientes incapacitados todos deberán ser fiduciarios, mientras serán fideicomisarios aquellos que no lo sean». En la regulación actual, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 2023, *cit.*, p. 359, no tiene claro si el testador puede hacer distinciones entre los diversos legitimarios discapacitados concurrentes en la herencia, mientras que DOMÍNGUEZ LUELMO, 2021, p. 405, exige un «llamamiento conjunto como fiduciarios a todos los hijos con discapacidad»; en cambio, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2021, *cit.*, p. 937, critica la evidencia de que «la reforma está posibilitando tratar de diferente manera a los legitimarios que presentan discapacidad, lo que, se justifique como se quiera justificar, es contrario a las premisas de la Convención», y CHAPARRO MATAMOROS, 2023, *cit.*, p. 656, admite abiertamente que el testador puede «beneficiar únicamente a alguno o a varios de los legitimarios con discapacidad; y ello aunque todos ellos se encuentren en estado de necesidad, pues el testador no está obligado a dar a aquéllos un tratamiento uniforme más allá de la porción de legítima estricta que les corresponda».

<sup>23</sup> *Vid.*, por ejemplo, MOSCOSO TORRES, AASN, 2022, pp. 218 ss.

causa legal—, lógicamente los sustitutos deberán ser todos los colegitimarios sin discapacidad por igual. Una segunda opinión —dentro también del estricto ámbito de los colegitimarios de la persona con discapacidad—, defiende la hipótesis de que quienes sustituyan al legitimario fiduciario puedan ser únicamente aquellos colegitimarios sin discapacidad fijados expresamente por el causante en testamento, por ejemplo, por cuidar al legitimario con discapacidad durante su vida.

Fuera ya del círculo específico de los colegitimarios del heredero forzoso con discapacidad, también se propone la eventualidad de nombrar sustitutos a los propios legitimarios del heredero forzoso discapacitado. Así, si el legitimario fiduciario con discapacidad tuviere descendientes, se sostiene que el testador puede establecer como sustitutos de residuo a todos ellos o, en su caso, a quien o a quienes de ellos se ocupen de aquél. A falta de descendientes del legitimario con discapacidad, se propone igualmente que la sustitución fideicomisaria de residuo recaiga a favor del ascendiente que le sobreviva y, en particular, de quien se vaya a hacer cargo de dicho legitimario con discapacidad, por ejemplo, su otro progenitor, normalmente cónyuge del testador. Incluso, de no existir tampoco ascendientes del fiduciario legitimario, se expresa la posibilidad de que podría ser beneficiario de los bienes resultantes del fideicomiso de residuo el propio cónyuge del legitimario con discapacidad, que habitualmente lo atenderá durante su vida.

Incluso, partiendo de una interpretación amplísima de la facultad testamentaria que, pretendidamente, el artículo 808.4.º CC concede al testador, también se alega la alternativa de que el beneficiario final de la sustitución fideicomisaria de residuo no sea un legitimario sin discapacidad del causante o del propio legitimario discapacitado, sino cualquier otra persona. En efecto, se mantiene que puede ser beneficiario de los bienes fideicomitados resultantes quien el causante libremente designe en el testamento, por ejemplo, la persona o entidad que vaya a atender al hijo legitimario con discapacidad, y ello como medio para asegurar esas atenciones o cuidados. Se argumenta en este punto que, dado que se priva de su legítima estricta a los legitimarios sin discapacidad, la facultad testamentaria concedida por la ley al causante debe estar orientada, inequívocamente, al beneficio de la persona discapacitada. Por consiguiente, debe exigirse, necesariamente, que los sustitutos nombrados proporcionen o hayan proporcionado algún servicio o cuidado a la persona con discapacidad, pues lo contrario podría implicar la utilización de la norma para defraudar los derechos de

los legitimarios sin discapacidad, lo que excluye genéricamente el artículo 6.4.º CC que proscribe el fraude de ley<sup>24</sup>.

A mi juicio, para resolver esta problemática planteada respecto de los destinatarios de los bienes fideicomitidos hay que acudir, necesariamente, a los principios generales que informan la normativa vigente del Código Civil. En efecto, aun partiendo de la esencial protección de las personas con discapacidad, no puede desatenderse, injustificadamente, la intangibilidad esencial de la legítima estricta de los herederos forzosos sin discapacidad. Por consiguiente, entiendo que deben ser fideicomisarios de los bienes fideicomitidos correspondientes a la parte de legítima estricta todos aquellos que tuviesen derecho a ella, sin que el fideicomitente pueda sujetar dicho derecho al cumplimiento de condición alguna. Por ejemplo, no sería admisible la condición de que el fideicomisario cuidara y atendiera adecuadamente al fiduciario con discapacidad, durante el tiempo en que éste viviera, estableciendo que, de no cumplir con tal cometido, los bienes fideicomitidos permanecerían en poder de este último, sus herederos o de quien hubiera previsto el testador. Ello supondría una causa de desheredación de hecho no prevista en el Código Civil, por lo que una tal condición debería considerarse nula y entenderse como no puesta en el testamento.

### 3. LA LEGALMENTE PERMITIDA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO

#### 3.1 Su concepción general en esta sede

Como vengo exponiendo, el vigente artículo 808.4.º CC habla de que, concurriendo un legitimario con discapacidad, en *«tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto mortis causa»*. Por consiguiente, frente al sistema anterior, que únicamente establecía la facultad testamentaria de imponer una sustitución fideicomisaria general –sin poder de disposición de los bienes fideicomitidos–, ahora se contiene explícita-

<sup>24</sup> MOSCOSO TORRES, AASN, 2022, *cit.*, p. 219. En cambio, por ejemplo, CHAPARRO MATAMOROS, 2023, *cit.*, p. 661, defiende que deberán ser todos los legitimarios sin discapacidad quienes recibirán «el remanente de los bienes hereditarios que no hubiese empleado el hijo en situación de discapacidad para la satisfacción de las necesidades propias, con el límite máximo de la porción de legítima estricta que correspondiese a cada uno de ellos, sin perjuicio de que pudieran heredar una parte mayor por así disponerlo el hermano con discapacidad en su testamento o por vía *ab intestato* en su condición de hermanos del causante».

mente un fideicomiso de residuo, lo que implica que se ha reforzado mucho su contenido en perjuicio de los legitimarios no discapacitados<sup>25</sup>. Como puede observarse, pues, en la actual regulación del artículo 808.4.º CC se contiene una determinación legal del carácter del fideicomiso a constituir, ya que si el testador no ha especificado cuál es la modalidad de sustitución fideicomisaria que ha previsto testamentariamente, ésta será la de residuo, por lo que el fiduciario beneficiario tendrá la facultad de disponer de los bienes recibidos en virtud del gravamen fideicomisario.

Ahora bien, lo que el actual artículo 808.4.º CC tampoco resuelve expresamente es qué tipo de fideicomiso de residuo configura, esto es, si se trata de un fideicomiso de residuo *de eo quod supererit* («de aquello que deba quedar», pues debe quedar algo, necesariamente) o *si aliquid supererit* («si queda algo», pues puede que no quede nada). En principio, parece que el fideicomiso previsto en este precepto comentado supone más una modalidad de *si aliquid supererit*, ya que, el legitimario beneficiario puede disponer a título oneroso de todos los bienes recibidos en virtud de la sustitución fideicomisaria, sin más limitación que la de aplicar lo así obtenido a la satisfacción de sus propias necesidades. En ningún caso, como se explicará en apartados posteriores, este carácter de fideicomiso de residuo *si aliquid supererit* derivará de que le pueda ser concedida al beneficiario la posibilidad de disponer de los bienes a título gratuito, ya sea *inter vivos* o por acto *mortis causa*.

En definitiva, a diferencia de lo que sucedía respecto de la anterior sustitución fideicomisaria ordinaria, en el actual fideicomiso de residuo el heredero fiduciario puede enajenar los bienes fideicomitados y consumir la remuneración obtenida, lo que puede comportar una considerable reducción o, incluso, una extinción del importe de las legítimas estrictas de los coherederos forzosos sin discapacidad, con lo que se estaría agrediendo no únicamente su intangibilidad cualitativa sino también la cuantitativa<sup>26</sup>, eso sí –recuerdo–, quedando a salvo en todo caso la legítima del cónyuge viudo (*ex art. 834 CC*).

Respecto de la naturaleza de esta figura, se podría discutir si se trata de una facultad o de una obligación del testador concurriendo

---

<sup>25</sup> ALBALADEJO GARCÍA, *ARAJL*, 2005, p. 43, advertía que la posibilidad de que el testador pudiera dispensar al «incapacitado» fiduciario del deber de conservar, disponiendo incluso un fideicomiso de residuo, era claramente erróneo, pues permitir «esto sería tanto como que directa o eventualmente pudiese el testador dejar al incapacitado la parte libre, la mejora entera y también la legítima entera, privando de ésta a todos los demás legitimarios que no fuesen el incapacitado». En la actualidad, como expone CARRIÓN OLMOS, *IDIBE*, 2021, p. 2, en «definitiva, soberano es el testador en cuanto al establecimiento de la sustitución, y soberano lo es asimismo para, estableciéndola, disponer que no lo sea de residuo. Modalidad esta “agravada” de sustitución fideicomisaria para los restantes legitimarios, pero sin duda mucho más favorable para el legitimario hijo en situación de discapacidad».

<sup>26</sup> *Vid.* PÉREZ RAMOS, *El Notario del siglo XXI*, 2021, p. 46.

legitimario o legitimarios con discapacidad. De acuerdo con el estudiado artículo 808.4.º CC, que habla concretamente de que el testador «*podrá disponer*», parece muy claro que se trata de una facultad concedida legalmente al causante y no de una verdadera obligación, aunque concorra un legitimario con discapacidad en la herencia. Por consiguiente, el testador, para favorecer a un legitimario con discapacidad, no tiene por qué acudir, necesariamente, a este fideicomiso de residuo que grava la legítima estricta de los legitimarios sin discapacidad, pues puede optar por otras medidas. En efecto, el causante podría, por ejemplo, inclinarse por constituir un patrimonio protegido o conceder a dicho legitimario con discapacidad los tercios de mejora y de libre disposición hereditaria en plena propiedad, además de su legítima estricta<sup>27</sup>, sin tocar la parte correspondiente a los demás legitimarios sin discapacidad.

### 3.2 ¿Se requiere que el testador haya dejado la mejora y la parte libre al legitimario discapacitado?

Debiendo protegerse, en lo posible, también en esta sede, la tradicional intangibilidad de la legítima estricta, la doctrina mayoritaria considera que el gravamen legitimario permitido en el artículo 808.4.º CC requiere, necesariamente, que el testador haya dispuesto del tercio de mejora a favor del fiduciario discapacitado, pues dicho gravamen legitimario únicamente puede justificarse *a mayor abundamiento* de protección patrimonial. Por tanto, se alega, carecería de sentido consentir un fideicomiso de residuo sobre la legítima estricta de los colegitimarios no discapacitados si el testador ha dispuesto que el tercio de mejora se distribuya a alguno o algunos de los descendientes sin discapacidad, legitimarios o no legitimarios, por igual o desigualmente. Lo mismo podría decirse respecto del tercio de libre disposición de la herencia que, además, podría dejarse a personas extrañas que no fueran parientes del testador<sup>28</sup>. De este modo, que la sustitución beneficie al legitimario con discapacidad implicará que el testador pueda disponer a

<sup>27</sup> Por ejemplo, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2021, *cit.*, p. 938, piensa que si al legitimario con discapacidad «se le atribuye en propiedad la mejora, más lo que le corresponda por legítima estricta y la parte de libre disposición obtendría una posición mucho más beneficiosa» que si se ordena por el testador el fideicomiso de residuo del artículo 808.4.º CC.

<sup>28</sup> *Vid.*, entre otros muchos autores, CERVILLA GARZÓN, 2021, *cit.*, pp. 694-695; MARTÍN MELÉNDEZ, 2010, *cit.*, p. 100; MORENO FLÓREZ, 2014, pp. 1008-1009; NUÑEZ NUÑEZ, 2006, p. 680; etc. En cambio, mantienen que el testador no está obligado a atribuir el tercio de libre disposición a sus legitimarios con discapacidad designados como fiduciarios, por ejemplo, CARRIÓN OLMOS, *AJI*, 2022, p. 3021; DOMÍNGUEZ LUELMO, 2021, *cit.*, p. 405; MARTÍN SANTISTEBAN, *RDP*, 2022, p. 89; PLANAS BALLVÉ, *RDC*, 2022, *cit.*, p. 437; etc.

su favor, en caso de necesidad, de una mayor porción hereditaria que el máximo permitido por el artículo 808 CC. Por tanto, si el testador no atribuye al legitimario con discapacidad los tercios de mejora y de libre disposición, no resultará posible establecer la sustitución, esto es, la asignación de estos tercios es presupuesto para la validez del gravamen fideicomisario. Obsérvese que el testador difícilmente podrá evidenciar la fijación del gravamen en una supuesta necesidad si no agota todos los recursos que tiene a su alcance para mejorar la posición de ese legitimario con discapacidad con carácter previo a la afectación de la legítima estricta de los colegitimarios sin discapacidad. Eso sí, se exceptúa el usufructo correspondiente al cónyuge superviviente, que no es incompatible con el gravamen fideicomisario de la legítima estricta (*ex art.* 834 CC).

Obsérvese que, en otro caso, la sustitución fideicomisaria de residuo sobre la legítima estricta de los colegitimarios no discapacitados estaría sirviendo más bien para favorecer, indirectamente, a los extraños con el tercio libre y a otros descendientes, fueran o no legitimarios, con la mejora, en lugar de servir de instrumento sucesorio para beneficiar a los hijos o descendientes con discapacidad, propósito para el que, justamente, se estableció por el legislador. Además, de no ser así, podría provocar la desheredación tácita de los colegitimarios no discapacitados porque se verían obligados a soportar el gravamen del fideicomiso de residuo sobre su derecho legitimario, no en beneficio del fiduciario con discapacidad, sino en el de un tercero al que el causante dejó el tercio de libre disposición y/o en el de un descendiente, legitimario o no, al que le concedió el tercio de mejora<sup>29</sup>.

Ahora bien, por estar al amparo también de la finalidad protectora del estudiado artículo 808.4.º CC respecto del legitimario discapacitado —que implica mejorar su posición—, el causante sí que estaría facultado legalmente para realizar la previsión testamentaria de que las personas que atiendan a la persona con discapacidad durante toda su vida pudieran ser destinatarios exclusivos y definitivos del tercio de mejora —tratándose únicamente de descendientes del testador—, o de la parte de libre disposición de la herencia —respecto de cualquier cuidador, pariente o no, legitimario o no, del testador—<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Ya lo advirtió, bajo la vigencia del régimen anterior a la Ley 8/2021, ALBIEZ DOHRMANN, 2013, p. 5728, al afirmar que el testador «podría servirse de esta solución con el único fin de relegar a los herederos forzosos a la condición de meros sustitutos fideicomisarios (al modo de una cuasidesheredación encubierta)». *Vid.*, por ejemplo, respecto de los requisitos de la desheredación, VELA SÁNCHEZ, *ADC*, 2023, pp. 1001 ss.; y en 2024, pp. 236 ss.

<sup>30</sup> En el mismo sentido indicado en el texto, hay autores incluso que subrayan la posibilidad de que el causante disponga, a su libre arbitrio, del tercio de libre disposición, pues, además de la necesaria salvaguarda de las personas discapacitadas, «hay otros intereses del testador que también requieren protección. Por ejemplo, es usual que, entre sí, los

### 3.3 ¿Cuál es el alcance del gravamen legitimario respecto de los colegitimarios no discapacitados?

Ya respecto de la regulación anterior se entendía que el causante no podía distinguir a cuál de los fideicomisarios sin discapacidad afectaría el gravamen legitimario. Tampoco estaba facultado el testador para diferenciar entre ellos, de manera que pudiera imponer a alguno un mayor gravamen sobre su porción legitimaria que respecto de los otros. En definitiva, se mantenía que era inválido un gravamen legitimario parcial, mediante el cual alguno o algunos de los legitimarios no discapacitados sufrieran el aplazamiento en la adquisición de su derecho legitimario y, en cambio, otros percibieran su legítima íntegra al fallecimiento del causante<sup>31</sup>. Por consiguiente, el sacrificio patrimonial que supondría el gravamen legitimario no podría ser soportado únicamente por alguno o algunos de los colegitimarios no discapacitados. La razón de esta conclusión radicaba en que una tal disposición no solamente sería contraria a la finalidad de la norma, sino que, además, carecería de apoyo legal, sin olvidar que el legitimario con discapacidad no obtendría beneficios adicionales en estos supuestos.

En la actualidad, el vigente artículo 808.4.º CC no parece, en principio, contradecir esta doctrina pues sigue hablando de «*los demás legitimarios sin discapacidad*», lo que parece suponer que el gravamen legitimario, de establecerse, afectará por igual a todos los colegitimarios sin discapacidad. No obstante, en cuanto que la nueva redacción del artículo 808.4.º CC se refiere ahora a «*los que hubieren visto afectada su legítima estricta*», se plantea por algunos autores la eventualidad, perfectamente admisible a la luz de esta referencia legal relevante, de que el testador no grave la parte de legítima estricta de todos los colegitimarios sin discapacidad, pues este precepto ya no lo exige necesariamente<sup>32</sup>. Entiendo que esta última interpretación es la más adecuada, ya que el precepto persigue, esencialmente, el beneficio del legitimario discapacitado, quedando al criterio del testador la manera de satisfacerlo respecto del derecho de los colegitimarios sin discapacidad.

---

cónyuges se quieran dejar protegidos para que, en caso del fallecimiento de alguno, el otro no quede desamparado, sino más bien en una situación similar a la que tenía cuando ambos estaban vivos. Para ello, y como complemento de la irrisoria legítima viudal, se suele incluir el tercio de libre disposición como parte del derecho sucesorio de cada cual. Alternativa que no resulta perjudicial para el fiduciario incapacitado porque, de ser un descendiente común, será el cónyuge sobreviviente el que asumirá su cuidado, a la muerte del ascendiente testador» (ROBLES RAMOS, 2021, p. 361).

<sup>31</sup> Vid. NANCLARES VALLE, 2014, p. 145; TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, 2012, p. 121; etc.

<sup>32</sup> Vid. CHAPARRO MATAMOROS, 2023, *cit.*, p. 663, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2021, *cit.*, p. 943, etc.

Ahora bien, en cambio, la voluntad del causante será libre para disponer si la sustitución fideicomisaria de residuo gravará total o parcialmente la porción que a los colegitimarios no discapacitados les corresponde en el tercio de legítima corta. En efecto, si el legislador concedió al testador la libre facultad para decidir si establece o no un fideicomiso especial que grave todo el derecho legítimo de los colegitimarios sin discapacidad, parece lógico que tendrá la misma libertad para restringir ese gravamen legítimo a sólo una parte del mismo. Esta determinación del causante tendrá en cuenta qué porción legítima bastará para satisfacer las necesidades del legítimo fiduciario, consideración que, al mismo tiempo, beneficiará a los fideicomisarios no discapacitados quienes podrán obtener inmediatamente, al menos, una porción de los bienes hereditarios que conforman su legítima estricta.

### 3.4 ¿El gravamen también puede afectar a la legítima estricta del legítimo con discapacidad?

Mantiene en esta sede la doctrina mayoritaria<sup>33</sup> –criterio razonable con el que coincido– que la figura establecida en el artículo 808.4.º CC permite establecer una sustitución fideicomisaria de residuo sobre la legítima estricta de los colegitimarios sin discapacidad, pero que quedará a salvo la porción perteneciente al legítimo con discapacidad, sobre la que, por aplicarse la regla general en sede de intangibilidad de la legítima, no podría existir ningún gravamen. Esta conclusión se extrae, de un lado, del propio precepto que, en su redacción actual, dispone que «*el testador podrá disponer a su favor de la legítima de los demás legítimos sin discapacidad*». Asimismo, de otra parte, no puede olvidarse lo dispuesto en el mencionado artículo 782 CC que establece como postulado fundamental que las «*sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo cuando se establezcan, en los términos establecidos en el artículo 808, en beneficio de uno o varios hijos del testador que se encuentren en una situación de discapacidad*».

Parece, por tanto, pacífico mantener que la parte de legítima estricta que corresponde por ley al legítimo discapacitado la obtiene sin gravamen alguno, es decir, en plena propiedad y libre de cargas. Así, respecto de esta legítima estricta no habría posibi-

<sup>33</sup> Vid., por ejemplo, APARICIO VAQUERO, 2022, *cit.*, p. 570, BOTELLO HERMOSA, RCDI, 2023, *cit.*, p. 235, quien expone en este punto que el «legítimo con discapacidad beneficiado heredará su cuota de legítima estricta en propiedad, y la del resto de legítimos sin discapacidad como fiduciario de residuo»; PANIZA FULLANA, 2022, *cit.*, p. 988, etc.

lidad de someterla a condición alguna, ni de imponerle ningún fideicomiso de residuo del que pudiesen ser destinatarios finales –respecto de los bienes fideicomitidos que quedaren al fallecimiento del legitimario con discapacidad– los colegitimarios no discapacitados. De este modo, como el fiduciario con discapacidad recibe su porción legitimaria libre de gravamen y en propiedad, a su muerte podrá transmitirla a sus propios sucesores, que no tienen que coincidir, obligatoriamente, con los colegitimarios no discapacitados que tenían la condición de sustitutos fideicomisarios de aquél. Se rechaza, por consiguiente, la consideración de que el legal fideicomiso de residuo del artículo 808.4.º CC tiene por objeto el tercio íntegro de legítima estricta, puesto que no sería lógico que se permita gravar la porción correspondiente al legitimario fiduciario con discapacidad en dicha parte legitimaria con una figura jurídica que se estableció con la finalidad exclusiva de favorecerle.

No obstante, alguna doctrina especialista<sup>34</sup> no está de acuerdo con esta interpretación restrictiva del analizado artículo 808.4.º CC que impide el gravamen de la legítima estricta correspondiente al legitimario con discapacidad. Entiende este sector doctrinal minoritario que depende de la libertad testamentaria del causante determinar si dicho gravamen legitimario afecta a todo el tercio de legítima estricta o solamente a una parte del mismo, esto es, la perteneciente a los colegitimarios sin discapacidad. El argumento que se esgrime por estos autores es, fundamentalmente, que si el beneficiado discapacitado va a poder recibir por este mecanismo testamentario del fideicomiso de residuo un valor superior al de la legítima que le correspondería legalmente, podría perfectamente aceptar el gravamen sobre su propia legítima estricta, que únicamente pasaría a sus colegitimarios no discapacitados si falleciese sin haberla necesitado para su subsistencia<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> *Vid.*, por ejemplo, entre otros autores, MOSCOSO TORRES, AASN, 2022, *cit.*, p. 217. También debe recordarse aquí lo que mantenía el gran maestro VALLET DE GOYTISOLO, ADC, 1963, p. 300, esto es, que, una vez deferida la legítima *mortis causa*, no debía haber inconveniente en que el legitimario aceptare el gravamen impuesto sobre la misma o renunciare a impugnar el mismo, lo que podía resultar no sólo de «palabras expresas sino también de demostraciones claras, sin expresión, declaración formal o incluso con silencio».

<sup>35</sup> Por otra parte, CHAPARRO MATAMOROS, 2023, *cit.*, p. 657, partiendo de que el artículo 808.4.º CC «se asienta sobre una presunción *iuris tantum* de necesidad económica del legitimario con discapacidad», considera que «no concurriendo la referida necesidad, resultaría perfectamente posible que el testador gravase la porción de legítima estricta del legitimario con discapacidad cuya situación económica sea solvente y desahogada; tratándolo en consecuencia, a estos efectos, como a un legitimario sin discapacidad más».

### 3.5 ¿Qué significa la expresión legal «salvo disposición contraria del testador»?

Conforme a una interpretación extensiva de la expresión legal «salvo disposición contraria del testador», el causante podría ensanchar el fideicomiso de residuo establecido en el artículo 808.4.º CC –hasta el punto de atribuir todos los bienes en propiedad al legitimario discapacitado–, puesto que así resultaría del tenor del propio precepto y de que el mismo se dispone en beneficio de la persona con discapacidad. De este modo, una primera consideración extensa permitiría al testador disponer la inexistencia de la sustitución fideicomisaria de residuo, pues el beneficio del legitimario discapacitado no debe revestir, necesariamente, la forma de sustitución fideicomisaria. Por consiguiente, con base en este primer inciso del precepto alegado, el causante podría conceder la totalidad de la herencia en concepto de plena propiedad, por lo que el legitimario con discapacidad haría suyos, definitivamente, todos los bienes hereditarios, de los que podría disponer por cualquier título, oneroso o gratuito, privándose a los legitimarios sin discapacidad de su legítima estricta. Es más, se alega que en estos supuestos el testador no estaría desheredando a los legitimarios no discapacitados, sino privándoles o gravándoles su legítima estricta, no por una conducta sancionada con la desheredación, sino porque beneficiar al legitimario con discapacidad es una de las causas fijadas por la ley para permitir dicha eliminación o imposición<sup>36</sup>.

De otra parte, otra interpretación también amplia abarcaría la constitución testamentaria de un fideicomiso de residuo ilimitado, esto es, que concediera al discapacitado beneficiado la posibilidad de disposición no sólo a título oneroso, sino, igualmente, a título gratuito por actos *inter vivos* o, incluso, *mortis causa*, comprendiendo la libre disposición testamentaria de los bienes fideicomitidos. Recuérdesse en este punto que la RDGRN 26 de junio de 2017<sup>37</sup> hizo una interpretación amplia de la sustitución fideicomisaria de residuo, de manera que el testador podría permitir al fiduciario «disponer libremente tanto por actos *inter-vivos* como *mortis-causa*, por lo que es un verdadero heredero que no tiene limitada ninguna de sus facultades y sólo cuando no haya dispuesto de todos

<sup>36</sup> BOTELLO HERMOSA, *RDUNED*, 2024, p. 86. En este sentido también, por ejemplo, APARICIO VAQUERO, 2022, *cit.*, p. 571, quien aboga por la posibilidad –por la finalidad esencialmente protectora de la persona con discapacidad que deriva del art. 808.4.º CC–, de que el testador conceda directamente al legitimario con discapacidad, sin sustitución fideicomisaria alguna y en propiedad, la legítima estricta de los herederos forzosos no discapacitados, lo cual me parece excesivo.

<sup>37</sup> RJ 2017/3768.

los bienes hereditarios en una y otra forma podrán tener derecho a dichos bienes, los sustitutos instituidos» (criterio reiterado por la RDGRN 19 de diciembre de 2020<sup>38</sup>).

No obstante, hay que advertir ya que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha sido siempre muy restrictiva respecto de la extensión del fideicomiso de residuo en general. Así, por ejemplo, la STS (1.ª) 30 de octubre de 2012<sup>39</sup> recordaba que aunque «el heredero fiduciario venga autorizado con las más amplias facultades de disposición, ya a título gratuito, o bien *mortis-causa*, no por ello deja de tener sentido conceptual la obligación de conservar en lo posible, y conforme al objeto del fideicomiso, los bienes hereditarios en orden al heredero fideicomisario; por lo que, dentro de la previsión testamentaria, la facultad de disponer deberá entenderse restrictivamente conforme a la finalidad de conservación que informa al fideicomiso de residuo»; criterio que ya había mantenido la STS (1.ª) 13 de mayo de 2010<sup>40</sup> que declaró que las facultades dispositivas del fiduciario «han de interpretarse con criterio restrictivo, especialmente, porque lo normal es la sustitución fideicomisaria con deber de conservar». Particularmente riguroso ha sido nuestro Alto Tribunal respecto de la posibilidad de que el fiduciario pueda disponer de los bienes fideicomitidos a título gratuito, disposición que debe entenderse con recelo, imponiéndose «una interpretación contraria a ello en caso de duda» [STS (1.ª) 22 de julio de 1994<sup>41</sup>]; de manera que en «relación con el poder de disposición del fiduciario en el fideicomiso de residuo no se comprenden los actos dispositivos a título gratuito a no ser que se haya previsto expresamente por el fideicomitente» [STS (1.ª) 12 de febrero de 2002<sup>42</sup>]; severidad que se extiende a la posibilidad de que el fiduciario pueda disponer *mortis causa* de los bienes fideicomitidos, pues, como dispuso la STS (1.ª) 7 de noviembre de 2008<sup>43</sup> [siguiendo, por ejemplo, a la STS (1.ª) 6 de febrero de 2002<sup>44</sup>], aunque «lógicamente es el testador el que determina cuáles son las facultades de disposición del fiduciario (primer heredero),... (debe entenderse) que únicamente ha de ser expresa la facultad de disposición *mortis causa* (Sentencias de 13 de noviembre de 1948, 21 de noviembre de 1956 y 2 de diciembre de 1966, entre otras)»; criterio acogido también en la llamada jurisprudencia menor, así, por ejemplo, en la SAP Islas Baleares (5.ª Civil) 17 de octubre de 2002<sup>45</sup>, en

<sup>38</sup> RJ 2020/795.

<sup>39</sup> RJ 2013/2274.

<sup>40</sup> RJ 2010/3694.

<sup>41</sup> RJ 1994/6578.

<sup>42</sup> RJ 2002/3191.

<sup>43</sup> RJ 2008/7696.

<sup>44</sup> RJ 2002/993.

<sup>45</sup> JUR 2003/99356.

la SAP León (1.<sup>a</sup> Civil) 22 de mayo de 2017<sup>46</sup> («... en tanto en cuanto la disposición testamentaria no atribuye un poder de disposición *mortis causa* al heredero fiduciario hemos de entender que solo se le atribuyó un poder disposición *inter vivos*...»); en la SAP Burgos (3.<sup>a</sup> Civil) 29 de diciembre de 2017<sup>47</sup> («... en el fideicomiso de residuo las facultades de disposición concedidas (genéricamente) al fiduciario deben ser interpretadas restrictivamente»); etc.

Téngase en cuenta que si se concede al fiduciario la facultad de disponer *mortis causa* de los bienes fideicomitidos más que un fideicomiso de residuo –establecido en esta sede para beneficiar a un legítimo con discapacidad en la medida que fuere necesario disponer de los bienes fideicomitidos–, tendríamos la llamada institución preventiva de residuo, cuya finalidad esencial es prevenir «un posible abintestato del heredero sustituido y establece para evitarlo una especie de sucesión testamentaria subsidiaria del silencio dispositivo o de testar del mismo» [SAP León (2.<sup>a</sup> Civil) 4 de noviembre de 2015]<sup>48</sup>.

Este mismo criterio restrictivo respecto del alcance dispositivo del fideicomiso de residuo fue asumido por la antigua Dirección General de los Registros y del Notariado, por ejemplo, en la Resolución 9 de junio de 2015<sup>49</sup> (seguida, entre otras, por la Resolución 16 de julio de 2015<sup>50</sup>), que concluye que si «no se le faculta expresamente en el testamento el heredero fiduciario no tiene facultades de disposición a título gratuito», ni por actos *inter vivos* ni *mortis causa*. Igualmente, dicha doctrina restringida ha sido acogida por la vigente Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, entre otras, en las Resoluciones 2 de julio de 2020 y 14 de julio de 2022<sup>51</sup>, considerando esta última que, si el testador nada dice expresamente en el testamento, «el llamamiento ha sido de sustitución fideicomisaria de residuo con facultades de disposición *inter vivos* (y a título oneroso) tan solo...».

Una segunda interpretación de la expresión legal «*salvo disposición contraria del testador*» vendría a concluir que la mayor amplitud de la facultad del testador se concretaría en ordenar un fideicomiso de residuo restringido a los actos *inter vivos* a título oneroso de todos los bienes fideicomitidos, lo que, ciertamente, supone una gran

<sup>46</sup> JUR 2017/171029.

<sup>47</sup> JUR 2018/62983.

<sup>48</sup> AC 2015/1731. *Vid.*, en este sentido, entre otros autores, CÁMARA LAPUENTE, 2016, p. 726; ESCRIBANO TORTAJADA, *RCDI*, 2016, pp. 524-525; MARTÍNEZ-PROVENCIO Y MARTÍNEZ, 2020, p. 789, quien escribe que es «pacífico en la doctrina y jurisprudencia el criterio de que, salvo expresa declaración en contrario, la cláusula de residuo llevará consigo la prohibición de realizar actos *mortis causa* por parte del fiduciario...», etc.

<sup>49</sup> RJ 2015/3621.

<sup>50</sup> RJ 2015/4046.

<sup>51</sup> RJ 2020/3030 y RJ 2022/5151.

libertad dispositiva<sup>52</sup>. Por tanto, el testador podría establecer un fideicomiso de residuo más limitado, por ejemplo, no autorizando todas las disposiciones onerosas, sino únicamente alguna de ellas – como sólo vender o hipotecar–, delimitando los bienes fideicomitidos que pueden ser dispuestos a título oneroso y excluyendo otros; o fijando un término o una condición a su subsistencia o a la posibilidad de disponer, etc. Entiendo, razonablemente, que debería ser ésta la explicación acertada de la expresión legal analizada, ya que es más acorde con el respeto a la tradicional intangibilidad de las legítimas en nuestro Derecho, sin abandonar la literalidad del precepto estudiado y su finalidad protectora del legitimario discapacitado. Además, considero que no estaría muy claro en qué mejoraría la posición del fiduciario legitimario con discapacidad el hecho de que el causante pudiera ensanchar el legal fideicomiso de residuo a los actos *inter vivos* gratuitos o a los *mortis causa* –lo que implicaría una verdadera institución preventiva de residuo incoherente en esta sede–<sup>53</sup>.

Una posible limitación razonable a la disposición onerosa de los bienes fideicomitidos sería que concurriese justa causa que la justificara, como la situación de necesidad del discapacitado beneficiado. No obstante, obsérvese que esta restricción no está contenida en la redacción de este precepto y en el fideicomiso de residuo que permite establecer al testador a la legítima estricta, pues el legislador no ha fijado límites respecto de los actos dispositivos a título oneroso que son intrínsecos a dicho fideicomiso residual<sup>54</sup>. Es más,

---

<sup>52</sup> Vid. CARRIÓN OLMOS, *IDIBE*, 2021, *cit.*, p. 46. La relevante SAP Toledo (2.<sup>a</sup> Civil) 16 de mayo de 2018 (JUR 2018/189222) recuerda en esta sede que ningún reproche puede hacerse a los actos dispositivos reales y válidos si el «heredero tenía el poder de disponer por actos *inter vivos* y onerosos de la parte de los bienes heredados de que dispuso...».

<sup>53</sup> LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, *RJN*, 2023, p. 21, concluye en esta línea apuntada en el texto que lo «que no creemos que pueda (el testador) es atribuir al fiduciario facultades de disponer a título gratuito o, por actos *mortis causa*, pues iría más allá del gravamen cualitativo de la legítima; tampoco podrá atribuir los bienes en pleno dominio»; y CARRIÓN OLMOS, *AJI*, 2022, *cit.*, p. 3025, sostiene que parece «claro que la opción legislativa (es que)... si bien el *hijo beneficiado* no podrá disponer de los bienes *ni a título gratuito ni por acto mortis causa*, es claro que podrá hacerlo a título oneroso». Para BOTELLO HERMOSA, *RCDI*, 2023, *cit.*, p. 231, en principio, el legislador español impone «como único límite al fiduciario con discapacidad a la hora de disponer el de no hacerlo *mortis causa* ni de forma gratuita, lo cual le faculta literalmente a hacerlo de forma onerosa sin ningún límite»; aunque, no obstante, después este autor admite que el «testador podrá, eso sí, de forma expresa, disponer como quiera de la legítima estricta en favor de su beneficiario, por lo que puede apostar perfectamente, por qué no, incluso por la institución preventiva de residuo» (*ibidem*, p. 241).

<sup>54</sup> Por ejemplo, MARTÍN SANTISTEBAN, *RDJ*, 2022, *cit.*, p. 77, mantiene en esta sede que, a falta de indicación expresa del testador, «se entenderá que ha instituido un fideicomiso de residuo que faculta al fiduciario a disponer de todos los bienes que gravan la legítima, *inter vivos* y a título oneroso, y sin necesidad de que se dé situación de necesidad alguna por parte del fiduciario». Sin embargo, no faltan autores que, dada la especial naturaleza de este fideicomiso de residuo que afecta a la primordial y tradicional intangibilidad de la legítima, sustentan la exigencia de la concurrencia de una causa de necesidad para que pueda realizarse válidamente el acto dispositivo a título oneroso: «... quedaría excluido de la facultad dispositiva todo acto cuya finalidad no sea la de atender a la *necesidad* del

parece que tampoco los fideicomisarios no discapacitados podrían oponerse a la enajenación onerosa alegando la falta de necesidad de dicha disposición para el legitimario con discapacidad. A mi juicio, esta limitación está implícita en la facultad dispositiva a título oneroso, pudiendo el testador fijar este límite de la necesidad del fiduciario con discapacidad por ser también congruente con el espíritu protector de la norma. Además, como también debe protegerse en lo posible la legítima estricta de los legitimarios sin discapacidad, para hacer más efectiva esta limitación dispositiva de la que hablo, es necesario que se haga un inventario de los bienes fideicomitidos y se establezca su partición e imputación en cada uno de los tres lotes de legítima estricta, mejora y parte libre. Así, si el legitimario con discapacidad tiene también adjudicada la mejora y la parte libre, su facultad dispositiva a título oneroso debería alcanzar, primeramente, a dichos tercios, de manera que sólo podría acudir a la porción de legítima estricta en última instancia.

Por otra parte, no faltan autores que mantienen, incluso, que el testador podría establecer una simple sustitución fideicomisaria y no un verdadero fideicomiso de residuo, esto es, sin que exista la posibilidad de que el fiduciario disponga de los bienes fideicomitidos, pues, se concluye, la «*disposición contraria del testador*» puede referirse también a la forma de la propia sustitución fideicomisaria que la ley permite establecer al causante<sup>55</sup>, lo cual me parece, al menos, discutible.

### 3.6 Fallecido el legitimario fiduciario, ¿cuál es el destino del caudal relicto de lo obtenido por la enajenación *inter vivos* de los bienes fideicomitidos?

Partiendo, como se ha explicado anteriormente, de que el fideicomiso de residuo legal permite, como máximo, los actos *inter vivos* onerosos de todos los bienes fideicomitidos, cabe preguntarse qué sucederá con la contraprestación obtenida por el legitimario

---

discapacitado; interpretando tal término de acuerdo con el amplio concepto de alimentos debidos al menor de edad...» (CERVILLA GARZÓN, 2021, *cit.*, pp. 702-703); previsiblemente, el fiduciario podrá disponer sólo a título oneroso de los bienes fideicomitidos «a fin de subvenir a sus mismas necesidades originadas por la propia situación de discapacidad en la que se encuentra...» (CARRIÓN OLMOS, *AJI*, 2022, *cit.*, p. 3025); «parece evidente que este fideicomiso de residuo se encuentra orientado a atender la necesidad del fiduciario, interpretando necesidad en sentido amplio, pues no se entendería de otra forma» (ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2020, pp. 76-77); etc.

<sup>55</sup> *Vid.*, por ejemplo, entre otros autores, BOTELLO HERMOSA, *RCDI*, 2019, p. 2794; CHAPARRO MATAMOROS, 2023, *cit.*, p. 671, quien expone que esa «disposición en contrario únicamente puede hacer referencia a la modalidad del fideicomiso, queriendo decir el legislador que cabe que el testador, mediante voluntad manifestada expresamente, configure una sustitución fideicomisaria ordinaria»; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2021, *cit.*, p. 950, etc.

fiduciario si ésta permanece identificable en su caudal hereditario una vez fallecido. La solución adecuada debe ser que el fideicomiso comprenda tal remanente, pues parece que el artículo 808.4.º CC quiere que pase a los fideicomisarios todo lo que no haya sido dispuesto en vida por el fiduciario con discapacidad, ya se trate de bienes o del importe recibido por ellos, en lo que no es más que una nueva aplicación de la clásica subrogación real. Recuérdese que idéntica subrogación real se produce, por ejemplo, en la figura del retorno sucesorio del artículo 812 CC cuando establece que si los bienes donados objeto de dicha reversión sucesoria «*hubieren sido enajenados, (los donantes retornantes) sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera con relación a ellos, y en el precio si se hubieren vendido...*».

Igualmente, este criterio extensivo del fideicomiso de residuo se aplicó por la trascendente y ya citada STS (1.ª) 30 de octubre de 2012<sup>56</sup> cuando dispuso que el «mecanismo de la subrogación real respecto del correspondiente de la disposición realizada debe operar con normalidad en el fideicomiso de residuo, inclusive en su modalidad *si aliquid supererit* (si algo queda), cuando el testador haya limitado la facultad de disposición a los actos onerosos, es decir, los realizados a cambio de una contraprestación económica, de suerte que la subrogación real permite la finalidad conservativa del fideicomiso, siempre acorde con la voluntad querida por el testador. En el presente caso, por lo demás, el precio de la venta realizada formaba parte del patrimonio del heredero fiduciario al momento de su fallecimiento, resultando posible su identificación»<sup>57</sup>.

Además, sustentan esta última interpretación de la conservación de la contraprestación remanente, de un lado, la necesidad de protección, en lo posible, de la intangibilidad cuantitativa de las legítimas estrictas de los colegitimarios gravados, y, de otro, la propia

<sup>56</sup> RJ 2013/2274.

<sup>57</sup> En cambio, GIL RODRÍGUEZ, *CCJC*, 2013, p. 6, critica esta Sentencia manifestando la «desconfianza hacia una subrogación real automática por considerarla contradictoria de la lógica de la figura de residuo... y debido a su (dis)cordancia con la opinión doctrinal más extendida, coincidente en que *es de esencia que el contenido-resultado de tales disposiciones no retornará al patrimonio inicial ocupando su lugar...*; o, dicho de otro modo, que ante todo hay que excluir un funcionamiento mecánico de la subrogación real en todos los casos de disposición a título oneroso de objetos pertenecientes a la herencia fideicomitada...». Este autor se refiere a la posición de GUTIÉRREZ JEREZ, 2005, p. 107. En igual sentido, por ejemplo, BOTELLO HERMOSA, *RCDI*, 2023, *cit.*, p. 239, sostiene en este punto que en «caso de haber dispuesto de todos (los bienes fideicomitados) se quedarán entonces (los legitimarios sin discapacidad) sin heredar nada, ya que sobre los bienes que disponga el fiduciario se excluye completamente cualquier modalidad de subrogación real, salvo que el testador haya dispuesto lo contrario al respecto», criterio que encontraría fundamento jurisprudencial en la ya indicada y relevante STS (1.ª) 7 de noviembre de 2008 (RJ 2008/7696) y que confirma, entre otros autores, PLANAS BALLVÉ, *RDC*, 2022, *cit.*, p. 439, quien afirma que en estos fideicomisos de residuo se «establece la prohibición de las transmisiones *mortis causa* e *inter vivos* gratuitas y la subrogación real».

*ratio* del precepto, pues puede observarse que este artículo 808.4.º CC pretende la protección preferente de los intereses económicos del legitimario con discapacidad, de manera que si el fideicomiso no se extendiera a la contraprestación no agotada en vida, el beneficio ya no sería para el protagonista de la salvaguarda legal sino para sus propios herederos.

### 3.7 La cuestión de la premoriencia del fideicomisario al legitimario fiduciario con discapacidad

En el supuesto de que algún fideicomisario sobreviva al causante pero premuera al fiduciario, en una primera interpretación, nuestro Tribunal Supremo [por ejemplo, citada STS (1.ª) 13 de mayo de 2010<sup>58</sup>] y también la Dirección General de los Registros y del Notariado (por ejemplo, mencionada también Resolución 16 de julio de 2015<sup>59</sup>), habían entendido que el fideicomiso de residuo tiene un carácter condicional y, por consiguiente, en estas hipótesis, no habría transmisión de derechos. De este modo, no se aplicaría el artículo 784 CC («*El fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario. El derecho de aquél pasará a sus herederos*»), ni el artículo 799 CC («*La condición suspensiva no impide al heredero o legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos a sus herederos, aun antes de que se verifique su cumplimiento*»), sino el artículo 759 CC («*El heredero o legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos*»). En definitiva, en estos posibles supuestos de premoriencia del fideicomisario al fiduciario no se transmitiría ningún derecho a los herederos de aquél, esto es, sería inaplicable el llamado *ius transmissionis* del artículo 1006 CC («*Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía*»).

Frente a este discutible criterio, la ya indicada STS (1.ª) 30 de octubre de 2012<sup>60</sup> [seguida en la jurisprudencia menor, por ejemplo, por la SAP Almería (1.ª Civil) 10 de febrero de 2015<sup>61</sup>], consagró la doctrina más acertada en esta sede de que el «llamamiento a los herederos fideicomisarios no es condicional, sino cierto desde la muerte del testador; resultando más o menos incierto el caudal o cuantía a heredar, según la modalidad del fideicomiso dispuesto. El fideicomisario, según el *ordo successivus*, o llamamientos a sucesivos herederos

<sup>58</sup> RJ 2010/3694.

<sup>59</sup> RJ 2015/4046.

<sup>60</sup> RJ 2013/2274.

<sup>61</sup> AC 2015/1060.

como nota común y esencial en toda sustitución, trae directamente causa del fideicomitente o testador, pues el fiduciario, a estos efectos, no transmite derecho sucesorio alguno que no estuviere ya en la esfera hereditaria del fideicomisario (artículo 784 del Código Civil)».

Igualmente, la también aludida RDGSJFP 2 de julio de 2020<sup>62</sup> (confirmando la postura, por ejemplo, de la RDGRN 27 de octubre de 2004<sup>63</sup>), reafirma la doctrina de que el «derecho de los fideicomisarios se produce y adquiere desde la muerte del causante fideicomitente y se transmite a sus herederos (artículo 784 del Código Civil), adquiriendo el fideicomisario el derecho desde el momento de la muerte del fideicomitente causante, aunque fallezca antes que el fiduciario... Como ha puesto de relieve esta Dirección General, en los fideicomisos de residuo lo condicional no es el llamamiento en sí, sino su contenido, es decir, no se condiciona la cualidad sino el *quantum* de la misma... Por tanto, en la sustitución fideicomisaria de residuo, el fideicomisario es heredero desde la muerte del causante fideicomitente, pero el contenido de la herencia será mayor o menor en función de los actos dispositivos del fiduciario. El fideicomisario, aunque solo tenga una expectativa, es heredero. En el fideicomiso de residuo hay cierta condicionalidad, pero no en el llamamiento, que es puro –de forma que el fideicomisario adquiere su derecho desde la muerte del causante y lo transmite a sus herederos– sino en el *quantum* de lo que se recibirá».

Obviamente, de mantenerse el carácter condicional del fideicomiso de residuo establecido en el artículo 808.4.º CC ello supondría la grave posibilidad de despojar al legitimario no discapacitado de su legítima estricta por un supuesto no contemplado legalmente. En efecto, el legitimario sin discapacidad que sobrevive al causante únicamente puede verse privado de su condición de heredero forzoso si libremente repudia la herencia o es declarado indigno para suceder o fue desheredado justamente en testamento, de manera que aplicarle el indicado artículo 759 CC implicaría una causa añadida de pérdida de la herencia por no haber sobrevivido al legitimario fiduciario con discapacidad.

Por consiguiente, debe preponderar la interpretación de que se aplicará en estos supuestos el artículo 784 CC –en el sentido indicado por las citadas STS (1.ª) 30 de octubre de 2012<sup>64</sup> y RDGSJFP 2 de julio de 2020<sup>65</sup>–, entendiendo que el fideicomiso de residuo no es condicional porque el legitimario fideicomisario adquiere su derecho al residuo eventual desde la muerte del causante –su llama-

<sup>62</sup> RJ 2020/3030.

<sup>63</sup> RJ 2004/7807.

<sup>64</sup> RJ 2013/2274.

<sup>65</sup> RJ 2020/3030.

miento es cierto desde el fallecimiento del testador—, y realmente sólo está condicionado el *quantum* del residuo. Además, debe tenerse presente que una doctrina contraria vulneraría, injustificadamente, la legítima estricta del legitimario fideicomisario que sobrevivió al causante o fideicomitente, y ello en nada favorecería al legitimario fiduciario con discapacidad, sino sólo a sus propios herederos. En definitiva, a mi modo de ver, no se aplica en estos supuestos el artículo 759 CC sino el artículo 784 CC, por lo que si el legitimario fideicomisario premuere al legitimario fiduciario transmite su derecho a sus herederos respecto de los bienes fideicomitados residuales con tal que sobreviva al testador o fideicomitente<sup>66</sup>. Por tanto, la sustitución fideicomisaria de residuo no se extingue por el hecho de que el fideicomisario sin discapacidad hubiera premuerto al fiduciario discapacitado, siendo aplicable el ya citado artículo 1006 CC y procediendo aquí el llamado *ius transmissionis*. La sobrevivencia al testador es el único presupuesto imprescindible que debe cumplir el fideicomisario para poder adquirir su derecho a legítima estricta. De este modo, si alguno de los fideicomisarios premuere al fideicomitente, conforme al artículo 758.1.º CC, no nacerá su derecho a la sucesión de éste, con el resultado de que su parte aumentará proporcionalmente la cuota correspondiente a los otros herederos forzosos en la legítima estricta, lo que, de acuerdo al artículo 985 CC, tendría lugar no por el derecho de acrecer sino por su derecho propio. Además, debe tenerse presente, finalmente, que el fideicomisario sin discapacidad hereda su derecho a la legítima estricta directamente del causante o fideicomitente, a pesar de que después percibirá los bienes fideicomitados correspondientes a su parte a través de la intervención del legitimario fiduciario discapacitado.

Ciertamente, si quien premuere —o es indigno para suceder o renuncia a la herencia del testador—, es el legitimario fiduciario con discapacidad desaparecerá el gravamen testamentario en la parte de legítima estricta que corresponda a los colegitimarios no discapacitados —o, en su caso, a sus propios descendientes por derecho de representación—, pues ya no habría lugar al supuesto de hecho y a la facultad testamentaria protectora de las personas con discapacidad que regula la norma del artículo 808.4.º CC<sup>67</sup>.

<sup>66</sup> Criterio que comparten, entre otros autores, MOSCOSO TORRES, AASN, 2022, *cit.*, p. 215 y PANIZA FULLANA, 2022, *cit.*, p. 994. Para la regulación anterior a la última reforma del Código Civil también mantenían esta posición, por ejemplo, MARTÍN MELÉNDEZ, 2010, *cit.*, p. 126, NANCLARES VALLE, 2014, *cit.*, pp. 157-158, quien indicaba que el «derecho a la legítima del descendiente no incapacitado se mantendrá en su propia herencia y los bienes que conforman la misma pasarán a sus herederos y no a los del incapaz, cuando este muriera, cesara su incapacidad o se cumpliera el plazo dispuesto por el testador»; etc.

<sup>67</sup> En definitiva, lo que sucede en esta sede es, simplemente, que, por causa de la premoriencia, indignidad o renuncia del legitimario fiduciario con discapacidad, el gravamen de

### 3.8 La inaplicabilidad *ab initio* o la extinción sobrevenida del gravamen fideicomisario testamentario

Conforme al último párrafo del estudiado artículo 808 CC, cuando «*el testador hubiere hecho uso de la facultad que le concede el párrafo anterior, corresponderá al hijo que impugne el gravamen de su legítima estricta acreditar que no concurre causa que la justifique*». Por consiguiente, queda meridianamente claro que para el legislador el ámbito de aplicación de esta medida excepcional de gravamen legitimario demanda que el sujeto beneficiado se halle en una especial situación de discapacidad certificada administrativamente al tiempo del otorgamiento del testamento en que se ordene la sustitución fideicomisaria e, igualmente, que debe mantenerse al tiempo de apertura de la sucesión hereditaria, so pena de ineficacia de la cláusula testamentaria que la disponga. De este modo, en el supuesto de que no exista tal discapacidad desde el principio o desaparezca *a posteriori* la condición incapacitante del legitimario fiduciario, cesaría el fundamento de la facultad testamentaria legalmente concedida al testador y quedaría sin efecto el gravamen legitimario, en su caso, sin efectos retroactivos. La doctrina considera que en esta hipótesis nos encontraríamos no ante un caso de nulidad parcial del testamento sino, más bien, ante un supuesto de ineficacia sobrevenida por incumplimiento de la condición resolutoria —o *conditio iuris* según otros autores—, que pendía sobre la disposición testamentaria de residuo, esto es, la inexistencia o la recuperación de la capacidad por el legitimario fiduciario, por lo que no podría mantenerse el correspondiente fideicomiso de residuo establecido sobre la legítima estricta de los colegitimarios sin discapacidad<sup>68</sup>.

---

la sustitución fideicomisaria no surtirá ningún efecto jurídico, es decir, se entenderá por no puesto el gravamen fideicomisario de residuo sobre el tercio de legítima estricta de los colegitimarios no discapacitados concurrentes en la herencia deferida. En particular, coinciden en esta interpretación, entre otros muchos autores, COBACHO GÓMEZ, 2010, *cit.*, p. 375; GÓMEZ GÁLLIGO, *RCDI*, 2005, *cit.*, pp. 16-17; MARTÍN MELÉNDEZ, 2010, *cit.*, p. 79; etc.

<sup>68</sup> *Vid.* ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 2023, *cit.*, p. 358, quien añade que la «recuperación de la capacidad por parte del fiduciario opera como condición resolutoria del gravamen, que desaparece»; DOMÍNGUEZ LUELMO, 2021, *cit.*, p. 405; PLANAS BALLVÉ, *RDC*, 2022, *cit.*, p. 441), que confirma que si «desaparece la condición de discapacitado en el hijo legitimario que es la *conditio iuris* de la institución, no surte efecto una sustitución vulgar, sino que el patrimonio gravado por esa sustitución fideicomisaria volverá los legitimarios no discapacitados». Respecto de la regulación anterior de nuestro Código Civil, RAGEL SÁNCHEZ, 2006, p. 2015, ya concluía que la «sustitución fideicomisaria prevista en el art. 808 III del CC está sometida... a una condición resolutoria (que) ...se identifica en que el fiduciario debe mantener la condición de incapacitado judicial para conservar el fideicomiso...»; y RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, *AC*, 2004, p. 366, resaltaba que si «la incapacitación termina antes del fallecimiento del causante desaparece la causa que habilita para gravar la legítima; la sustitución fideicomisaria, en su caso, se tendrá por no puesta...».

Téngase muy en cuenta que este gravamen legitimario fijado en el artículo 808.4.º CC puede llevar a una verdadera desheredación de hecho de los legitimarios no discapacitados –en el supuesto de que la persona con discapacidad ejercite sus facultades dispositivas sobre todos los bienes fideicomitidos pertenecientes a la legítima estricta gravada–, por lo que la facultad testamentaria del causante debe estar, obligatoriamente, basada en la existencia comprobada de un legitimario con discapacidad suficiente a ojos de la ley<sup>69</sup>.

### 3.9 La posible intervención de los legitimarios sin discapacidad en la partición de la herencia del causante y en la del legitimario fiduciario

La regla general en esta sede será la de que los colegitimarios sin discapacidad deben intervenir en la partición del patrimonio hereditario del causante –y también en el del legitimario fiduciario–, pues, al menos, habrán sido nombrados beneficiarios como sustitutos de residuo en la parte que les correspondía como legítima estricta. En estos supuestos, para prevenir futuros problemas en dicha partición de la herencia, esto es, que algún legitimario sin discapacidad se niegue a aprobar la misma alegando perjuicios injustificados, sería muy conveniente que el testador designara un contador-partidor en el propio testamento. Ahora bien, de no existir tal nombramiento por el causante, en la hipótesis de que algún legitimario sin discapacidad dificultase la partición hereditaria, el legitimario discapacitado, beneficiado por el gravamen legitimario, podría solicitar el nombramiento de un contador-partidor dativo, conforme a lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 1057 CC.

No obstante, quienes defienden la posibilidad –que entiendo exagerada– de que la disposición testamentaria puede suponer, definitivamente, la privación de la legítima estricta de los colegitimarios sin discapacidad en beneficio del heredero forzoso con discapacidad –básicamente, por conceder a éste toda la herencia en propiedad o el derecho a disponer gratuitamente *inter vivos* o, incluso, *mortis causa* de los bienes fideicomitidos–, concluyen que, obvia-

<sup>69</sup> No obstante, ORTEGA DOMÉNECH, 2022, *cit.*, p. 122, sostiene, al amparo del actual artículo 808.4.º CC, que no es necesario que el fiduciario se encuentre en situación de discapacidad al tiempo del otorgamiento del testamento que fije la sustitución, sino que sería suficiente, a estos efectos, «que exista previamente el deterioro de la persona para que el testador lo tenga en cuenta en su testamento». Por su parte, CHAPARRO MATAMOROS, 2023, *cit.*, p. 653, n. 21, considera que, desde «luego, si se admitiera este criterio teleológico, no habría mayor inconveniente en aceptar la validez de la sustitución efectuada en previsión de la futura situación de discapacidad de cualquiera de los legitimarios (incluso aunque no concurra en ellos ninguna discapacidad potencial), siempre y cuando aquélla tuviera lugar antes del fallecimiento del testador».

mente, en estas hipótesis, no tendría ningún sentido la intervención de aquéllos en la partición de la herencia del causante<sup>70</sup>, y, mucho menos, en la del legitimario fiduciario con discapacidad.

## II. LA DECISIVA INTERVENCIÓN NOTARIAL EN ESTA MATERIA TRATADA

### 1. REFERENCIA A LAS LABORES NOTARIALES EN LA CONSTITUCIÓN DE ESTE GRAVAMEN LEGITIMARIO

Además de funcionario, como jurista o profesional del Derecho, el Notariado debe asesorar a los causantes<sup>71</sup>, adecuar su voluntad a la legalidad vigente, indagando, interpretando e, incluso, completándola, si necesario fuere. Así, «tanto da, en cierto modo, decir que el Notario es un profesional del Derecho, dotado de funciones públicas, como que es un funcionario que se rige en su actuación por criterios profesionales» [RDGRN (Servicio del Notario) 16 de enero de 1996<sup>72</sup>].

En consecuencia y en la materia que ahora me ocupa, debe procurarse que el testamento otorgado sea idóneo, legalmente, para alcanzar los propósitos prácticos que el causante persigue. De este modo, el Notariado tiene por trascendental misión el cuidado de los intereses privados de los sujetos intervinientes, esto es, debe procu-

---

<sup>70</sup> MOSCOSO TORRES, AASN, 2022, *cit.*, pp. 219-220, quien añade que todo ello «sin perjuicio de la posible impugnación judicial en caso de apreciarse fraude, cuestión en la que en principio ni notarios ni registradores podemos inmiscuirnos, por lo que ha de plantearse en sede judicial». Además, MARÍN CALERO, 2005, p. 121, ya advertía que en «el caso de los legitimarios discapacitados hay otro problema añadido: que no serán admitidos por sí mismos a tales actos particionales, de modo que tienen que ser representados por otra persona. Pero tal persona es, de modo natural y según la ley, su padre o madre sobreviviente, sólo que tampoco él o ella será admitido a la partición, en tal representación, por cuanto la existencia de bienes gananciales... le va a convertir con toda probabilidad en opositor a los intereses de su hijo...».

<sup>71</sup> BARRIO DEL OLMO, 2022, *cit.*, p. 21 considera que esta «labor de asesoramiento es esencial en la función de los notarios como profesionales del Derecho». El Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) 10 de octubre de 2001 (JUR 2002/9645), estableció de forma clarificadora que: «En definitiva, el Notario en nuestro ordenamiento ejerce una función compleja, en la que concurren aspectos públicos y aspectos privados, en régimen de profesión liberal, sometida a controles administrativos, entre los que se encuentran..., la exigencia de responsabilidad disciplinaria por las faltas que pueda cometer –art. 347 del Reglamento– en el ejercicio de su actividad pública». La RDGSJFP 29 de octubre de 2020 (RJ 2020/5484) hablaba de que el Notario es un profesional muy cualificado «en derecho privado» y la RDGSJFP 5 de noviembre de 2020 (RJ 2020/5473) admitió la «condición de profesional del derecho y funcionario público» del Notario. Por su parte, la STSJ Castilla-La Mancha (Sala de lo Social, Sección 1.ª) 7 de mayo de 2019 (AS 2019/1667) destacó el carácter de funcionariado público del Notariado, siguiendo la estela de la trascendente STC 207/1999, 11 noviembre.

<sup>72</sup> RJ 1996/5041.

rar que puedan conseguir unos fines lícitos y que se basen en la verdad de las declaraciones efectuadas, en estos supuestos, en un testamento abierto (arts. 679 ss. del CC)<sup>73</sup>. Como se ha visto ya, es evidente que el vigente artículo 808.4.º CC acentúa el principio de libertad de testar cuando el causante tenga hijos legitimarios con discapacidad, lo que resulta muy conveniente cuando el patrimonio hereditario sea indispensable para salvaguardar las atenciones del legitimario con discapacidad, y los demás colegitimarios no precisen los bienes hereditarios para subsistir. Ahora bien, en cuanto que la sustitución fideicomisaria de residuo fijada en el testamento puede implicar la privación de la legítima estricta de los legitimarios sin discapacidad, será fuente de contiendas judiciales cuando se use la norma para defraudar los derechos de tales legitimarios, sobre todo en los supuestos en los que el patrimonio hereditario sea muy cuantioso y pudiera resguardarse únicamente con una parte del mismo todas las necesidades del legitimario fiduciario con discapacidad<sup>74</sup>.

Por otra parte, en la práctica notarial, en estos supuestos tratados, no debe descartarse la posibilidad de que el progenitor del legitimario con discapacidad deje a otros hijos no discapacitados la mayor parte de los bienes hereditarios, de manera que los frutos o intereses que generen o, en su caso, el dinero que pueda lograrse de su enajenación onerosa, puedan destinarse a cubrir las necesidades del heredero forzoso con discapacidad, obviándose, además, las restricciones existentes para la disposición de los bienes pertenecientes a una persona discapacitada. Eso sí, debe tratarse de supuestos en los que el causante confíe enteramente en los cuidadores del legitimario con discapacidad, en la segura creencia de que siempre le van a atender, incluso disponiendo de los bienes adquiridos si fuera inexcusable. Además, deben tenerse muy en cuenta las circunstancias concurrentes en el legitimario con discapacidad, de manera que si, por sus circunstancias personales, es muy posible que fallezca antes que los colegitimarios custodios –quienes recibirán los bienes hereditarios finalmente–, será conveniente que directamente se les dejen, eso sí, con la carga de atender a aquél durante toda su existencia, evitándose así importantes costes fiscales<sup>75</sup>.

El Notariado también está obligado a prevenir, en la medida de lo posible, el surgimiento de conflictos jurídicos entre los distintos

---

<sup>73</sup> «Obviamente, poco fiable sería la actividad notarial si no respondiera a la verdad. Ésta es causa y fundamento de la fe pública notarial» (NAVAS OLÓRIZ, *RJN*, 2018, p. 133). Vid. VELA SÁNCHEZ, *ADC*, 2022, p. 427.

<sup>74</sup> MOSCOSO TORRES, *AASN*, 2022, *cit.*, p. 219.

<sup>75</sup> MOSCOSO TORRES, *AASN*, 2022, *cit.*, p. 213. En todo caso, como advierte, entre otros autores, ALCAÍN MARTÍNEZ, 2021, pp. 83-84, «en el articulado de la Ley 8/2021, de 2 de junio, son muy numerosas las referencias a la intervención del notario lo que constata la revalorización de la función notarial» en este ámbito.

interesados –esto es, eventuales reclamaciones de los colegitimarios cuya legítima estricta se grava en beneficio de otro legitimario con discapacidad–, de manera que la redacción del testamento debe realizarse procurando evitar futuras intervenciones judiciales. Por ejemplo, una disposición que podría ser fuente de contienda judicial sería aquella que concediera el tercio de libre disposición a un extraño –que no tuviese la obligación de atender al discapacitado–, y los dos tercios de legítima –la estricta y la mejora– al legitimario con discapacidad, con la consiguiente privación de su legítima estricta a los legitimarios sin discapacidad. Aunque estas disposiciones testamentarias podrían, en su caso, ser permitidas por la jurisprudencia futura, no serían adecuadas la mayoría de las veces para mantener la paz familiar.

Por todo ello, una vez analizado el posible alcance de la escueta legalidad vigente en esta materia, ofreceré unas pautas para determinar una adecuada voluntad testamentaria que impida –dentro de lo posible, repito–, sangrantes contiendas judiciales a los interesados.

## 2. PROPUESTA DE CLÁUSULAS TESTAMENTARIAS A FAVOR DE LEGITIMARIO CON DISCAPACIDAD

Por ejemplo, unas cláusulas admisibles y pertinentes serían:

*«Teniendo presente que mi hijo/a (o mi descendiente legitimario/a)... tiene una discapacidad (física o psíquica) del... % (según resolución administrativa...)»*

*(Primera Opción) lo/la instituyo heredero/a y le lego en plena propiedad su parte de legítima estricta y los tercios de mejora y de libre disposición de mi herencia.*

*(Segunda Opción) lo/la instituyo heredero/a y le lego en plena propiedad su parte de legítima estricta, concediendo el tercio de mejora a... (debe tratarse de un descendiente) y el tercio de libre disposición a... (puede tratarse de cualquier persona) con la carga de atender a mi legitimario/a con discapacidad durante toda su vida, para lo que deberán disponer, si necesario fuere, del patrimonio hereditario recibido.*

*Asimismo, dispongo que la legítima estricta (o la mitad, un tercio, etc.) de todos mis descendientes sin discapacidad quede gravada con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de mi legitimario/a con discapacidad..., pudiendo éste/a, una vez consumidos los bienes correspondientes a la parte de mejora y de parte libre, disponer a título oneroso de los bienes fideicomitidos sólo en caso de necesidad justificada y nunca por actos a título gratuito ni mortis causa.*

*A la muerte de mi legitimario/a con discapacidad..., el remanente que quedare de los bienes fideicomitidos o de su contraprestación si hubieren sido enajenados pasará por partes iguales a los fideicomisarios, con sustitución vulgar a favor de sus descendientes.*

*Si al tiempo de mi fallecimiento sobreviene la situación de discapacidad de cualquiera de mis legitimarios/as no discapacitados/as al otorgamiento del testamento se les aplicará el mismo régimen establecido en él. Si lo que sucediere fuere que ya no existiera la discapacidad o que desapareciera posteriormente, quedará sin efecto el gravamen legítimo, en su caso, sin efectos retroactivos.*

*A los efectos de la partición hereditaria nombro contador-partidor a D./Dña....».*

### III. CONCLUSIONES

- La facultad testamentaria de gravar la legítima estricta de los legitimarios sin discapacidad con un fideicomiso de residuo a favor de legítimo discapacitado (*ex arts. 782 y 808.4.º del CC*), tiene su fundamento en la necesaria protección de las personas con discapacidad, según lo dispuesto en nuestra Constitución española (*ex arts. 10 y 49*).
- Si el legítimo con discapacidad no puede aceptar por sí mismo –ni siquiera con apoyos– el beneficio testamentario, la aceptación por representante requerirá autorización judicial sólo si puede dar lugar a responsabilidad *ultra vires hereditatis* (*ex art. 287.5.º CC*).
- Pueden ser beneficiarias aquellas personas que tengan una discapacidad no sólo psíquica –igual o superior al 33 %–, sino también física o sensorial –igual o superior al 65 %–, lo que requerirá la correspondiente resolución administrativa, que no resolución judicial. Además de discapacidad parece lógico que debe concurrir necesidad económica derivada de la misma.
- Los legitimarios no discapacitados cuya legítima estricta haya sido gravada testamentariamente pueden negar la discapacidad del beneficiado con el fideicomiso de residuo, o la inexistencia de necesidad económica, aunque les corresponde la carga de la prueba (*ex art. 808.5.º CC*).
- Sólo pueden ser beneficiarios de este gravamen legalmente permitido los legitimarios con discapacidad que sean descendientes, por tanto, quedan fuera los ascendientes y el cónyuge superviviente del causante, aunque el gravamen legítimo debe respetar la legítima de éste (*ex art. 834 CC*).
- En principio, el beneficiado por el gravamen legítimo debe ser hijo del causante, aunque podría serlo el descendiente ulterior con discapacidad que llegara a ser legítimo por

- representación en caso de premoriencia (art. 925.1.º CC), indignidad sucesoria (art. 761 CC) o desheredación justa (art. 857 CC) de su progenitor.
- Si concurre más de un legitimario con discapacidad, el causante podrá igualar el beneficio concedido a cada uno o diferenciarlo, incluso atribuirlo únicamente a quien considerare conveniente, eso sí, al tratarse también de personas discapacitadas su propia legítima estricta no podría ser gravada.
  - Atendidos los principios que informan la normativa vigente, los destinatarios de los bienes fideicomitidos –correspondientes a la parte de legítima estricta gravada–, que quedaren al fallecimiento del legitimario fiduciario con discapacidad, deben ser todos los fideicomisarios gravados, sin que el fideicomitente pueda sujetar su derecho al cumplimiento de condición alguna, por ejemplo, la de que el fideicomisario no discapacitado atienda adecuadamente al legitimario fiduciario con discapacidad durante toda su vida.
  - La constitución testamentaria de un fideicomiso de residuo que grave la legítima estricta de los legitimarios sin discapacidad supone una facultad concedida legalmente al causante (*ex* art. 808.4.º CC) y no una obligación, por lo que, aunque concorra legitimario discapacitado el testador no queda forzado a constituir el gravamen, pues caben otras opciones, como constituir un patrimonio protegido, concederle la mejora y la parte libre, etc.
  - Debiendo protegerse, en lo posible, la tradicional intangibilidad de la legítima estricta, hay que hacer dos consideraciones respecto del gravamen legitimario:
    - 1.ª Se requiere que el testador haya dispuesto de los tercios de mejora y parte libre a favor del fiduciario con discapacidad. Eso sí, por obedecer a la misma finalidad protectora del artículo 808.4.º CC, el causante podría conceder dichos tercios a los cuidadores en vida del discapacitado, tratándose de descendientes del testador –en cuanto a los dos tercios– o de cualquier persona –respecto del tercio de libre disposición–.
    - 2.ª Parece que no tiene que afectar por igual a todos los legitimarios sin discapacidad, aunque, en función de las necesidades del legitimario discapacitado, el testador es libre para disponer que el gravamen establecido recaiga sobre la totalidad o sólo sobre una parte de la legítima estricta.

- La parte de legítima estricta que corresponde por ley al legitimario discapacitado la obtiene en plena propiedad y sin posibilidad de someterla a condición alguna, ni de imponerle ningún fideicomiso de residuo (*ex arts. 782 y 808.4.º del CC*).
- La expresión legal «*salvo disposición contraria del testador*» debe entenderse en el sentido de que lo máximo que puede ordenar el causante es un fideicomiso de residuo concretado a los actos *inter vivos* a título oneroso de los bienes fideicomitidos, por lo que cabría uno más restringido, por ejemplo, delimitando los bienes disponibles, fijando una condición para disponer –conurrencia de justa causa–, etc. No se ajustaría a la finalidad protectora de la norma un fideicomiso de residuo con facultad de disponer a título gratuito ni *mortis causa*.
- Una posible limitación razonable a la disposición onerosa de los bienes fideicomitidos sería que concurriese justa causa que la justificara, como sería la situación de necesidad del discapacitado beneficiado. Además, si el legitimario con discapacidad tiene también adjudicada la mejora y la parte libre, su facultad dispositiva a título oneroso debería alcanzar, primeramente, a dichos tercios.
- Partiendo de la *ratio* protectora del gravamen del artículo 808.4.º CC y de la salvaguarda, en lo posible, de la legítima estricta, los colegitimarios fideicomisarios recibirán lo que quedare en el caudal hereditario del fiduciario fallecido, tanto bienes, como el remanente identificable de la contraprestación obtenida por las disposiciones onerosas realizadas.
- Coincidiendo con la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y con la actual DGSJFP en que el fideicomiso de residuo no es condicional, el legitimario fideicomisario que premuera al fiduciario discapacitado puede transmitir su derecho a sus herederos, con tal que sobreviva al causante, por el *ius transmissionis* del artículo 1006 CC (en relación con el art. 784 CC). Si el legitimario fiduciario con discapacidad premuera al testador desaparecerá el gravamen legítimo establecido en el testamento.
- Por incumplimiento de la condición resolutoria que pende sobre el fideicomiso de residuo establecido por el testador, en el supuesto de que no exista la discapacidad del legitimario *ab initio* o desaparezca *a posteriori*, quedará sin efecto la disposición testamentaria del gravamen fideicomisario, en su caso, sin efectos retroactivos.

- Los colegitimarios sin discapacidad deben intervenir en la partición de la herencia del causante –también en la del legitimario fiduciario–, como sustitutos de residuo en la parte que les correspondía como legítima estricta, siendo conveniente para prevenir futuros problemas particionales el nombramiento de contador-partidor en el mismo testamento.
- En la constitución de este legal y voluntario gravamen legítimo el Notariado debe:
  - 1.º Procurar que el causante pueda conseguir unos fines lícitos y basados en la verdad, por lo que, en cuanto la legal sustitución fideicomisaria de residuo puede implicar la privación total de la legítima estricta de los legitimarios sin discapacidad, debe evitar, en lo posible, que se use la norma para defraudar los derechos legitimarios de estos.
  - 2.º Advertir al testador de la posibilidad alternativa de conceder a los cuidadores del legitimario discapacitado –si confía plenamente en ellos–, la mayor parte de la herencia posible, lo que facilitaría su disposición onerosa en caso de necesidad y, en su caso, ahorraría costes fiscales.
  - 3.º Prevenir futuras contiendas judiciales, avisando al causante de que no se debería gravar la legítima estricta de los legitimarios sin discapacidad, a la vez que se dispone incoherentemente de los tercios de mejora y de libre disposición.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: «El gravamen con una sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado de la legítima estricta de los demás descendientes», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 35, 2005, pp. 37-48.
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «Comentario al artículo 782 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, R. Bercovitz (dir.), T. IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 5728-5735.
- ALCAÍN MARTÍNEZ, Esperanza: «Modificación de la Ley del Notariado de 28 de Mayo de 1862», en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, C. Guilarte Martín-Calero (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 82-98.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: «Las disposiciones testamentarias en beneficio de la persona con discapacidad: la sustitución fideicomisaria», en *La persona con discapacidad en el Derecho de Sucesiones*, J. P. Murga Fernández y M. García Mayo (coords.), M. Lerdo de Tejada y G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 355-373.
- APARCIO VAQUERO, Juan Pablo: «Comentarios a los artículos 782, 808 y 813. II del Código civil», en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en*

- materia de discapacidad*, M.<sup>a</sup> P. García Rubio y M.<sup>a</sup> J. Moro Almaraz (dirs.), I. Varela Castro (coord.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2022, pp. 569-575.
- BARBA, Vincenzo: «Capacidad para otorgar testamento, legitimarios y protección de la persona con discapacidad», *La Ley-Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 31, 2021 (ejemplar dedicado a La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico), pp. 34-69.
- BARRIO DEL OLMO, Concepción Pilar: «La función notarial tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021», en *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual*, R. M.<sup>a</sup> Moreno Flórez (dir.), Dykinson, Madrid, 2022, pp. 19-35.
- BERNARD MAINARD, Rafael: «Incidencia de la Ley 8/2021, sobre las personas con discapacidad, en algunos aspectos del Derecho de Sucesiones: porción legítima, aceptación y repudiación de herencia, colación y partición», *Revista de Derecho Civil*, núm. 1, enero-marzo, 2024, pp. 241-268.
- BOTELLO HERMOSA, Pedro Ignacio: «Motivos jurídicos para cuestionarnos si el testador puede dejarle toda la legítima estricta a un descendiente legitimario con discapacidad», *Revista de Derecho UNED*, núm. 33, 2024, pp. 77-109.
- «La legítima estricta ¿colectiva? Tras la Ley 8/21», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 795, 2023, pp. 227-271.
- «La importante modificación que propone en el derecho sucesorio español el anteproyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 776, 2019, pp. 2783-2804.
- BUSTO LAGO, José Manuel: «Comentario al artículo 806 CC», en *Comentarios al Código Civil*, R. Bercovitz (coord.), Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2009, Aranzadi Instituciones: BIB 2009/7761, pp. 1-11. [Última consulta: 11 de diciembre de 2023].
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «Comentario al artículo 783 del Código civil», en *Código Civil Comentado*, A. Cañizares Laso y otros (dirs.), Volumen II, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2016, pp. 726-733.
- CARRIÓN OLMOS, Salvador: «Un debate abierto: ¿modificación o supresión del régimen de legítimas en el Código civil español?», *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. Extra 16, 2, 2022, pp. 3010-3039.
- «Sustitución fideicomisaria en favor de hijos con discapacidad. Algunas consideraciones sobre los artículos 782 y 808 del Código Civil tras su redacción por la Ley 8/21, de 2 de junio», *IDIBE: Instituto de Derecho Iberoamericano*, 2021, pp. 1-6.
- CERVILLA GARZÓN, M.<sup>a</sup> Dolores: «La sustitución fideicomisaria y la protección de las personas con discapacidad», en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Cerdeira Bravo de Mansilla, Guillermo y García Mayo, Manuel (dirs.), Gil Membrado, Cristina y Pretel Serrano, Juan José (coords.), Wolters Kluwer España, Madrid, 2021, pp. 691-706.
- CHAPARRO MATAMOROS, Pedro: «La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en favor del legitimario con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio», en *Retos del Derecho de sucesiones en el siglo XXI*, A. Arrébola Blanco (dir.), Reus, Madrid, 2023, pp. 641-678.
- COBACHO GÓMEZ, José Antonio: «La sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado», en *La familia en el Derecho de Sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Ángel Luis Rebollo Varela (coord.), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 359-378.

- CUADRADO PÉREZ, Carlos: «Visión crítica del sistema de legítimas del Código Civil español», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 796, 2023, pp. 725-800.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina: «Comentario a los artículos 782, 808 y 813 del Código civil», en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, C. Guilarte Martín-Calero (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 933-952.
- DÍAZ ALABART, Silvia: «La protección económica de los discapacitados a través del Derecho de sucesiones», en *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, J. Pérez de Vargas Muñoz, M. Pereña Vicente (coords.), vol. 1, Wolters Kluwer España, Madrid, 2011, pp. 853-938.
- «El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: Fideicomiso, exención de colación y Derecho de habitación», *Academia Sevillana del Notariado*, Tomo 16, 2, 2008, pp. 265-319.
- «La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente (art. 808 Cc. reformado por la Ley 41/2003, 18 de noviembre)», en *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol*, Abril Campoy, J. M., Amat Llari, M.<sup>a</sup> E. (coords.), vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 1045-1062.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «La reforma del Derecho de sucesiones en la Ley 8/2021: Derecho sustantivo y Derecho transitorio», en *El nuevo derecho de las capacidades: de la incapacitación al pleno reconocimiento*, E. Llamas Pombo y otros (dirs.), Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 369-420.
- ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia: «La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del descendiente incapacitado judicialmente: algunos problemas que plantea», en *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, M. Espejo Lerdo de Tejada y otros (dirs.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 395-411.
- «La sustitución fideicomisaria: notas sobre algunas cuestiones prácticas que plantea», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 753, 2016, pp. 514-534.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: «En defensa de la legítima del Código Civil», en *Retos del Derecho de sucesiones en el siglo XXI*, A. Arrébola Blanco (dir.), vol. 1, Reus, Madrid, 2023, pp. 97-148.
- *Tendencias reformistas en el Derecho español de Sucesiones: especial consideración al caso de las legítimas*, Bosch Wolters Kluwer España, Madrid, 2020.
- «Comentario al artículo 808 del Código Civil», en *Código Civil Comentado*, A. Cañizares Laso y otros (dirs.), Volumen II, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2016, pp. 789-799.
- GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> Paz: «Los desafíos del nuevo modelo de discapacidad y las reticencias para aceptar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad cognitiva, intelectual o psicosocial», en *La persona con discapacidad en el Derecho de Sucesiones*, J. P. Murga Fernández y M. García Mayo (coords.), M. Lerdo de Tejada y G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 27-41.
- GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: «Comentario a la Sentencia de 30 de octubre de 2012», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 93, 2013, Aranzadi Instituciones, BIB 2013/2294, pp. 1-12 [Última consulta: 21 de noviembre de 2023].
- GÓMEZ GÁLIGO, Francisco Javier: «La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 687, 2005, pp. 11-30.

- GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel: «Algunas cuestiones sobresalientes en la reforma del código civil sobre la protección de las personas discapacitadas o incapacitadas», en *Personalidad y capacidad jurídicas: 74 contribuciones con motivo del XXV aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba*, R. Casado Raigón, I. Gallego Domínguez (coords.), vol. 2, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2005, pp. 697-710.
- GUTIÉRREZ JEREZ, Luis Javier: *La subrogación real*, Colegio Notarial de Granada, Granada, 2005.
- HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel: «La protección de la legítima y su repercusión en el heredero incapacitado y discapaz», en *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, Lledó Yagüe, Francisco, Ferrer Vanrell, M.<sup>a</sup> Pilar y Torres Lana, José Ángel (dirs.), Monje Balmaseda, Óscar (coord.), Volumen 1, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 805-836.
- JARILLO GÓMEZ, Juan Luis: «Sustitución fideicomisaria a favor del hijo discapacitado», en *Sistema de apoyos para personas con discapacidad: medidas jurídico-civiles y sociales*, M.<sup>a</sup> B. Fernández González (coord.), Dykinson, Madrid, 2021, pp. 115-136.
- LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael: «Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», *Cuadernos de Derecho judicial*, núm. 20, 2005, pp. 179-272.
- LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro: «La sustitución fideicomisaria en favor de personas con discapacidad», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 116, 2023, pp. 11-56.
- MAGARIÑOS BLANCO, Victorio: *Libertad para ordenar la sucesión. Libertad de testar*, Dykinson, Madrid, 2018.
- MARÍN CALERO, Carlos: *La herencia a favor de un hijo con discapacidad intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- *La aceptación de la herencia a beneficio de inventario*, Aferré Editores, Barcelona, 2021.
- *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*, Centro de Estudios Ramón Areces (CEURA), Madrid, 2005.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M.<sup>a</sup> Teresa: *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, Dykinson, Madrid, 2010.
- MARTÍN SANTISTEBAN, Sonia: «Reforma civil en materia testamentaria para el apoyo a personas con discapacidad», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 57, 2022, pp. 73-89.
- MARTÍNEZ-PROVENCIO Y MARTÍNEZ, Ruperto Isidoro: *Tratado de Derecho de Sucesiones: común, foral, internacional y fiscal: ab ovo usque ad mala*, La Ley, Madrid, 2020.
- MORENO FLÓREZ, Rosa M.<sup>a</sup>: «La sustitución fideicomisaria a favor del incapacitado», en *Estudios de Derecho de sucesiones: Liber amicorum Teodora F. Torres García*, M. Herrero Oviedo, A. Domínguez Luelmo, M.<sup>a</sup> P. García Rubio (dirs.), Wolters Kluwer España, Madrid, 2014, pp. 1003-1024.
- MOSCOSO TORRES, Ramón M.<sup>a</sup>: «Disposiciones gratuitas a favor de las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio. Referencia al patrimonio protegido», *Anales de la Academia Sevillana del Notariado*, Tomo XXXI: Ciclo de conferencias cursos 2020-2022, 2022, pp. 207-246, <https://justis.vlex.com/#sources/38878> [Última consulta: 14 de octubre de 2024].
- NANCLARES VALLE, Javier: «La sustitución fideicomisaria a favor de persona incapacitada», en *Las nuevas herramientas de protección jurídico-privada de las personas dependientes: un estudio comparado*, A. Muñoz Fernández, C. Martínez de Aguirre y Aldaz (coords.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 121-160.

- NAVAS OLÓRIZ, J. Ignacio: «Derecho a la verdad. Su encarnación notarial y constitucional», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. Extraordinario, 40 aniversario de la Constitución española, 2018, pp. 123-141.
- NUÑEZ NUÑEZ, María: «Algunas reflexiones –negativas– al gravamen sobre la legítima corta después de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *Protección Jurídica Patrimonial de las Personas con Discapacidad*, J. Pérez De Vargas Muñoz (coord.), La Ley, Madrid, 2006, pp. 673-684.
- ORTEGA DOMÉNECH, Jorge: «Constitución de una sustitución fideicomisaria a favor de heredero con discapacidad sobre el tercio de legítima estricta: cuestiones y problemas a la luz de la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 junio», en *Modificaciones sucesorias, capacidad y otras cuestiones. Una mirada comparativa*, Represa Polo, M.<sup>a</sup> Patricia (Coord.), Reus, Madrid, 2022, pp. 87-163.
- PANIZA FULLANA, Antonia: «La reformulación del alcance de la sustitución fideicomisaria de los legitimarios discapacitados», en *Reformas legislativas para el Apoyo a las Personas con Discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*, Lledó Yagüe, Francisco y otros (coords.) Dykinson, Madrid, 2022, pp. 983-1008.
- PÉREZ RAMOS, Carlos: «Incidencia de la Ley 8/21 sobre las sustituciones hereditarias», *El Notario del Siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 99, 2021, pp. 42-49.
- PLANAS BALLVÉ, María: «La renovada sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta: Instrumento de protección al hijo con discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, vol. 9, núm. 3, 2022, pp. 429-444.
- PUIG FERRIOL, Luis: «Protección del discapacitado: Aspectos sucesorios», en *Protección Jurídica y Patrimonial de los Discapacitados, Xornadas e Seminarios*, Escola Galega de Administración Pública (EGAP), Santiago de Compostela, 2005, pp. 281-303.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: «La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta», en *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol*, Abril Campoy, J. M., Amat Llari M.<sup>a</sup> E. (coords.), vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 1995-2016.
- ROBLES RAMOS, Karin J.: *Intangibilidad cualitativa de la legítima. Excepciones*, Dykinson, Madrid, 2021.
- RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia: «La reforma del Derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad», *Actualidad Civil*, núm. 1, 2004, pp. 357-369.
- TORRES GARCÍA, Teodora Felipa y DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «La legítima en el Código Civil (II)», en *Tratado de legítimas*, Teodora Felipa Torres García (coord.), Atelier, Barcelona, 2012, pp. 87-151.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.: «Perspectiva histórica de las cautelas testamentarias con opción compensatoria de la legítima», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 16, núm. 2, 1963, pp. 281-344.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio José:  
— *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia y de Sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2024.  
— «El contrato de vitalicio como alternativa apropiada a la desheredación», *Anuario de Derecho Civil*, fasc. III, julio-septiembre, 2023, pp. 989-1040.  
— «La fijación de la donación como no colacionable y la cláusula testamentaria del pago de legítima en vida del causante: dos declaraciones de parte que el

Notariado, en lo posible, debería evitar», *Anuario de Derecho Civil*, fasc. II, abril-junio, 2022, pp. 423-473.

- «¿Cómo amparar a los descendientes del legitimario que repudia en una sucesión testada?», *Diario La Ley*, núm. 9678, julio, 2020, pp. 1-18.
- «La libertad del causante de disponer *inter vivos* de todos sus bienes», *Revista de Derecho Civil*, núm. 2, abril-junio, 2022, pp. 227-264.
- «Claves para la imputación de donaciones y legados en el haber hereditario», *Revista de Derecho Civil*, núm. 4, octubre-diciembre, 2018, pp. 333-360.

## RESOLUCIONES JUDICIALES EMPLEADAS

### 1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Sentencia 207/1999, de 11 de noviembre, Ponente D. Pablo García Manzano (puede consultarse en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1999-23949>).

### 2. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS (1.ª Civil) 30 de octubre de 2012, Ponente D. Francisco Javier Orduña Moreno (RJ 2013/2274).
- STS (1.ª Civil) 13 de mayo de 2010, Ponente D. Francisco Marín Castán (RJ 2010/3694).
- STS (1.ª Civil) 7 de noviembre de 2008, Ponente D. Antonio Salas Carceller (RJ 2008/7696).
- STS (1.ª Civil) 28 de septiembre de 2005, Ponente D. José Ramón Ferrándiz Gabriel (RJ 2005/7154).
- STS (1.ª Civil) 12 de febrero de 2002, Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2002/3191).
- STS (1.ª Civil) 6 de febrero de 2002, Ponente D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (RJ 2002/993).
- STS (1.ª Civil) 22 de julio de 1994, Ponente D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa (RJ 1994/6578).

### 3. AUTO DE LA AUDIENCIA NACIONAL

- AAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) 10 de octubre de 2001 (JUR 2002/9645).

### 4. SENTENCIA DE TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE COMUNIDAD AUTÓNOMA

- STSJ Castilla-La Mancha (Sala de lo Social, Sección 1.ª) 7 de mayo de 2019 (AS 2019/1667).

## 5. SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP Toledo (2.<sup>a</sup> Civil) 16 de mayo de 2018 (JUR 2018/189222).
- SAP Burgos (3.<sup>a</sup> Civil) 29 de diciembre de 2017 (JUR 2018/62983).
- SAP León (1.<sup>a</sup> Civil) 22 de mayo de 2017 (JUR 2017/171029).
- SAP León (2.<sup>a</sup> Civil) 4 de noviembre de 2015 (AC 2015/1731).
- SAP Almería (1.<sup>a</sup> Civil) 10 de febrero de 2015 (AC 2015/1060).
- SAP Islas Baleares (5.<sup>a</sup> Civil) 17 de octubre de 2002 (JUR 2003/99356).

## 6. RESOLUCIONES DE LA ANTIGUA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- Resolución 19 de diciembre de 2020 (RJ 2020/795).
- Resolución 26 de junio de 2017 (RJ 2017/3768).
- Resolución 16 de julio de 2015 (RJ 2015/4046).
- Resolución 9 de junio de 2015 (RJ 2015/3621).
- Resolución 27 de octubre de 2004 (RJ 2004/7807).
- Resolución (Servicio del Notario) 16 de enero de 1996 (RJ 1996/5041).

## 7. RESOLUCIONES DE LA ACTUAL DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA

- Resolución 14 de julio de 2022 (RJ 2022/5151).
- Resolución 5 de noviembre de 2020 (RJ 2020/5473).
- Resolución 29 de octubre de 2020 (RJ 2020/5484).
- Resolución 2 de julio de 2020 (RJ 2020/3030).

# La inscripción de parques eólicos y fotovoltaicos en el Registro de la Propiedad\*

**CARLOS TRUJILLO CABRERA**

Profesor contratado doctor de Derecho civil  
Universidad de La Laguna

## RESUMEN

*Entre los Objetivos de Desarrollo Sostenible aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el marco de la Agenda 2030, garantizar un acceso a la energía segura, continua y sostenible que permita un desarrollo sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras y aumentar la proporción de energía renovable en el conjunto de fuentes energéticas constituyen dos de las metas prioritarias.*

*En esta línea, la Unión Europea ha desarrollado numerosas iniciativas legislativas orientadas precisamente a fijar una cuota de energía determinada procedente de fuentes renovables en el consumo final bruto de energía. En el caso de España, el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030 establece las bases para consolidar una trayectoria de neutralidad climática de la economía y la sociedad, mediante la transformación del sistema energético hacia una mayor autosuficiencia sobre la base de aprovechar el potencial renovable existente, particularmente el solar y el eólico.*

*Desde esta óptica, se deberán realizar importantes inversiones en la construcción y posterior explotación de parques eólicos y fotovoltaicos que ocuparán grandes extensiones de terreno, por lo que el Registro de la Propiedad se presenta como un instrumento fundamental en el que inscribir los actos y negocios jurídicos en cuya virtud se materialicen estas construcciones.*

---

\* El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación PID2020-113995GB-I00, *Desafíos actuales del Registro de la Propiedad: Blockchain y Protección de Datos*, y ha contado con la financiación del Ministerio de Universidades y la Unión Europea-Next Generation EU a través del programa de ayudas para la Recualificación del Sistema Universitario Español para 2021-2023. El autor quiere hacer constar su agradecimiento al Departament de Dret Privat de la Universitat de Barcelona, así como a Carlos Alfonso Tocino Flores, registrador de la propiedad de Icod de los Vinos (Tenerife), y a Rafael Robledo González, registrador de la propiedad de Telde (Gran Canaria). Igualmente, el autor agradece los comentarios y reflexiones realizados por los profesores Francisco J. Villar Rojas (catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de La Laguna) y Alicia Espejo Campos (profesora ayudante doctora de la Universidad de La Laguna) en relación con el contenido del apartado III del trabajo.

*El presente trabajo se centra en el estudio de las diferentes vías por las que la propiedad, construcción y explotación de estos parques pueden tener acceso al Registro de la Propiedad, así como de las ventajas e inconvenientes de cada una de ellas y de los requisitos que en cada caso deberán cumplirse.*

### **PALABRAS CLAVE**

*Registro de la Propiedad, energías renovables, inscripción, superficie, vuelo, aprovechamiento parcial, arrendamiento*

## **The registration of wind farms and photovoltaic plants in the land registry**

### **ABSTRACT**

*Among the Sustainable Development Goals adopted by the United Nations General Assembly as part of the 2030 Agenda, ensuring secure, continuous and sustainable access to energy that enables development without compromising the ability of future generations and increasing the share of renewable energy in all energy sources are two of the priority targets.*

*In this regard, the European Union has developed numerous legislative initiatives aimed precisely at setting a specific share of energy from renewable sources in gross final energy consumption. In the case of Spain, the National Integrated Energy and Climate Plan 2021-2030 lays the foundations for consolidating a climate-neutral economy and society by transforming the energy system towards greater self-sufficiency on the basis of harnessing existing renewable potential, particularly solar and wind power.*

*From this perspective, major investments will have to be made in the construction and subsequent operation of wind and photovoltaic farms that will occupy large tracts of land, making the Land Registry a fundamental instrument in which to register the legal acts and businesses by virtue of which these constructions are materialised.*

*This paper focuses on the study of the different ways in which the ownership, construction and operation of these farms can have access to the Land Registry, as well as the advantages and disadvantages of each of them and the requirements that must be met in each case.*

### **KEYWORDS**

*Land Registry, renewable energies, registration, surface rights, overbuilding rights, partial use, leasing*

**SUMARIO:** I. *Introducción.*—II. *La construcción y explotación de parques eólicos y fotovoltaicos en terreno ajeno. Su inscripción.* 1. El derecho de superficie. 1.1 Concepto y naturaleza jurídica. 1.2 La duración del derecho de superficie. 1.3 La reversión de lo construido al dueño del

suelo. 1.4 Los requisitos formales de constitución del derecho de superficie. 1.5 La inscripción en el Registro de la Propiedad. 2. El derecho de vuelo. 2.1 Concepto y naturaleza jurídica. 2.2 El derecho de vuelo para construir directamente sobre el suelo. 2.3 El derecho de vuelo sobre suelo rústico. 2.4 Los requisitos formales de constitución del derecho de vuelo y su inscripción en el Registro de la Propiedad. 3. El derecho de aprovechamiento parcial. 3.1 Concepto y naturaleza jurídica. 3.2 Contenido del derecho de aprovechamiento. 3.3 Régimen jurídico del derecho de aprovechamiento y su inscripción en el Registro de la Propiedad. 4. El arrendamiento de larga duración.—III. *Un requisito común: la necesidad de respetar la normativa urbanística. En particular, el caso de Canarias.*—IV. *Conclusiones.—Bibliografía.—Resoluciones Consultadas.—Jurisprudencia Consultada.*

## I. INTRODUCCIÓN

El 25 de septiembre de 2015, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó, por unanimidad, la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible: un plan de acción en favor de las personas, el planeta, la prosperidad y la paz universal. Dicho Plan cuenta con 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), que constituyen un llamamiento universal a la acción para poner fin a la pobreza, proteger el planeta y mejorar las vidas y las perspectivas de las personas en todo el mundo. Entre ellos, el ODS 7, *Energía asequible y no contaminante*, pretende garantizar un acceso a la energía segura, continua y sostenible que permita un desarrollo sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras, estableciendo, como una de sus metas (7.2), el aumento considerable de la proporción de energía renovable en el conjunto de fuentes energéticas. Junto a él, otros ODS establecen metas que coadyuvan a la consecución de este objetivo. Es el caso, por ejemplo, de la meta 4 del ODS 9, que pretende modernizar las infraestructuras y reconvertir las industrias para que sean sostenibles, utilizando los recursos con mayor eficacia y promoviendo la adopción de tecnologías y procesos industriales limpios y ambientalmente racionales, y logrando que todos los países tomen medidas de acuerdo con sus capacidades respectivas. También el de la meta b) del ODS 11, que busca aumentar considerablemente el número de ciudades y asentamientos humanos que adoptan e implementan políticas y planes integrados para promover la inclusión, el uso eficiente de los recursos, la mitigación del cambio climático y la adaptación a él y la resiliencia ante los desastres. O, finalmente, el de la meta 2

del ODS 12, orientada a lograr la gestión sostenible y el uso eficiente de los recursos naturales.

En esta línea, la Unión Europea ha desarrollado numerosas iniciativas legislativas orientadas precisamente a fijar una cuota de energía procedente de fuentes renovables en el consumo final bruto de energía, cuota que se ha ido incrementando progresivamente. Así, en 2009 se aprobó la Directiva 2009/28/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, que fijaba dicha cuota en el 20 % para España para el año 2020 (Anexo I, tabla A)<sup>1</sup>. Posteriormente, en 2018, se aprobó la Directiva 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables –que refunde la anterior, objeto de varias modificaciones sustanciales–, que estableció en su artículo 3.1 la obligación de los Estados miembros por velar conjuntamente para que la cuota de energía procedente de fuentes renovables sea de al menos el 32 % del consumo final bruto de energía de la Unión Europea en 2030<sup>2</sup>, sin perjuicio de la libertad de los Estados miembros para indicar objetivos más ambiciosos con fines de política nacional. En la misma fecha se aprobó también el Reglamento (UE) 2018/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, sobre la gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima, que establece, en su artículo 3, la obligación de todos los Estados miembros de adoptar un Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (en adelante, PNIEC)<sup>3</sup>. Tales PNIEC deben, entre otras cuestiones, contener una descripción de los objetivos generales, los objetivos específicos y las contribuciones nacionales relativas a las dimensiones de la Unión de la Energía<sup>4</sup> (descarbonización –con especial incidencia en las energías renovables–, eficiencia energética, seguridad energética, mercado interior de las energías y, finalmente, investigación, innovación y competitividad), así como una descripción de las políticas y medidas previstas para la consecución de tales objetivos y contribuciones. El considerando 25 del citado Reglamento dispone que los Estados miembros deben procurar garantizar que los PNIEC sean coherentes con los ODS de las Naciones Unidas y que contribuyan a su consecución.

<sup>1</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *PyGP*, 2019, p. 81.

<sup>2</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *PyGP*, 2019, p. 83.

<sup>3</sup> GARCÍA GARCÍA, *AJA*, 2019, p. 55. Como indica RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *PyGP*, 2019, p. 85, los PNIEC abarcan periodos decenales, pero deben ser revisados a mitad de periodo por lo que el PNIEC 2021-2030 debería ser revisado y actualizado antes del 30 de junio de 2024.

<sup>4</sup> GIMÉNEZ ELORRIAGA, *GA*, 2019, p. 39.

En este marco, el 25 de marzo de 2021, la Dirección General de Política Energética y Minas y la Oficina Española de Cambio Climático dictaron una resolución conjunta por la que se publicó el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 16 de marzo de 2021, en cuya virtud se adoptaba la versión final del PNIEC 2021-2030<sup>5</sup>. Dicho PNIEC, elaborado bajo el auspicio de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo, el Comité de las Regiones y el Banco Europeo de Inversiones, *Energía limpia para todos los europeos* COM(2016) 860 final, pretende reflejar el compromiso y la contribución de España al esfuerzo internacional y europeo. En este sentido, el PNIEC establece como objetivo el avanzar en la descarbonización, sentando unas bases firmes para consolidar una trayectoria de neutralidad climática de la economía y la sociedad, mediante la transformación del sistema energético hacia una mayor autosuficiencia, sobre la base de aprovechar de una manera eficiente el potencial renovable existente, particularmente el solar y el eólico. El Plan prevé lograr en 2030 una presencia de las energías renovables sobre el uso final de energía del 42 %<sup>6</sup>, a lo que se añade el Plan de Contratación Pública Ecológica y de la Administración General del Estado, aprobado en Consejo de Ministros en diciembre de 2018, que fija el objetivo de contratación de energía eléctrica con origen 100 % renovable en el año 2025, para todo el consumo eléctrico de los edificios y servicios de la Administración General del Estado.

Para ello, tanto los operadores públicos como los privados deberán realizar importantes inversiones<sup>7</sup> en la construcción y posterior explotación de parques eólicos y fotovoltaicos<sup>8</sup> que ocuparán grandes extensiones de terreno. En este contexto, el Registro de la Propiedad se presenta como un instrumento fundamental en el que ins-

<sup>5</sup> Un análisis más detallado del PNIEC se puede consultar en PASCUAL NÚÑEZ, *Actualidad Jurídica Ambiental*, 2021, pp. 1 ss.

<sup>6</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *PyGP*, 2019, p. 89.

<sup>7</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *PyGP*, 2019, p. 99, lo cifra en «algo más de 100 m.m. de euros».

<sup>8</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, D., *PyGP*, 2019, p. 93, indica en este sentido que «el PNIEC asume un escenario objetivo con 48,6 GW y 36,1 GW de capacidad instalada en eólica y fotovoltaica, respectivamente. En ese ámbito, hay consenso sobre la ambición del objetivo de crecimiento, aunque naturalmente mucha incertidumbre sobre si se puede llegar al mismo. Según datos de Red Eléctrica de España, en septiembre de 2019 habían 23,6 GW de potencia eólica instalada en la España peninsular; y 6 GW de potencia fotovoltaica. Una simple regla lineal lleva a asumir la necesidad de entrada media de 2,5 GW anuales en eólica, y de 3 GW en fotovoltaica para llegar al 1 de enero de 2030 con la potencia prevista en el escenario objetivo. Como referencia comparativa, el año en que más potencia eólica entró en funcionamiento en España fue 2007, con 2,6 nuevos GW. En el caso de la solar (fotovoltaica y termosolar) se correspondió con 2008, con 2,8 GW. Esos son, además, años punta que no se repiten en la serie histórica, sobre todo en el caso de la solar».

cribir los actos y negocios jurídicos en cuya virtud se materialicen estas construcciones. Con ello, se dará seguridad jurídica al titular de la explotación, que podrá oponer su título frente a cualquier adquirente posterior del inmueble sobre el que ésta descansa; al posible adquirente del inmueble, que podrá así saber si se encuentra o no libre de cargas antes de adquirirlo y que podrá ver incrementado el valor de su terreno<sup>9</sup>; y al propio tráfico inmobiliario. Todo ello, además, sin perjuicio de su utilidad a efectos de realizar análisis y estudios que permitan determinar las partes del territorio con mayor o menor presencia de parques de generación de energía renovable y su incidencia sobre la distribución de energía en la zona, a los efectos de adoptar las políticas públicas que sean necesarias, valiéndose para ello de cualquier otra información territorial que haya podido acceder al Registro de la Propiedad por medio de la información asociada que reconoce el artículo 9.1 LH al indicar, en el penúltimo párrafo de su apartado b), que *«todos los Registradores dispondrán, como elemento auxiliar de calificación, de una única aplicación informática suministrada y diseñada por el Colegio de Registradores e integrada en su sistema informático único, bajo el principio de neutralidad tecnológica, para el tratamiento de representaciones gráficas, que permita relacionarlas con las descripciones de las fincas contenidas en el folio real, previniendo además la invasión del dominio público, así como la consulta de las limitaciones al dominio que puedan derivarse de la clasificación y calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente»*<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> BERNAD MAINAR, RIDR, 2021, p. 150, indica que *«aun cuando el viento no resulte susceptible de apropiación privada, ello no obsta para que el propietario de una finca con potencialidades eólicas, dado su emplazamiento y naturaleza, cuente con un valor añadido en su derecho de propiedad, toda vez que por su potencialidad al efecto incorpora unos bienes y recursos suplementarios que la sociedad de nuestros días valora por sus aptitudes en el proceso de transformación del sistema energético tradicional en otro más moderno y acorde con el lineamiento de los objetivos de desarrollo sostenible (ODS), más aún cuando estamos en presencia de un recurso limitado en razón de su cantidad o, por lo menos, degradable a través del uso»*. Por ese motivo indica, p. 180, que *«el uso eólico de un terreno le confiere un valor suplementario que se traduce patrimonialmente y, por ende, no es de extrañar que quien explote industrialmente el viento esté dispuesto a pagar en virtud de tal concepto, lo que implica un incremento de su valor de mercado, reflejado no solo en el ámbito del tráfico jurídico privado, sino también en el momento de fijar el justiprecio ante un eventual proceso expropiatorio en calidad de renta potencial»*.

<sup>10</sup> La Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, incorporaba, en su disposición adicional vigésima octava, que llevaba por título *«Utilización de bases gráficas en el Registro de la Propiedad»*, una modificación del entonces vigente artículo 9.1 LH mediante la que se adicionaron tres párrafos dirigidos a regular la posibilidad de que los registros de la propiedad pudieran contar con bases gráficas que completaran la identificación de las fincas inscritas, modificación que fue el germen de la actual redacción, operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo. El párrafo tercero de aquella reforma indicaba que *«los registradores dispondrán de aplicaciones informáticas para el tratamiento de bases gráficas que permitan su coordinación con las fincas registrales*

El presente trabajo se centra en el estudio de las diferentes vías por las que la propiedad, construcción y explotación de parques de energía renovable pueden tener acceso al Registro de la Propiedad, analizando las ventajas e inconvenientes de cada una de ellas, así como los requisitos que en cada caso se deben cumplir para que el título presentado ante el Registro pueda ser calificado positivamente por el registrador.

## II. LA CONSTRUCCIÓN Y EXPLOTACIÓN DE PARQUES EÓLICOS Y FOTOVOLTAICOS EN TERRENO AJENO. SU INSCRIPCIÓN

A la hora de estudiar las vías por las que es posible incorporar al Registro de la Propiedad los parques eólicos y fotovoltaicos es necesario distinguir aquellos supuestos en los que el parque en

---

*y la incorporación a éstas de la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente». Sobre la base de este precepto, VÁZQUEZ ASENJO, 2009, pp. 29 ss., consideraba que las bases gráficas registrales, además de permitir localizar geográficamente la finca registral y resolver con ello una serie de problemas registrales tradicionales, podían prestar un servicio aún mayor al permitir asociar a las mismas determinada información territorial que, de no aparecer unida a la base gráfica registral, no dejaba de ser un simple dato interno para las Administraciones públicas. En este sentido, consideraba lógico contrastar sobre la propia base gráfica toda suerte de informaciones de tipo urbanístico, fiscal o administrativo, permitiendo de esa manera al interesado en la adquisición de una finca registral obtener un conocimiento pleno, completo y seguro de todas las circunstancias jurídico-económicas de la misma. Y con ello, además, se lograba ahorrar en costes de gestión, agilizar la toma y ejecución de decisiones, tanto por parte del interesado en adquirir la finca como por parte de cualquier Administración que tuviera que actuar sobre ella, y aumentar la seguridad territorial, objetivo último del Registro de la Propiedad. Ahora bien, como ya indiqué en TRUJILLO CABRERA, 2017, p. 163, esta información territorial que se incorporaba a la finca registral por medio de su base gráfica no podía ser considerada información registral, toda vez que la misma no era objeto de calificación registral: el registrador se limitaba a informar que sobre esa finca registral con una base gráfica generada, algunas Administraciones indicaban que se estaban proyectando una serie de determinaciones de índole administrativa, fiscal, urbanística o medioambiental, que podían afectar de alguna manera a las facultades dominicales de su titular. Pero tampoco se podía considerar información ajena al Registro de la Propiedad, por cuanto la misma hacía referencia a una entidad, la finca registral con base gráfica digitalizada, que era precisamente el soporte físico del objeto de aquél. De ahí que VÁZQUEZ ASENJO, 2009, p. 43, se refiriera a ella como a una nueva categoría de información territorial a la que denominó «información asociada a la base gráfica de la finca registral» y a la que definía como «aquellas especiales consideraciones jurídicas de partes determinadas del territorio, sancionadas oficialmente y de las cuales resultan condiciones restrictivas o expansivas al dominio delimitador de las fincas registrales», y siempre y cuando, eso sí, las mismas fueran interoperables con la información gráfica registral. Por su parte, ARRIETA SEVILLA, RCDI, 2013, p. 3673, la definía como «aquel dato jurídico-público referido al territorio que afecta o restringe el derecho real de propiedad inscrito pero que no forma parte de un asiento registral, sino que está asociado o vinculado a la base gráfica de una finca inmatriculada». Se trataría, como ya indiqué en su momento, TRUJILLO CABRERA, 2017, p. 164, de aquellas manifestaciones realizadas por las distintas Administraciones públicas en el sentido de indicar que sobre el mismo espacio físico sobre el que se extiende una finca registral concurría también una determinada información territorial con trascendencia jurídica.*

cuestión se construye y explota sobre un suelo ajeno, de los que me ocuparé en este epígrafe, de aquellos otros en los que se lleva a cabo sobre suelo propio, mucho menos conflictivos y que no serán objeto del presente trabajo. En cualquier caso, se estudian aquellos supuestos en los que las instalaciones se explotan como actividad industrial<sup>11</sup> (constituyendo auténticos parques), y no cuando lo sean únicamente para autoconsumo particular (situación ésta que se da con bastante frecuencia, cada vez más, en cuanto a las placas fotovoltaicas, pero que es mucho menos frecuente en el caso de los aerogeneradores, dado el mayor coste económico y la mayor necesidad de espacio físico que su instalación comporta, además de las dificultades para gestionar los residuos generados<sup>12</sup>).

## 1. EL DERECHO DE SUPERFICIE

### 1.1 Concepto y naturaleza jurídica

Una de las primeras vías a las que se puede recurrir para incorporar al Registro de la Propiedad un parque eólico o fotovoltaico es la del derecho de superficie<sup>13</sup>, definido en el artículo 53.1 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (en adelante, TRLSRU), como aquel que atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas. De esta forma, el derecho de superficie se configura como un *iura in re aliena*<sup>14</sup> que concede a su titular la facultad de edificar o construir en finca ajena y obtener la propiedad temporal de lo edificado o construido, naturaleza jurídica que no se ve alterada porque el párrafo 2.º del citado artículo 53.1 TRLSRU permita constituir dicho derecho también sobre construcciones o edificaciones ya

<sup>11</sup> Dado el alto coste de su inversión, que requiere de unos recursos eólicos en cantidad y calidad suficiente para conseguir un rendimiento óptimo que permita rentabilizar tal inversión. En este sentido, BERNAD MAINAR, *RIDR*, 2021, p. 170.

<sup>12</sup> PASCUAL NÚÑEZ y SANZ SAN MIGUEL, *Bioderecho*, 2020, p. 16.

<sup>13</sup> Reconocido por primera vez en la Ley del Suelo de 1956. *Vid.* SÁNCHEZ JORDÁN y GARCÍA GARCÍA, 2010, p. 632.

<sup>14</sup> Contraria a esta opinión se manifiesta DE SALAS MURILLO, 2008, p. 1474, para quien la superficie constituye una propiedad separada y no puede ser considerada como un mero derecho real limitativo *in actu* de la propiedad del suelo toda vez que durante su vigencia el propietario del suelo tiene la plena propiedad del suelo mientras que el superficiario la tiene del volumen que recae sobre su derecho.

realizadas<sup>15</sup> o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones<sup>16</sup>.

Sin entrar a realizar un análisis detallado del régimen jurídico del derecho de superficie<sup>17</sup>, que excede con mucho del objetivo del presente trabajo, sí que resulta necesario detenerse en algunos aspectos del mismo que resultan relevantes para este estudio y que, en su mayor parte, traen causa del debate doctrinal y jurisprudencial surgido en torno a la existencia de uno o varios derechos de superficie<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> En este sentido se manifiesta la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 25 de octubre de 2023 (BOE de 22 de noviembre de 2023), a cuyo tenor «*resulta con claridad la posibilidad de distinguir dos modalidades de derecho de superficie: a) aquel derecho que se constituye directamente sobre el suelo ajeno y atribuye a su titular la facultad de edificar y, posteriormente, de mantener en propiedad separada dicha edificación, y b) el derecho que se limita a atribuir a su titular la propiedad separada de la edificación ya existente en el momento de su constitución. En el primer caso, el superficiario adquiere dos facultades: la de realizar la edificación y la de mantener la titularidad de dicha edificación de forma separada respecto al titular del suelo. Por el contrario, en la segunda modalidad el superficiario adquiere directamente la segunda de estas facultades, puesto que la edificación preexiste a la constitución de su derecho de superficie*».

<sup>16</sup> Este es el parecer de DE LA IGLESIA MONJE, 2000, p. 111, cuando afirma que «*no hay que contraponer derecho de superficie y propiedad superficiaria, pues ésta constituye el objeto del derecho y, lo que es más, sin la existencia del derecho, no estaría el superficiario legitimado para realizar las construcciones convenidas sobre suelo ajeno*», si bien posteriormente (p. 138) matiza que «*no es posible asimilar el derecho de superficie únicamente a un ius in re aliena, pues al haber desaparecido la concepción del principio de accesión, en sentido rígido, es posible mantener la existencia de una propiedad separada, sustentada en base al derecho de goce sobre suelo ajeno que tiene el superficiario*». A mi juicio, sin embargo, la posibilidad de reconocer la existencia de esa propiedad separada, la propiedad superficiaria, nada obsta a la consideración del derecho de superficie como un derecho real sobre cosa ajena, en la medida en que otorga a su titular facultades sobre un inmueble ajeno que de no existir el derecho corresponderían al dueño de dicho bien (en este caso, la facultad de edificar sobre el terreno y disfrutar de la propiedad temporal de lo edificado –o solo esta segunda parte si el edificio o la construcción ya existían–).

<sup>17</sup> Puede verse, al respecto, ROCA SASTRE, *RCDI*, 1961, pp. 7 ss.; DE LA IGLESIA MONJE, 2000; BLANQUER UBEROS, R., 2007; VILALTA NICUESA, 2008; BADOSA COLL, 2017; RIVERO HERNÁNDEZ, 2019; entre otros.

<sup>18</sup> En realidad, el debate doctrinal se centra en la existencia o no de un único derecho de superficie urbana, categoría ésta que se contrapondría a la de superficie rústica. Así, mientras el derecho de superficie urbana sería aquél que faculta al superficiario para realizar construcciones o edificaciones (y/o a disfrutar de la propiedad temporal de tales construcciones o edificaciones), el derecho de superficie rústica sería aquel que permite a su titular plantar o sembrar en finca rústica ajena, adquiriendo la propiedad temporal de lo plantado o sembrado (RIVERO HERNÁNDEZ, 2019, pp. 965 ss.). Ante el silencio de la Ley del Suelo respecto de las plantaciones (RIVERO HERNÁNDEZ, 2019, p. 921) –únicamente habla de construcciones o edificaciones–, se entiende que es el artículo 3 de la Ley 55/1980, de 11 de noviembre, de montes vecinales en mano común, que contiene una regulación del derecho de superficie bastante cercana a la de la Ley del Suelo, el que regula el derecho de superficie rústica que, según RIVERO HERNÁNDEZ, 2019, p. 967, «*sólo difiere de la urbana en sus elementos objetivos: finca gravada, que ha de ser rústica (...); y en el objeto de la actividad sustancial del superficiario, plantación o siembra en lugar de construcción o edificación; más nada impide que puedan ser objeto de este derecho de superficie las instalaciones o edificaciones que sirvan a la actividad forestal o agraria*». Sin embargo, como bien apunta VILALTA NICUESA, 2008, p. 220, el concepto rústico no puede interpretarse como contrapuesto a los conceptos urbano y urbanizable propios del derecho urbanístico (si bien en la actualidad la Ley del Suelo distingue entre suelo urbano y suelo rural). En efecto, esa interpretación impediría incardinar en el ámbito del derecho de

Desde esta perspectiva, la tesis monista considera que existe un único derecho, regulado por la citada Ley del Suelo y con un marcado carácter imperativo, que se aplica por igual con independencia del carácter público o privado del titular de la propiedad gravada y del superficiario<sup>19</sup>. Por su parte, la tesis dualista sostiene que existen dos modalidades diferenciadas<sup>20</sup>, una –la superficie urbanística, regulada por la Ley del Suelo– que se aplica cuando el titular del suelo es un ente público y dicho suelo se destina para la construcción de viviendas<sup>21</sup>, y otra –la superficie urbana común, regulada por el Código Civil (fundamentalmente, los artículos 1611 y 1255, unidos a la concepción de *numerus apertus* de los derechos reales<sup>22</sup>)– que se aplica cuando el derecho de superficie se constituye entre particulares y que se caracteriza por el importante papel desempeñado por la autonomía de la voluntad. La anterior distinción, que ha sido tratada por voces mucho más autorizadas sin que hasta la fecha se haya logrado alcanzar un consenso doctrinal al respecto<sup>23</sup>, lejos de ser una mera disquisición teórica, provoca importantes

superficie rústica plantaciones realizadas en el subsuelo de un solar urbano, así como entender aplicable tal derecho cuando se construyera o edificara en un suelo rústico (rural). Por ello, considera que es necesario realizar una interpretación amplia del artículo 30.3 del Reglamento Hipotecario que permita definir el derecho de superficie rústica como aquel (*op. cit.*, p. 223) «que autoriza el ejercicio de actividad de producción y/o mantenimiento de cubierta vegetal, sea o no de generación espontánea, y con independencia de la calificación urbanística del fundo». Nótese, sin embargo, que en el artículo 564-1 de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña (en adelante, CCC), relativo a los derechos reales, ambas clases de superficie se regulan conjuntamente: «la superficie es el derecho real limitado sobre una finca ajena que atribuye temporalmente la propiedad separada de las construcciones o de las plantaciones que estén incluidas en la misma. En virtud del derecho de superficie, se mantiene una separación entre la propiedad de lo que se construye o se planta y el terreno o suelo en que se hace».

<sup>19</sup> MENA-BERNAL ESCOBAR, 1994, p. 19; CÁMARA ÁGUILA, *RCDI*, 1998, p. 1655; ALONSO PÉREZ, *RCDI*, 2003, p. 3094; y SÁNCHEZ JORDÁN y GARCÍA GARCÍA, 2010, p. 633, entre muchos otros. Más recientemente, ALONSO PÉREZ, 2018, p. 359.

<sup>20</sup> GUILARTE ZAPATERO, 1966, p. 162; y DE LA IGLESIA MONJE, 2000, p. 129. Tal es el parecer, también, del Tribunal Supremo, manifestado en la sentencia 1110/2002, de 26 de noviembre (RJ 2002\9935) y en la sentencia 773/2013, de 10 de diciembre (RJ 2014\355).

<sup>21</sup> Según MARZAL RODRÍGUEZ, 2011, p. 572, «hoy en día los problemas resueltos por la jurisprudencia, arrancan de su variante urbana y son consecuencia del auge inmobiliario que se ha producido en los últimos años y desde que en la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 el legislador concediera especial relieve a esta figura al considerarla de utilidad pública para promover la edificación sobre terrenos pertenecientes a la Administración».

<sup>22</sup> Indica la sentencia del Tribunal Supremo 1110/2002, de 26 de noviembre (RJ 2002\9935), que «en cuanto se refiere a la institución que nos ocupa, aún (sic) cuando el Código Civil carece de una regulación concreta de la misma su mención expresa en el artículo 1611.3.º, la aplicación del principio de autonomía de la voluntad privada y la admisión del sistema de “numerus apertus” en materia de creación de derechos reales, han venido permitiendo sin la menor dificultad la constitución de derechos de superficie cuando así convenía a los sujetos interesados».

<sup>23</sup> Así, por ejemplo, RIVERO HERNÁNDEZ, 2019, p. 917, considera que «hoy ese debate queda superado por el tratamiento que da el art. 53 del *TRLRHL* 2015 al derecho de superficie sobre finca urbana, que no hace distinción alguna en cuanto al régimen de ese derecho, sea “público o privado” el propietario del suelo (núm. 2); legalidad que trata el derecho de superficie de forma unitaria y como categoría genérica, sin distinción de tipos o modalidad,

consecuencias práctica y afecta a varios aspectos fundamentales del régimen jurídico de la figura estudiada, algunos de los cuales pueden estar directamente relacionados con el objetivo de este trabajo.

## 1.2. La duración del derecho de superficie

Es el caso, en primer lugar, del tiempo máximo de duración del derecho. De acuerdo con el artículo 53.2 TRLSRU, «*el plazo de duración del derecho de superficie (...) no podrá exceder de noventa y nueve años*». Los partidarios de la tesis dualista consideran que dicha limitación opera exclusivamente para los derechos de superficie urbanística, rigiéndose la superficie urbana común por el principio de la autonomía de la voluntad y, por tanto, siendo susceptible de ser constituida por períodos mayores de tiempo e, incluso, a perpetuidad<sup>24</sup>. En este último caso, sin embargo, parece estarse ante una situación más cercana a la del foro y subforo, a los que el Código Civil asimila al derecho de superficie (art. 1611 CC) y respecto de los que se distingue entre los constituidos por tiempo indefinido y los temporales (art. 1655 CC)<sup>25</sup>. En cualquier caso, es este un problema que, por la propia dinámica de las instalaciones de produc-

---

cuyo régimen es único». En sentido contrario, entiende LÓPEZ FERNÁNDEZ, ADC, 2016, p. 786, que «*la regulación urbanística del derecho de superficie para edificar es imperativa cuando no debe serlo, carece de preceptos dispositivos donde debería tenerlos, y, con todo ello, contribuye a incrementar la inseguridad jurídica de este derecho real más que a reducirla; por si ello fuera poco ha quedado absolutamente desfasada, ante la aparición de nuevas utilidades del derecho de superficie no previstas en esa legislación, y de nuevas soluciones jurídicas para las previstas, sin que estas últimas alternativas estén directamente sometidas a las consecuencias de la restrictiva regulación del derecho de superficie llevada a cabo por esa legislación urbanística. Si tal régimen jurídico sirve para la actividad administrativa, cosa que también dudamos, reservémoslo para ella, porque quizá nunca fue tan cierta como en este ámbito la afirmación de que la mejor regulación es la que no existe*». En un punto intermedio se sitúa BLANQUER UBEROS, 2007, p. 77, quien considera «*preferible la conclusión de la existencia de una única fuente legal que tipifica y regula el derecho de superficie sometido a la legislación urbanística y del suelo, aunque a su regulación se pueda atribuir un diferente vigor normativo según se aplique a la (...) constituida por una entidad o persona pública (...) en cumplimiento de lo establecido (...) en el planeamiento (para las que tiene vigor imperativo al menos en el marco del planeamiento) o se aplique a la constituida entre particulares (...) en uso de la permisión contenida en el Código Civil (para las que la regulación del suelo tiene vigor dispositivo, al menos en las normas que señalaremos)*». La Dirección General de los Registros y del Notariado estableció en su Resolución de 16 de abril de 2010 (RJ 2010\2740) que «*la doctrina más autorizada entiende que este precepto [el artículo 40.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo entonces vigente], al no hacer distinción, se refiere tanto al derecho de superficie pactado entre particulares, como a aquél que se inscribe en el marco de una actuación urbanística*».

<sup>24</sup> ALONSO PÉREZ, 2000, pp. 159 ss., realiza un estudio pormenorizado de esta cuestión, para acabar concluyendo, como partidaria de la tesis monista, que, a su juicio, el derecho de superficie debe tener una duración limitada. Es, también, la opinión de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, 1971, p. 16.

<sup>25</sup> LÓPEZ FERNÁNDEZ, ADC, 2016, p. 809.

ción de energía eléctrica, no resulta especialmente relevante<sup>26</sup>, pues la vida útil de las mismas está muy lejos de ese plazo máximo de noventa y nueve años que prevé el TRLSRU. En efecto, el artículo 5 de la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, establece que la vida útil de las instalaciones que usen como energía primaria la energía solar oscila entre los veinticinco y los treinta años, en función de que se trate de instalaciones que utilicen únicamente procesos térmicos para la transformación de la energía solar, como energía primaria, en electricidad, o de instalaciones que únicamente utilicen la radiación solar como energía primaria mediante la tecnología fotovoltaica, respectivamente; por su parte, la vida útil de las instalaciones que únicamente utilicen como energía primaria la energía eólica, con independencia de que estén ubicadas en tierra o en el mar territorial, será de veinte años, salvo las de más reciente instalación en las que se estima una vida útil de veinticinco años. Bien es cierto que, en muchos casos, es posible extender esta vida útil mediante tareas de mantenimiento y repotenciación<sup>27</sup>, pero sin alcanzar esa cifra tope de noventa y nueve años.

### 1.3 La reversión de lo construido al dueño del suelo

Una segunda cuestión que es también objeto de opiniones contrapuestas es la relativa a la necesaria (o no) reversión de lo construido o edificado al dueño del suelo al extinguirse el derecho de superficie. El artículo 54.5 TRLSRU dispone que *«a la extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración, el propietario del suelo hace suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiera constituido el derecho. No obstante, podrán pactarse normas sobre la liquidación del régimen del derecho de superficie»*. En este sentido, consideraba Roca Sastre que *«el tránsito de la propiedad de la edificación al dominus soli constituye un fenómeno semejante al de la accesión, pues si el derecho de superficie paralizó el efecto atributivo de*

<sup>26</sup> Sin que ello implique obviar, con LÓPEZ FERNÁNDEZ, *ADC*, 2016, p. 844, que existen numerosas razones que llevan a cuestionar la oportunidad y la precisión del legislador al fijar dicho plazo máximo de manera imperativa.

<sup>27</sup> Es lo que ha sucedido, por ejemplo, en el caso del parque eólico ubicado en Granadilla de Abona (Tenerife), que en el año 2020 alcanzó los treinta años de vida y que sigue operando en la actualidad. Puede leerse al respecto en <https://www.enelgreenpower.com/es/historias/articulos/2020/08/treinta-anos-eolico>. Última consulta: 27 de mayo de 2024.

ésta, la paralización fue por todo el tiempo de duración del derecho de superficie, que constituía el obstáculo, de modo que una vez extinguido éste recobra la accesión su poder de atribución y la propiedad de la edificación deja de ser una propiedad separada superficiaria y a ella se extiende la propiedad del terreno»<sup>28</sup>. De opinión contraria, Rivero Hernández<sup>29</sup> considera que son varios los motivos que le permiten entender que la reversión de lo construido no constituye un elemento consustancial al derecho de superficie, de tal manera que es posible admitir pactos entre los interesados que eliminen, total o parcialmente, dicha reversión: la vigencia del principio de autonomía de la voluntad de las partes, que no resulta contradicho por ninguna norma imperativa del TRLSRU; el reconocimiento de este tipo de pactos en el Código Civil Catalán, que regula una institución que apenas se diferencia de la contenida en el TRLSRU<sup>30</sup>; y la admisión de tal posibilidad por la Dirección General de los Registros y del Notariado<sup>31</sup>.

Este pacto de no reversión puede ser total o parcial, y no tiene por qué implicar necesariamente el mantenimiento de la propiedad de lo construido o edificado por el superficiario (con la correspondiente adquisición del suelo, en una suerte de accesión invertida), sino que puede consistir en la demolición de la construcción o edificación, de tal manera que el propietario del suelo no tenga que asumir su coste. Esta posibilidad resulta especialmente interesante cuando el derecho

<sup>28</sup> ROCA SASTRE, *RCDI*, 1961, p. 58.

<sup>29</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, 2019, p. 961. También se pronuncia a favor de la posibilidad de pactar la no reversión DE LA IGLESIA MONJE, 2000, p. 386, si bien, como partidaria de la tesis dualista, sólo lo admite respecto del derecho de superficie urbana común.

<sup>30</sup> De acuerdo con el artículo 564-6.2 CCC, «la extinción del derecho de superficie comporta, salvo pacto en contrario, la reversión de la construcción o plantación a las personas que en el momento de la extinción sean titulares de la finca gravada, sin que estas deban satisfacer ninguna indemnización a los superficiarios». En relación con la regulación catalana del derecho de superficie, *vid.*, BADOSA COLL *et al.*, 2005, pp. 445 ss., referido a la indicada Ley y cuya regulación se trasladó de manera casi inalterada a la vigente Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, salvo en relación con la exigencia de escritura pública para su constitución y con lo comentado respecto del artículo 564-6.2. También, DEL POZO CARRASCOSA, VAQUER ALOY y BOSCH CAPDEVILLA, 2023, p. 381.

<sup>31</sup> En concreto, cita el autor la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de mayo de 2016 (RJ 2016\3984), a cuyo tenor «respecto a la eventual desnaturalización del derecho de superficie con opción de compra aquí discutido, no se ve problema ninguno en que llegado el momento del ejercicio de la opción (que será calificado en su día por el registrador) se extinga la superficie por confusión de derechos a favor del optante adquirente del pleno dominio. Transcurrido el plazo para el ejercicio de la opción sin ejercitarla, del (sic) derecho de superficie se extinguirá por vencimiento del término y se producirá la natural reversión al propietario del suelo. Se trata de dos derechos reales con contenido y dinámica propia, cuya compatibilidad debe ser aceptada, sin que pueda apreciarse elemento alguno que los desnaturalice (...). Precisamente en un supuesto de derecho de superficie con opción de compra, esta Dirección General, ha señalado en la reciente Resolución de 18 de marzo de 2016, que no supone violentar la finalidad del artículo 14 del Reglamento, prevista para un negocio conexo concreto, si tenemos en cuenta la vigencia del numerus apertus de derechos reales en nuestro sistema».

de superficie se pacta para la construcción y explotación de parques eólicos y fotovoltaicos por una duración igual o superior a la de la vida útil de las instalaciones, evitando al propietario del suelo el tener que asumir dicha carga, y siendo las partes libres para pactar cuantas reglas consideren oportunas en cuanto a la propiedad y destino de los materiales que resulten de la demolición<sup>32</sup> así como en cuanto a la posibilidad de compensar<sup>33</sup> al superficiario por los gastos de demolición. De ahí, precisamente, la referencia que hace el artículo 54.5 TRLSRU a la posibilidad de pactar «*normas sobre la liquidación del régimen del derecho de superficie*», que suponen una remisión directa al régimen de la liquidación del estado posesorio contenida en los artículos 451 ss. CC<sup>34</sup>. En el ámbito concreto de los parques eólicos, pero con fundamentos igualmente extrapolables a los parques fotovoltaicos, Bernad Mainar<sup>35</sup> entiende que se suele pactar contractualmente la atribución del *ius revertendi* al dueño del suelo agrícola, que incluye la obligación del superficiario de retirar, a su costa, las instalaciones y edificaciones de su propiedad ubicadas en el parque eólico en un plazo máximo desde la fecha de extinción del derecho de superficie, con el objetivo de permitir al propietario de la finca su explotación.

#### 1.4. Los requisitos formales de constitución del derecho de superficie

Finalmente, también han sido objeto de debate entre las posiciones monistas y dualistas los requisitos formales que debe reunir el derecho de superficie para entenderse válidamente constituido. El artículo 53.2 TRLSRU indica que «*para que el derecho de superficie quede válidamente constituido se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad*»<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> En la actualidad, las aspas de las turbinas de los parques eólicos están hechas con unos materiales que son difíciles de reciclar: <https://www.enelgreenpower.com/es/historias/articulos/2020/08/treinta-anos-eolico>. Última consulta: 8 de noviembre de 2023.

<sup>33</sup> BLANQUER UBEROS, 2007, p. 127.

<sup>34</sup> Si bien, la generalidad con la que se enuncia esta posibilidad podría permitir entender igualmente que es la propia Ley del Suelo la que contempla el carácter no necesario de la reversión de lo construido al dueño del suelo una vez extinguido el derecho de superficie, pues los posibles pactos relativos a la liquidación del régimen del derecho de superficie no tienen por qué limitarse a cuestiones relacionadas con la posesión, pudiendo abarcar también aspectos relativos a la propiedad.

<sup>35</sup> BERNAD MAINAR, *RIDR*, 2021, p. 226.

<sup>36</sup> BLANQUER UBEROS, 2007, p. 102, indica, respecto del Proyecto de la Ley del Suelo de 2008 (que, en este punto, es idéntico en su redacción a la contenida en la vigente Ley del Suelo), que «*es más apropiado, que el contenido del Proyecto, el régimen formal de constitución y de publicidad en perjuicio y a favor de terceros de buena fe contenido en el Libro Quinto del Código Civil de Cataluña*». Sobre este régimen, *vid.*, DEL POZO CARRASCOSA, VAQUER ALOY y BOSCH CAPDEVILLA, 2023, p. 376.

Sin embargo, los defensores de la tesis dualista consideran que esta exigencia únicamente puede operar en relación con el derecho de superficie urbanística, pero no cuando se trata de un derecho de superficie urbana común respecto del que sería de aplicación el régimen general de los contratos que se contiene en los artículos 1278 a 1280 CC<sup>37</sup>. Esta idea ha sido mantenida también por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, en la sentencia de 15 de junio de 1984 (RJ 1984\3243) estableció que «*el derecho de superficie, habida cuenta de su singular y específica naturaleza (...) no puede por menos de reconocerse tiene una singularidad diferenciable del censo enfiteúutico, si se constituye por tiempo indefinido, y del arrendamiento, si es por tiempo limitado a los que se vino asimilándola (sic), que conduce a que no requiera su necesaria constitución a medio de escritura pública, o sea a modo “ad solemnitatem”, salvo concretos supuestos en que así se establezca como vino siendo en normativa referida a Ley del Suelo, rigiendo en consecuencia cuando esta exigencia no venga legalmente establecida, cual sucede en el presente caso, por las reglas generales que al respecto establecen los arts. 1278, 1279 y 1280 del C. Civ., y por tanto por el principio espiritualista de la libertad de contratación*»<sup>38</sup>.

Esta idea se repite con posterioridad en la sentencia 1110/2002, de 26 de noviembre (RJ 2002\9935), al afirmar que «*no ha llegado a exigirse por esta Sala, para la creación entre particulares de un derecho de superficie, la inscripción registral del mismo con carácter constitutivo, precisamente en atención al principio espiritualista de libertad de contratación que proclama el artículo 1278 del Código Civil, según el cual –como recuerda la sentencia de 15 de junio de 1984– la eficacia de los contratos no depende de sus formas externas, sino de la concurrencia de las condiciones necesarias que para la validez de los mismos establece el artículo 1261 del mismo Cuerpo legal salvo que se trate de contratos estrictamente formales, en los que el requisito de*

<sup>37</sup> DE LA IGLESIA MONJE, 2000, p. 214.

<sup>38</sup> En términos cercanos se había pronunciado ya con anterioridad en la sentencia de 1 de febrero de 1979 (RJ 1979\420), en la que estableció que «*es manifiesto que aun sin generalizar la exigencia formal de la escritura pública y la inscripción en el Registro ordenada como constitutiva en el art. 172, párr. 2.º, de la Ley sobre Régimen del Suelo –refundición aprobada por R. D. de 9 de abril de 1976 y en el artículo 16, ap. 1.º, del Regl. H., teniendo en cuenta que el Fuero Nuevo navarro no establece una forma determinada, en todo caso será indispensable una inequívoca declaración de voluntad de los contratantes para dar por constituido el derecho de superficie (...) y por ello si en criterio general de la doctrina científica el derecho de superficie, en cuanto significa desmembración o grave limitación del dominio y constituye una verdadera excepción al principio aedificium solo cedit consagrado en el artículo 358 del C. Civ., ha de ser objeto de categórica constitución y no puede presumirse, en el mismo sentido la sentencia de este Tribunal de 4 de julio de 1928 tiene proclamado que para reconocer la existencia legal de dicho derecho, es menester que se demuestre con la escritura de creación o con algún otro documento justificativo*».

*forma es exigible “ad substantiam” y no solamente “ad probationem”*». En efecto, la citada sentencia, tras explicar la posición mantenida por la tesis monista y por la dualista, afirma no compartir «*la tesis de la sentencia recurrida, contraria a la admisión de la existencia de esa dualidad de posibilidades o versiones del derecho de superficie, cada una de ellas con su propio régimen jurídico*», debiendo a estos efectos «*concederse especial relevancia a la diversa naturaleza de los sujetos que en cada caso intervienen, de la actuación que los mismos desarrollan y de las finalidades que por ellos se persiguen*», diversidad que explica la subsistencia de una normativa diferente. En atención a lo anterior, concluye afirmando que «*la operación concertada por la Asociación de Propietarios recurrente y el actor, al no rebasar la esfera de los intereses particulares de una y otro, no se hallaba sujeta a la exigencia de inscripción registral constitutiva que para que el derecho de superficie alcance existencia y eficacia jurídica, establece la Ley del suelo, pues ésta no es aplicable al supuesto aquí debatido, ya que los intervinientes en el mismo no son los destinatarios de dicha norma*».

Este criterio flexibilizador que adopta el Tribunal Supremo se ve reforzado con la sentencia 773/2013, de 10 de diciembre (RJ 2014\355), al establecer que los preceptos imperativos de la entonces vigente Ley del Suelo constituían una importante excepción al principio de libertad de contratación y al principio de autonomía de la voluntad privada que sólo podían encontrar justificación en aquellas ocasiones o para aquellos supuestos en que se hallaran en juego finalidades de interés público, como sucede cuando la Administración decide utilizar el derecho de superficie como instrumento de intervención en el mercado del suelo. Sin embargo, consideraba que carecían del menor fundamento para ser impuestos en las relaciones contractuales entre particulares que no buscan la consecución de finalidades sociales, sino auténticamente privadas, lo que justificaba no exigir, para la creación entre particulares de un derecho de superficie, la inscripción registral del mismo con carácter constitutivo, precisamente en atención al principio espiritualista de libertad de contratación que proclama el artículo 1278 del Código Civil. Y ello, aun cuando en el caso enjuiciado intervino una administración pública en la constitución del derecho de superficie; pero al hacerlo como superficiaria, y no como constituyente del derecho de superficie para intervenir en el mercado del suelo y promover la construcción de viviendas, consideró el Tribunal que no era aplicable la regulación de los requisitos formales contenida en la Ley del

Suelo para el derecho de superficie urbanístico. No obstante, la invisibilidad del derecho de superficie, que no permite al eventual adquirente de un terreno saber, a simple vista, si las instalaciones son propiedad del dueño del suelo o si, por el contrario, lo son de un tercero en virtud de un derecho de superficie<sup>39</sup>, debería ser motivo suficiente para justificar el carácter constitutivo de la inscripción en el Registro de la Propiedad<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> CÁMARA ÁGUILA, *RCDI*, 1998, p. 1661.

<sup>40</sup> Sobre este asunto ya me pronuncié hace más de una década, en relación con la regulación contenida en la ya derogada Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo, en TRUJILLO CABRERA, 2008, p. 30, cuando indicaba que «el titular de un derecho de superficie tiene la potestad directa e inmediata sobre el suelo y además sobre el suelo ajeno, pudiendo ejercer la posesión y así satisfacer su interés principal, que es el edificar y mantener la edificación superficiaria. De manera que, aún sin contacto directo con el suelo ajeno, existe su posesión, a través del título. La situación del superficiario es semejante a la de un poseedor mediato del suelo ajeno, del cual el propietario del mismo es poseedor inmediato. Pero es que el superficiario puede demostrar la posesión del suelo ajeno no materialmente, ya que no ha edificado aún, sino a través del artículo 438 del Código civil, esto es, a través de la traditio ficta, pues el que no haya materialización de la posesión durante un corto período de tiempo no significa que no haya inmediatez de la tradición posesoria. Al igual que, una vez que ha construido el superficiario y no posee materialmente su propiedad superficiaria, no debe pensarse que la misma, sin más, pertenece al dueño del suelo. Y ello porque en ambos casos aquél está legitimado como poseedor para proteger su posesión mediante los interdictos, ya sea para mantener su situación posesoria, ya sea para la restauración de la misma si le ha sido despojada. Por eso, puede afirmarse que existe “cierta” publicidad posesoria. Sin embargo, no es apariencia posesoria suficiente, sobre todo a efectos de terceros, ni desde la perspectiva del superficiario en relación con la superficie en el período que transcurre desde que se le concede el derecho hasta que se procede a la edificación, pues aunque durante dicho período efectivamente es titular del tal derecho, sin embargo esa titularidad no se exterioriza en forma alguna que pueda ser conocida por terceros; ni desde la perspectiva del concedente, porque cuando el superficiario ya ha edificado se podría creer que éste es el dueño tanto del suelo como de lo edificado, pues aplicando a la inversa la regla de “superficie solo cedit” el titular del edificio es aquél que es titular del suelo. Por ello, porque el tercero tiene que conocer la existencia del derecho en estos supuestos de inmaterialidad, es por lo que la regulación contenida en el TRLS debía entenderse en el sentido de considerar que la inscripción del derecho de superficie era “requisito constitutivo de su eficacia”». De esta opinión también, GARCÍA GARCÍA, 1988, p. 578, cuando afirmaba que «no hay ninguna razón urbanística ni de la Ley de Montes Vecinales en mano común para establecer la inscripción constitutiva del derecho de superficie. La única razón tiene que ser la inmaterialidad del derecho de superficie, que exige que tenga una publicidad registral para su constitución, con independencia de la modalidad de que se trate». Por ello, afirmé en TRUJILLO CABRERA, 2008, p. 32, que «la eficacia del derecho de superficie respecto de terceros es trascendental para el dueño del solar, que pierde el derecho a edificar a cambio de una contraprestación que se dilata en el tiempo, lo que le hace más débil respecto del superficiario. De ahí que deba reforzarse la oponibilidad de su derecho respecto de los embargos, las hipotecas y otros actos dispositivos posteriores que puedan ventilarse respecto del patrimonio del superficiario. En definitiva, la inscripción del derecho de superficie en el Registro robustece la situación económica y jurídica del propietario del solar, que es la parte débil de la relación y le protege de posibles confabulaciones entre el superficiario y los terceros, y de los derechos que se constituyan sobre el derecho de superficie (...). No es la escritura la que protege al propietario, sino la eficacia ofensiva y defensiva de la fe pública registral. En definitiva, como explicaba la Exposición de Motivos de la Ley 22/2001, la protección del dominio del solar y del derecho de superficie se resuelve con la técnica de la inoponibilidad y –añade la doctrina– ésta la determina la inscripción de los pactos en el Registro». Un análisis más detallado sobre la cuestión se puede ver en DE SALAS MURILLO, 2008, pp. 1481 ss., especialmente pp. 1487 ss.

## 1.5 La inscripción en el Registro de la Propiedad

En cualquier caso, a los efectos que aquí interesan, lo cierto es que en todos los supuestos en los que un parque eólico o fotovoltaico se constituya por medio de un derecho de superficie y se pretenda su inscripción en el Registro de la Propiedad la escritura pública deviene un requisito *sine qua non*<sup>41</sup>. Su acceso registral viene habilitado por el artículo 2.2.º LH, a cuyo tenor «*en los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán: (...) Segundo. Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales*», categoría en la que sin duda alguna se enmarca el derecho de superficie, como viene a recordar el artículo 107 LH al referir, entre los derechos que son susceptible de hipoteca, los «*de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real*».

Evidentemente, y por exigencias del artículo 7, párrafo 2.º, LH, la inscripción del derecho de superficie requiere la previa inmatrici-

---

<sup>41</sup> La ya citada Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de abril de 2010 (RJ 2010\2740) establece en este punto que «*no existe duda alguna sobre la necesidad de escritura pública. El artículo 40.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo establece que para que el derecho de superficie quede válidamente constituido se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad. (...) Por otro lado, al margen de que no es admisible que se inscriba un derecho sin que conste el consentimiento del titular que lo adquiere y que, a cambio, asume una serie de obligaciones, resulta indiscutible que el documento pertinente para esta formalidad es la escritura pública*», incluso en aquellos casos en que la constitución del derecho de superficie derive de su concesión por la Administración, no siendo título suficiente para la inscripción el correspondiente certificado del acuerdo de la entidad concedente. Respecto de la necesidad de la escritura pública para la válida constitución del derecho, también, Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de septiembre de 2016 (RJ 2016\4615), para la que «*tampoco resulta admisible su afirmación de que «el derecho de superficie se constituye de facto previamente al inicio de la construcción, y cualquier título que contravenga este hecho no refleja la realidad de lo acordado entre las partes*», puesto que como se ha expresado el derecho de superficie exige su formalización en escritura e inscripción en el Registro de la Propiedad». E, igualmente, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de septiembre de 2016 (RJ 2016\4615). También lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como puede verse, por todas, en su Sentencia 140/1993, de 23 de febrero (RJ 1993\1223), en la que se indica que «*de seguirse ese razonamiento no podría reconocerse en el ordenamiento jurídico la existencia del derecho de vuelo, que es el derecho a edificar sobre lo ya edificado, y, sin embargo, el art. 16.2 del Reglamento Hipotecario lo hace y regula su inscripción, que no es constitutiva como en el derecho de superficie sino declarativa simplemente*». En contra, RIVERO HERNÁNDEZ, 2019, p. 934, para quien «*en el caso de que no se cumplan esos requisitos [la exigencia de escritura pública y su inscripción en el Registro de la Propiedad] no habrá surgido el derecho de superficie como derecho real, pero, a menos que en el contrato se excluya o resulte una voluntad contraria, puede tener valor obligacional*». En el mismo sentido ya se manifestaba FOSAR BELLLOCH, ADC, 1958, p. 857, al afirmar que «*antes de ésta [de la inscripción] existirá una simple obligación o a lo sumo una vocación al derecho real, pero nunca este último*».

culación de la finca sobre la que dicho derecho se constituye<sup>42</sup>, sin perjuicio de que tal derecho de superficie pueda abrir folio real independiente durante toda su vigencia<sup>43</sup>, como ya desde hace tiempo fijó la Dirección General de los Registros y del Notariado en su resolución de 27 de octubre de 1947 (RJ 1947\1480) al afirmar que se trata de un «derecho a tener una construcción en predio ajeno [que] reviste el carácter de finca, en virtud de una ficción legal, cuya inscripción en el Registro de la Propiedad deberá practicarse no sólo en las hojas destinadas al inmueble sobre el que recaiga, sino también en folios propios e independientes»<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> No es aplicable, en este caso, el artículo 377 RH, en cuya virtud «en el caso de hallarse separados el dominio directo y el útil, la primera inscripción podrá ser de cualquiera de estos dominios; pero si después se inscribiese el otro dominio, la inscripción se practicará a continuación del primeramente inscrito». En este sentido, se conviene con DE LA IGLESIA MONJE, 2000, p. 318, en que, a pesar de la comparación histórica entre derecho de superficie y enfiteusis, el precepto transcrito no puede aplicarse análogicamente a los casos de aquel, pues la naturaleza jurídica de una y otra figura son diferentes: en el derecho de superficie la propiedad superficiaria y la propiedad del suelo recaen sobre objetos diferentes, aunque se encuentren enlazados precisamente por ese suelo, mientras que en el caso de la enfiteusis tanto el dominio útil como el dominio directo recaen sobre el mismo objeto.

<sup>43</sup> En este sentido, recuerda la citada Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de febrero de 2012 (RJ 2012\5948), que «es innecesario que la formación de la nueva finca deba estar precedida de segregación en sentido estricto de la finca constituida por el inmueble sobre cuya porción se constituye el derecho, o que la nueva finca sea en verdad totalmente independiente de esta otra finca originaria. Por el contrario, en el folio de la finca en la que figura la edificación sobre la que recae el derecho constituido –la nave, en el presente caso– debe seguir constando el dominio con su natural alcance en profundidad (sin mermas sectoriales), si bien debe expresarse en el mismo folio la limitación que para tal dominio implican los derechos que otros tienen sobre dicha unidad. En resumen, no hay propiamente segregación, sino afectación de determinada parte de la finca (la cubierta de la nave); y el nuevo folio sirve para completar el historial de las limitaciones que sufre el dominio de esa finca originaria. En definitiva, para la inscripción del derecho de superficie constituido en el presente caso –sobre la cubierta de determinada nave industrial que se describe íntegramente– no es necesaria la segregación o individualización a que se refiere el Registrador en su calificación, ya que cumple las exigencias derivadas del principio de especialidad y de la concreta regulación legal en esta materia (artículos 9 y 30 Ley Hipotecaria y 51 Reglamento Hipotecario), al constar suficientemente definida la finca cuyo acceso al Registro de la Propiedad se pretende, de modo que conforme a lo anteriormente expuesto resulta compatible con la claridad y certeza que debe presidir la regulación de los derechos reales y el desenvolvimiento de la institución registral». En sentido similar, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de junio de 2012 (RJ 2012\10061) dispone que «no puede afirmarse que estemos en presencia de un negocio equiparable al de parcelación urbanística: si se tiene en cuenta que la constitución de un derecho de superficie en los términos expresados, aunque implique una división del aprovechamiento de las fincas sobre que se constituye, carece de carácter permanente pues viene determinado por la duración temporal del derecho y que por otro lado aunque existe división de aprovechamiento no se hace de modo exclusivo pues, salvado el contenido propio del derecho del superficiario, el propietario mantiene facultades de uso y aprovechamiento sobre la porción respecto de la que se constituye el derecho, es forzoso concluir que no estamos ante un supuesto equiparable al previsto legalmente de parcelación». Este es el parecer también de la Dirección General de Derechos y Entidades Jurídicas. Vid., en este sentido, la Resolución de la Dirección General de Derechos y Entidades Jurídicas de 9 de octubre de 2014 (JUS/2424/2014) y ANDERSON, *InDret*, 2015, pp. 10 ss.

<sup>44</sup> Así, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de febrero de 2012 (RJ 2012\5948) dispone que «la dualidad propiedad del suelo-propie-

Finalmente, conviene recordar que, transcurrido el plazo de duración del derecho de superficie, el concedente puede solicitar la cancelación de la inscripción sin requerir el consentimiento del superficiario o la intervención judicial<sup>45</sup>, sin perjuicio de que también pueda operar la cancelación *ex* artículos 82.2 LH y 177.1 de su reglamento.

## 2. EL DERECHO DE VUELO

### 2.1 Concepto y naturaleza jurídica

El artículo 16.2 RH establece la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad «*el derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes, que, sin constituir derecho de superficie, se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero*». La ausencia de cualquier otra referencia normativa específica, tanto en el Código Civil como en la legislación hipotecaria<sup>46</sup>, ha llevado a la doctrina a considerar que es posible configurar el régimen jurídico del derecho de sobre y subedificación mediante la aplicación analógica de la superficie urbana (teniendo en cuenta, eso sí, las diferencias existentes entre ambas figuras) y aprovechando la regulación contenida en los artículos 567-1 a 567-6 CCC –en la que recibe el nombre de derecho de vuelo–, de la que se pueden extraer criterios normativos y elementos de juicio útiles para el Derecho común<sup>47</sup>.

---

*dad del vuelo o subsuelo va a definir un régimen jurídico específico cuando afecte a una porción de finca que lo diferencia claramente del resto y que exige una publicidad específica. Durante el plazo de duración del derecho de superficie es el dueño del vuelo o subsuelo el que va a ejercitar el máximo contenido de poder sobre lo edificado. Mientras esté vigente, lo prevalente en su contenido es el dominio sobre lo edificado; el carácter de goce sobre suelo ajeno permanece subordinado a ese fin principal. No existe, en consecuencia, razón alguna que impida la apertura de folio independiente a la porción afectada por este derecho existiendo razones jurídicas y económicas suficientes para ello. Las necesidades de las relaciones económicas exigen que sea reconocida, como posible objeto autónomo de derechos reales –y que, por tanto, pueda abrir folio registral–, la unidad inmobiliaria que, aunque está formada por determinada porción de una finca, es susceptible de aprovechamiento autónomo (...). Estas ideas básicas exigen que se abra folio autónomo a la unidad material –de suelo o de edificación– que resulta ser objeto unitario de un derecho de contenido hasta cierto punto análogo al dominio útil».*

<sup>45</sup> Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de diciembre de 2005 (RJ 2006\3890).

<sup>46</sup> ARNAIZ EGUREN, 2015, p. 618. De «escasa claridad normativa, por no decir inseguridad jurídica» hablan GINER GARGALLO y CLAVELL HERNÁNDEZ, 2008, p. 1602.

<sup>47</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, 2019, p. 974.

De esta manera, el artículo 567-1 CCC define al derecho de vuelo como «*el derecho real<sup>48</sup> sobre un edificio o un solar edificable que atribuye a alguien la facultad de construir una o más plantas sobre el inmueble gravado y hacer suya la propiedad de las nuevas construcciones*». El derecho de vuelo presenta, por tanto, una finalidad muy cercana a la del derecho de superficie<sup>49</sup>, si bien varias son las diferencias que tradicionalmente se ha considerado que existen entre ambas figuras<sup>50</sup>: 1) mientras que el derecho de vuelo puede recaer sobre un edificio o sobre un solar (y subyace, por tanto, la idea de edificar), el derecho de superficie no solo puede hacerlo sobre construcciones sino también sobre plantaciones (con

---

<sup>48</sup> La consideración del derecho de vuelo como un *iura in re aliena* o como un derecho de propiedad no ha sido pacífica ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. Así, mientras que la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1988 (RJ 1988\5601) considera el derecho de vuelo como una parte del derecho de propiedad, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1991 (RJ 1991\9598), lo configura como un derecho real que recae sobre cosa ajena. No obstante, como bien indica ALONSO PÉREZ, 2000, p. 229, «*una vez realizada la sobre o subedificación, todos convienen en afirmar que su titular adquiere un derecho de propiedad separado sobre lo construido, además de una cuota parte del solar*». Por su parte, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de febrero de 2015 (RJ 2015\1217) considera que «*el derecho de vuelo es un derecho real sobre cosa ajena, con vocación de dominio, por el que su titular tiene la facultad de elevar una o varias plantas o de realizar construcciones bajo el suelo, adquiriendo, una vez ejercitado, la propiedad de lo construido*». Para GINER GARGALLO y CLAVEL HERNÁNDEZ, 2008, p. 1605, la redacción del artículo 567-1 CCC no ofrece prácticamente ninguna base para seguir discutiendo al respecto.

<sup>49</sup> Pero sin que pueda en ningún caso confundirse con él [Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 164/2006, de 22 de marzo (JUR 2006\148635)] o considerarse una subespecie [Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife 212/2006, de 14 de junio (JUR 2006\259110)]. No obstante, la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra los regula a ambos en un mismo título (el título V del libro III, que lleva por rúbrica «*Del derecho de superficie y otros derechos similares*»).

<sup>50</sup> Como indica la Exposición de Motivos de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales «*la regulación del derecho de vuelo (...) es nueva y tiene por objetivo delimitar con claridad la distinción entre los derechos de superficie, que comportan la propiedad separada de forma temporal, y este, que (...) comporta una división definitiva de la propiedad*». Vid., especialmente, ALONSO PÉREZ, 2000, p. 259, y bibliografía allí citada. Bastante clara es la Resolución de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas (actualmente, Dirección General de Derecho, Entidades Jurídicas y Mediación) de 1 de diciembre de 2010 (JUS/4284/2010), a cuyo tenor «*la regulación del Código civil de Cataluña comporta novedades remarcables en relación con la normativa anterior que la doctrina ha señalado sobradamente, como la distinción clara entre derecho de vuelo y derecho de superficie. El ejercicio del primero por su titular comporta necesariamente el establecimiento de un régimen de propiedad horizontal y la adquisición, a perpetuidad, de la propiedad de lo construido. El ejercicio del segundo no comporta el régimen de la propiedad horizontal y la propiedad que adquiere el titular cuando construye es resoluble por naturaleza, por lo que revertirá en el propietario del inmueble gravado con la superficie una vez transcurrido el plazo convenido que no puede exceder de los 99 años. La superficie puede gravar cualquier tipo de fincas, rústicas o urbanas, y puede tener por objeto edificaciones futuras, edificaciones ya existentes o plantaciones. El derecho de vuelo, en cambio, se configura esencialmente como un derecho urbano porque presupone la existencia de un edificio o solar edificable y unas obras de sobreelevación, subedificación o edificación futuras o previstas que, una vez realizadas, llevarán al régimen de la propiedad horizontal y a la adquisición por el titular de lo construido*» (la traducción es propia).

una finalidad de siembra, y no necesariamente de edificación); 2) el derecho de vuelo requiere que su titular efectivamente construya<sup>51</sup>, mientras que el derecho de superficie se puede constituir sobre edificaciones ya existentes; 3) la propiedad sobre lo edificado que deriva del derecho de vuelo es permanente<sup>52</sup>, mientras que la que deriva del derecho de superficie es temporal<sup>53</sup>; 4) el derecho de vuelo comporta una separación permanente entre la edificación y el suelo<sup>54</sup>, pero que necesariamente lleva aparejada la copropiedad de este, separación que en el derecho de superficie tiene carácter temporal (y que en ningún caso comporta copropiedad del suelo<sup>55</sup>); y 5) la propiedad superficiaria se extingue con la extinción del derecho de superficie, cosa que no sucede con el derecho de vuelo<sup>56</sup>.

En cualquier caso, la posibilidad de recurrir al derecho de vuelo como mecanismo jurídico que soporte la construcción de un parque eólico o fotovoltaico y su posterior incorporación al Registro de la Propiedad requiere, como paso previo, dar respuesta a dos preguntas: si es posible constituir este derecho directamente sobre el suelo del inmueble o, por el contrario, sólo cabe para elevar plantas sobre un edificio ya construido; y, en caso afirmativo, si dicha construcción puede hacerse únicamente en suelo urbano o si también sería posible en suelo rústico.

## 2.2 El derecho de vuelo para construir directamente sobre el suelo

De la lectura del arriba transcrito artículo 16.2 RH parece derivarse que la constitución de un derecho de vuelo requiere necesariamente de la preexistencia de un edificio sobre el que se proceda a «*elevar una o más plantas (...) o (...) realizar construcciones*

<sup>51</sup> GINER GARGALLO y CLAVELL HERNÁNDEZ, 2008, p. 1633.

<sup>52</sup> Así, Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de febrero de 1986 (RJ 1986\1006) y de 3 de septiembre de 2012 (RJ 2012\10394). No obstante, ALONSO PÉREZ, 2000, p. 310, entiende que no existe obstáculo alguno de Derecho positivo que impida la temporalidad de la situación creada como consecuencia del ejercicio de los derechos de sobre o subedificación.

<sup>53</sup> ALONSO PÉREZ, 2000, p. 199. En cualquier caso, ya se indicó más arriba que este no parece ser, en la actualidad, un problema determinante que condicione el uso de una u otra figura a la hora de servir como fundamento para la instalación de un parque eólico o fotovoltaico y su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad.

<sup>54</sup> Si bien, en puridad, lo que se produce es una situación de copropiedad del suelo. *Vid.*, ALONSO PÉREZ, 2000, p. 229; y DEL POZO CARRASCOSA, VAQUER ALOY y BOSCH CAPDEVILLA, 2023, p. 484.

<sup>55</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, 2019, p. 971. *Vid.*, también, ALONSO PÉREZ, 2000, p. 176; GINER GARGALLO y CLAVELL HERNÁNDEZ, 2008, p. 1604; y ARNAIZ EGUREN, 2015, p. 380.

<sup>56</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, 2019, p. 972.

bajo su suelo (...)»<sup>57</sup>. Esta ha sido, igualmente, la posición tradicionalmente defendida por la doctrina mayoritaria<sup>58</sup>, si bien han existido algunas voces que se han manifestado a favor de la posibilidad de constituir un derecho de vuelo sobre una finca sin edificar<sup>59</sup>, postura que ha sido igualmente compartida por alguna sentencia del Tribunal Supremo.

La redacción dada por el legislador catalán al artículo 567-1 CCC se incardina en esta segunda corriente favorable a la posibilidad de constituir un derecho de vuelo directamente sobre una finca en la que no existe edificación alguna que sobreelevar, constituyendo una novedad legislativa celebrada por la doctrina<sup>60</sup> que, sin embargo, parece alejarse de la opción elegida por el legislador navarro<sup>61</sup> al admitir la posibilidad de constituir el derecho de vuelo (Ley 435, párrafo primero, de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra) para conceder «a su titular la facultad de construir una o más plantas sobre un edificio o por debajo de éste, respectivamente, en un edificio ya existente o que se construyere con posterioridad», lo que implica que ese edificio sobre el que elevar las plantas siempre deberá existir, aunque pueda otorgarse el derecho antes de que se construya (pero entonces, su ejercicio quedará en suspenso hasta que dicha construcción se lleve a cabo)<sup>62</sup>.

Una configuración tan limitada del derecho de vuelo quizás pudo tener sentido cuando, con ocasión de la modificación llevada a cabo en el Reglamento Hipotecario por Decreto de 17 de marzo de 1959, se introdujo un precepto que regulaba, junto al derecho de superficie<sup>63</sup>, el derecho a edificar nuevas plantas sobre o por debajo de un edificio ya existente constituido en régimen de propiedad horizontal,

---

<sup>57</sup> FONT BOIX, *RDN*, 1967, p. 42, afirma que «el derecho de sobreelevación presupone una previa edificación, sin la cual no tendría sentido».

<sup>58</sup> Entre muchos otros, *vid.*, DE LA RICA Y ARENAL, 1959, p. 36; FONT BOIX, *RDN*, 1967, p. 42; y SOTO BISQUERT, *RCDI*, 1971, p. 933.

<sup>59</sup> Es el caso de BALLESTEROS ALONSO, *RCDI*, 1992, p. 2073; SANAHUJA I TOMÁS, *RJC*, 1972, p. 833; y ALONSO PÉREZ, 2000, p. 351. De la existencia de esta discusión doctrinal da noticia ARNAIZ EGUREN, 2015, p. 621.

<sup>60</sup> GINER GARGALLO y CLAVELL HERNÁNDEZ, 2008, p. 1606.

<sup>61</sup> De opinión contraria, GINER GARGALLO y CLAVELL HERNÁNDEZ, 2008, p. 1606, quienes consideran que «la regulación catalana se sitúa en la línea de la Compilación navarra».

<sup>62</sup> MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, 2002, p. 1454. En este mismo sentido, pero aplicando el régimen del Reglamento Hipotecario, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de febrero de 1986 (RJ 1986\1006), establece que «en el caso examinado no existe aún la planta baja sobre la que ha de recaer la sobreelevación, pero es indudable también –a la vista de la escritura calificada–, que no se constituye al tiempo del otorgamiento un derecho actual y perfecto, sino un derecho condicionado en su origen a la construcción de la planta baja».

<sup>63</sup> Si bien como ya es sabido, tal regulación fue anulada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001 (RJ 2001\1083), por entender que vulneraba el principio de reserva de Ley.

como forma de avanzar en la técnica de la división vertical del dominio consagrada en el artículo 396 CC y desarrollada posteriormente en la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, y contribuir, con ello, a la urbanización de los territorios. Pero lo cierto es que en la actualidad carece de sentido limitar la utilidad de la figura<sup>64</sup>, máxime cuando la configuración de *numerus apertus*<sup>65</sup> del sistema de derechos reales en nuestro ordenamiento jurídico permitiría constituir un derecho de vuelo directamente sobre el suelo, como ya expresamente prevé la legislación catalana<sup>66</sup>.

Distinto es que, al estudiar el régimen jurídico de los artículos 567-1 ss. CCC, la doctrina otorgue cierta relevancia a la edificabilidad del solar<sup>67</sup>, consideración esta que podría llevar a cuestionar la posibilidad de constituir un derecho de vuelo en suelo rústico. Sobre este aspecto me detendré a continuación, no sin antes apuntar que tal posibilidad aparece también contemplada en el artículo 30.3.º RH, en el que se recogen los datos que se deben hacer constar cuando se pretenda la inscripción de un «*derecho real de vuelo sobre fincas rústicas ajenas*», si bien es cierto que el propio precepto parece limitar tal posibilidad a «*la plantación o siembra en que consista*». Considero igualmente que esta limitación en cuanto al objeto del derecho de vuelo carece de sentido

<sup>64</sup> GINER GARGALLO y CLAVELL HERNÁNDEZ, 2008, p. 1609. Como bien indica AZNAR SÁNCHEZ-PARODI, 2021, p. 352, «*resulta simplista negar la posible creación de instituciones no previstas en el campo de los derechos reales de goce solo por el hecho de que uno no pueda imaginarse, en un momento dado, nuevas formas de aprovechamiento de los bienes*» por lo que «*existe la posibilidad, cada vez más frecuente en la práctica, de que los particulares creen nuevas figuras en este campo siempre y cuando se respeten los límites generales a los cuales hemos hecho alusión en otro punto de este trabajo (ley, moral, orden público)*». A ello cabe añadir, con SÁNCHEZ JORDÁN y GARCÍA GARCÍA, 2010, p. 635, que, en materia de derecho de vuelo, el principio de autonomía de la voluntad tiene operatividad plena.

<sup>65</sup> En este sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de febrero de 2007 (RJ2007\6139), recuerda que «*siguiendo el criterio trascendental de la citada Resolución de 5 de abril de 2002, el principio de accesión del dominio (artículo 353 del Código Civil) tiene excepciones, que pueden tener su origen en la voluntad del propietario (caso de la constitución de un derecho real de superficie, de un derecho real de vuelo o de subedificación) o en la propia Ley (limitaciones derivadas de la Ley de Minas, de Navegación Aérea, de Aguas, del Patrimonio Histórico). Entre esas excepciones, sin necesidad de articularlas por vía de un derecho de subedificación o de superficie, está la delimitación del suelo y el vuelo como objetos diversos en el tráfico jurídico, posibilidad ésta amparada en el principio general de libertad de creación de derechos reales –siempre que se respeten las exigencias esenciales o estructurales de nuestro sistema registral– existente en nuestro Derecho*».

<sup>66</sup> GINER GARGALLO y CLAVELL HERNÁNDEZ, 2008, p. 1607, afirman que «*esta opción del legislador es coherente con el hecho de que haya desvinculado el derecho de vuelo en relación con la propiedad horizontal*».

<sup>67</sup> GINER GARGALLO y CLAVELL HERNÁNDEZ, 2008, p. 1606, indican en este sentido que «*parece que la edificabilidad tiene que darse o existir en el momento de constitución del derecho de vuelo*». En el mismo sentido, GINER GARGALLO y CLAVELL HERNÁNDEZ, 2008, p. 1617, entienden que tal afirmación «*se desprende de la exigencia de que el solar sea edificable y del hecho de que lo que se cede es una facultad de construir que en otro caso no se tendría*».

hoy, y supone constreñir artificialmente una figura que, en otros ordenamientos jurídicos cercanos como el catalán, se regula ya en unos términos mucho más amplios.

### 2.3 El derecho de vuelo sobre suelo rústico

Con carácter general, tanto doctrina como jurisprudencia han coincidido tradicionalmente en considerar que el derecho de vuelo únicamente puede constituirse sobre un suelo urbano. En este sentido se manifiesta la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de febrero de 2015 (RJ 2015\1217) cuando afirma la necesidad de *«tener en cuenta que el derecho de vuelo es un derecho de carácter siempre urbano que no lleva consigo el deslinde de la propiedad del suelo y la del edificio, al contrario de lo que ocurre en el derecho de superficie. En el derecho de vuelo, por el contrario, la nueva planta construida se integra en un régimen de propiedad horizontal, de modo que el dueño de dicha planta es copropietario del suelo, al considerarse éste un elemento común»*. Derecho de vuelo, suelo urbano<sup>68</sup> y propiedad horizontal parecen ir siempre de la mano<sup>69</sup>, probablemente, como ya se indicó más arriba, fruto de ese sentido inicial que se otorgó a la institución como mecanismo concebido para favorecer el desarrollo de las ciudades<sup>70</sup>. Es lo que sucede, también, en la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, cuya Ley 439 impone que

<sup>68</sup> GOMEZA OLARRA, 2017, p. 1223;

<sup>69</sup> ALONSO PÉREZ, 2000, p. 254. Mantiene la misma opinión GARRIDO PALMA, RDN, 1969, p. 141, quien en nota a pie 93 afirma que *«a nuestro parecer, el instituto [el derecho de vuelo] no puede estudiarse como algo aislado, sino en relación con la Superficie y la Propiedad Horizontal; ello porque el primero carece de propia sustantividad, autonomía jurídica»*. En sentido similar, FONT BOIX, RDN, 1967, p. 50, para quien *«hay que pensar en que el derecho de vuelo acaba necesariamente, como vamos a ver, en una propiedad horizontal sobre un piso»*; y MATHEU DELGADO, 2011, p. 289, donde afirma que *«los derechos reales limitados de vuelo y subsuelo no los podemos concebir sin el régimen de propiedad especial de casas por pisos y locales, que el artículo 396 CC enuncia, y que se concreta en el denominado régimen de propiedad horizontal»*. Igualmente, puede consultarse también la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de septiembre de 2012 (RJ 2012\10394), en la que se afirma que *«el derecho de vuelo se concreta en un dominio perpetuo sobre la obra ejecutada y sujeto al régimen de propiedad horizontal por conllevar titularidad sobre los elementos comunes»*.

<sup>70</sup> La Resolución de la Dirección General del Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña de 1 de diciembre de 2010 (JUS/4284/2010) señala que *«el derecho de vuelo es un instrumento que contribuye, pues, a que se ejecuten efectivamente las previsiones del Plan de Ordenación Urbanística Municipal y facilita un incremento del parque de viviendas optimizando las previsiones urbanísticas»*, motivo por el cual *«el derecho de vuelo (...) se configura esencialmente como un derecho urbano porque presupone la existencia de un edificio o un solar edificable y unas obras de sobreelevación, subedificación o edificación futuras o previstas que, una vez realizadas, llevarán al régimen de la propiedad horizontal y a la adquisición por el titular de aquello que ha construido»*. Puede verse, en este sentido, FONT BOIX, RDN, 1967, p. 9.

las construcciones realizadas en ejercicio del derecho de vuelo se constituirán en régimen de propiedad horizontal con el resto del edificio, si bien ello seguramente se deba al hecho de que la Ley 435, como ya se ha indicado, conciba este derecho únicamente para construir una o más plantas sobre un edificio ya existente o que se construya con posterioridad<sup>71</sup>.

Lo cierto, sin embargo, es que el derecho de vuelo no está llamado ya, al menos únicamente, a cumplir esa función social de satisfacción de las necesidades de vivienda, sino que puede servir para satisfacer intereses o necesidades diferentes<sup>72</sup>. Desde la perspectiva de la construcción de parques eólicos y fotovoltaicos, el vuelo entendido exclusivamente como la posibilidad de construir sobre un edificio existente y configurar así una propiedad horizontal puede tener sentido respecto de los segundos, pero no respecto de los primeros. En efecto, no parece haber problema alguno en admitir la posibilidad de construir parques fotovoltaicos sobre edificios construidos en suelo urbano, valiéndose para ello del derecho de vuelo, y configurándose, al ejercerse tal derecho y llevarse a cabo la construcción permitida, una situación de propiedad horizontal<sup>73</sup>. De esta manera sería posible que los propietarios de un inmueble, esté o no constituido en propiedad horizontal, puedan ceder a una empresa el derecho de vuelo sobre la cubierta del edificio para proceder a instalar sobre ella un parque fotovoltaico, bien a cambio de un precio, bien a cambio del posterior suministro de parte de la energía producida para abastecer al edificio a un precio reducido, bien mediante cualquier otro tipo de contraprestación o, incluso, gratuitamente. Ejercitado el derecho de vuelo y concluida la instalación, sobre el edificio se constituiría un régimen de propiedad horizontal (o se ampliaría el ya existente) en el que tal empresa contribuiría a los gastos comunes en atención a su cuota de participación en la comunidad.

Pero esta opción no resulta posible cuando de la instalación de parques eólicos se trata, pues por su propia configuración y tamaño no se pueden construir aerogeneradores sobre la cubierta de un edifi-

<sup>71</sup> MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, 2002, p. 1454.

<sup>72</sup> GINER GARGALLO y CLAVELL HERNÁNDEZ, 2008, p. 1609.

<sup>73</sup> Recuerda en este punto la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 13 de marzo de 2020 (RJ 2020\2983) que «*es necesario cumplir los requisitos legales para la constitución del derecho de vuelo objeto de transmisión. Efectivamente, para desafectar y disponer del derecho de vuelo, es necesario acreditar el consentimiento de la comunidad de propietarios actuales, adoptado por unanimidad (...) siempre que contase con las licencias urbanísticas oportunas*». En relación con los requisitos para la válida constitución del derecho de vuelo en el ámbito de un edificio en régimen de propiedad horizontal, con pleno respeto al principio de especialidad registral, pueden verse también las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 26 de junio de 2023 (BOE de 14/07/2023) y de 26 de julio de 2023 (BOE de 28/09/2023), así como la Sentencia del Tribunal Supremo 389/2009, de 27 de mayo (RJ 2009\3047).

cio. Y lo cierto es que tampoco parece adecuado instalar tales aerogeneradores sobre el suelo urbano: de un lado, porque para el correcto funcionamiento de los rotores de los aerogeneradores es necesario que el viento llegue con una potencia determinada, potencia que sin duda se verá minorada cuantos más edificios se construyan en las inmediaciones de los aerogeneradores (por lo que construirlos en un núcleo poblacional puede suponer limitar las posibilidades de crecimiento de dicho núcleo); y, de otro lado, por los problemas de compatibilidad que se generarían con otros usos cercanos, como las propias viviendas o los colegios. A ello habría que añadir, en tercer lugar, que el suelo urbano es la categoría de suelo con un mayor valor económico y, por tanto, el más costoso. ¿Puede admitirse, entonces, la constitución de un derecho de vuelo sobre suelo rústico?

En el ámbito del Derecho civil catalán, un sector de la doctrina considera que la regulación contenida en el CCC no implica que el derecho de vuelo tenga necesariamente carácter urbano<sup>74</sup> y que, pudiendo constituirse sobre un edificio, la inexistencia de una norma en contra lleva a entender que éste puede estar tanto en suelo urbano como en suelo rústico<sup>75</sup>. De la misma forma, entiende que el precepto tampoco obliga a que la nueva construcción se integre en un régimen de propiedad horizontal ni, por tanto, presupone la existencia de la misma, permitiendo que nazca entre las partes una situación de comunidad diferente<sup>76</sup>, como puede ser una copropiedad *pro indiviso*<sup>77</sup> sobre el suelo<sup>78</sup>. Lo que sí resulta absolutamente necesario es que se constituya una situación de comunidad, al menos sobre el suelo, pues no parece posible admitir la existencia de un derecho de propiedad sobre el espacio totalmente desvinculado de la propiedad del suelo<sup>79</sup>; de lo contrario, habría que deducir que las partes no han querido constituir un derecho de vuelo, sino una figura diferente<sup>80</sup>. Por tanto, respetando tal limitación, la cons-

<sup>74</sup> GINER GARGALLO y CLAVELL HERNÁNDEZ, 2008, p. 1604, aunque inexplicablemente luego parezcan contradecirse en GINER GARGALLO y CLAVELL HERNÁNDEZ, 2008, p. 1632.

<sup>75</sup> GINER GARGALLO y CLAVELL HERNÁNDEZ, 2008, p. 1605.

<sup>76</sup> GINER GARGALLO y CLAVELL HERNÁNDEZ, 2008, p. 1608, si bien es cierto que reconocen que, en la consideración tradicional del derecho de vuelo, «*la integración de la nueva construcción en una propiedad horizontal parece la opción más natural*» porque «*permite que sobre un mismo solar existan diferentes derechos de propiedad sobre diferentes partes del espacio público delimitado por la superficie del solar*». Como se apuntó más arriba, esta posibilidad no plantea problemas cuando se trata de la instalación de un parque de placas fotovoltaicas sobre la cubierta de un edificio.

<sup>77</sup> DEL POZO CARRASCOSA, VAQUER ALOY y BOSCH CAPDEVILLA, 2023, p. 487.

<sup>78</sup> ALONSO PÉREZ, 2000, p. 269.

<sup>79</sup> ALONSO PÉREZ, 2000, p. 269, considera que «*dicha posibilidad no la contempla nuestro Ordenamiento jurídico, ni la doctrina, ni la jurisprudencia quieren verla recogida en el Derecho positivo, seguramente en base a la inseguridad jurídica que la admisión de tal posibilidad podría generar*».

<sup>80</sup> GINER GARGALLO y CLAVELL HERNÁNDEZ, 2008, p. 1624.

titución de un derecho de vuelo sobre el suelo rústico<sup>81</sup> parece perfectamente admisible siempre que, como se verá más adelante, la legislación urbanística así lo permita.

## 2.4 Los requisitos formales de constitución del derecho de vuelo y su inscripción en el Registro de la Propiedad

La inexistencia de una regulación expresa, más allá de la mención de los artículos 16.2 y 30.3.º RH, respecto del derecho de vuelo, hacía necesario aplicar al mismo las reglas generales en materia contractual contenidas en el CC, de ahí que el Tribunal Supremo no sólo entendiera que el derecho de vuelo estaba sujeto al principio de libertad de forma del artículo 1278 CC<sup>82</sup>, sino que incluso admitía la posibilidad de su constitución mediante la prestación tácita del consentimiento<sup>83</sup>. Esta era, también, la posición de la doctrina<sup>84</sup>. A dicha libertad de forma había que añadir, además, la consideración de que la inscripción registral no era constitutiva<sup>85</sup>.

Por su parte, el CCC, al regular la constitución del derecho de vuelo en su artículo 567-2, dispone que «*el derecho de vuelo debe constar necesariamente en escritura pública*». La necesidad de la que habla el precepto ha sido entendida por la doctrina como un requisito *ad solemnitatem*<sup>86</sup>, si bien algunas voces han puesto de manifiesto que tal interpretación, además de ser mucho más riguro-

<sup>81</sup> No parece ser esta la opinión de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en cuya Resolución de 29 de agosto de 2023 (BOE de 12/10/2023) afirma que «*debe tenerse en cuenta que el derecho de vuelo es un derecho de carácter siempre urbano que no lleva consigo el deslinde de la propiedad del suelo y la del edificio, al contrario de lo que ocurre en el derecho de superficie. En el derecho de vuelo, la nueva planta construida se integra en un régimen de propiedad horizontal, de modo que el dueño de dicha planta es copropietario del suelo, al considerarse éste un elemento común*». Sin embargo, y a la vista de lo indicado con anterioridad, esta afirmación no parece sostenerse, toda vez que es posible la configuración de un régimen de copropiedad sin que ello implique necesariamente la integración en un régimen de propiedad horizontal.

<sup>82</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1990 (RJ 1990\5949).

<sup>83</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1979 (RJ 1979\1187).

<sup>84</sup> Por todos, ALONSO PÉREZ, 2000, p. 326.

<sup>85</sup> FONT BOIX, *RDN*, 1967, p. 55; SOTO BISQUERT, *RCDI*, 1971, p. 949; o BALLESTEROS ALONSO, *RCDI*, 1992, p. 2065, entre otros. También era el parecer del Tribunal Supremo, como puso de manifiesto en la ya citada Sentencia de 23 de febrero de 1993 (RJ 1993\1223), al confirmar «*la cancelación de la constancia en el Registro de la Propiedad del derecho de vuelo en favor del piso 2.º, en cuanto que no se ha practicado con los requisitos que exigía desde su reforma por Decreto de 17-3-1959 ( RCL 1959\437, 768 y NDL 18734) el ap. 2.º del art. 16 del Reglamento Hipotecario, y sin que ello implique que no ha existido tal derecho, dado que la inscripción en este caso no es constitutiva como en el derecho de superficie*».

<sup>86</sup> BADOSA COLL, 2007, p. 95; GOMEZA OLARRA, 2017, p. 1227, aunque lo hace sin ofrecer argumento alguno que justifique tal consideración: «*el requisito de escritura pública se entiende ad solemnitatem*»; GINER GARGALLO y CLAVELL HERNÁNDEZ, 2018, p. 1614; y DEL POZO CARRASCOSA, VAQUER ALOY y BOSCH CAPDEVILLA, 2023, p. 490, entre otros.

sa que la mantenida por el Tribunal Supremo, no parece razonable a la vista de que sólo tendría que ser necesaria a los efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, que no es constitutiva sino declarativa, de ahí que, en una interpretación sistemática con el artículo 1278 CC, consideren que se puede entender que se trata de un requisito *ad probationem*<sup>87</sup>. En cualquier caso, unanimidad doctrinal<sup>88</sup> y jurisprudencial<sup>89</sup> sí existe en cuanto a la consideración de que la inscripción, como ya se ha indicado, es meramente declarativa, únicamente a los efectos de su oponibilidad frente a terceros, que se produce también, aún sin inscripción, si los terceros tienen conocimiento de la existencia del derecho de vuelo (art. 567.3, *in fine*, CCC).

Finalmente, cabe plantearse si el derecho de vuelo es susceptible de ser inscrito como una entidad inmobiliaria independiente. Ninguna duda cabe que, una vez ejercitado el derecho y, por tanto, construido el parque eólico o fotovoltaico, dicha instalación podrá acceder al Registro de la Propiedad abriendo su propio folio registral. Tampoco parece problemático afirmar que, en tanto en cuanto esa instalación no se haya terminado, el derecho de vuelo, como *iura in re aliena* que es, se deberá hacer constar en el folio de la finca sobre la que se constituya, mediante la correspondiente inscripción. Menos clara resulta la posibilidad de que el derecho de vuelo, y no la construcción resultante, pueda configurarse como una entidad inmobiliaria susceptible de abrir folio independiente. Tal posibilidad parece descartable por exigencias del artículo 7.1 LH, que exige que la primera inscripción de cada finca sea de dominio<sup>90</sup>, pero lo cierto es que la Dirección General de los Registros y de Notariado ha admitido la posibilidad de abrir «*folio autó-*

<sup>87</sup> GINER GARGALLO y CLAVELL HERNÁNDEZ, 2018, p. 1615.

<sup>88</sup> *Vid.*, BADOSA COLL, 2007, p. 95; GINER GARGALLO y CLAVELL HERNÁNDEZ, 2018, p. 1626; y DEL POZO CARRASCOSA, VAQUER ALOY y BOSCH CAPDEVILLA, 2023, p. 492.

<sup>89</sup> Así, las ya citadas Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1993 (RJ 1993\1223), de 31 de enero de 2001 (RJ 2001\1083), y de 26 de noviembre de 2002 (RJ 2002\9935).

<sup>90</sup> Salvo que se considere, con SOTO BISQUERT, *RCDI*, 1971, p. 947, que el derecho de vuelo no es un derecho real limitado, sino un derecho de propiedad sobre el vuelo del inmueble. No es éste, sin embargo, el parecer de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en cuya Resolución de 21 de noviembre de 2002 (RJ 2003\3938), afirma que «*lo cierto es que aún configurado como derecho de vuelo (sin prejuzgar sobre si solo es posible el derecho de vuelo sobre edificio y no sobre un terreno) tampoco este derecho permite abrir folio propio en el Registro mediante el recurso de atribuirle número y cuotas actuales, independientes de los que le correspondan en él una vez construido, que por concurrir las mismas razones vistas respecto del elemento número cinco no responden actualmente a una propiedad privativa*»; esas razones a las que hace referencia la Resolución pasan por «*determinar un espacio dentro del suelo común, que se califica de privativo sin atribuirle función ni finalidad ni interés alguno protegido y con tal incongruencia respecto del título de adquisición de la propiedad privativa que se alega que es, según la propia escritura, la construcción “ab initio”*».

nomo a la unidad subterránea constituida por el volumen de subsuelo» por cuanto «no implica desconexión total con la finca de procedencia, ya que en el folio abierto a ésta se hará constar la configuración independiente del subsuelo desafectado, en forma hasta cierto punto análoga a la inscripción del dominio útil»<sup>91</sup>. Entiendo que tal consideración debería ser predicable también del vuelo, en cuanto que, como el subsuelo, forma parte igualmente de la misma finca física.

### 3. EL DERECHO DE APROVECHAMIENTO PARCIAL

#### 3.1 Concepto y naturaleza jurídica

Junto a derechos reales más tradicionales como los de usufructo, uso y habitación, han venido existiendo otros aprovechamientos de los que es susceptible una finca a favor de una o varias personas, que se han englobado tradicionalmente bajo el nombre de servidumbres personales<sup>92</sup> o, más recientemente, bajo el de derecho real de aprovechamiento parcial<sup>93</sup>, entendido como aquel que permite a su titular obtener algún tipo de utilidad de una finca ajena, pero con independencia de toda relación entre fincas<sup>94</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho de aprovechamiento parcial únicamente está reconocido en algunos Derechos territoriales, careciendo de regulación propia en el Código civil<sup>95</sup>, donde queda incardinado en el ámbito de las servidumbres personales<sup>96</sup>, institución que, sin embargo, parece regularse únicamente

<sup>91</sup> Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de abril de 2002 (RJ 2002\8121). Esta idea se mantiene igualmente con posterioridad en las Resoluciones de 24 y 26 de febrero de 2007 (RJ 2007\6137 y RJ 2007\6138, respectivamente), en las que se aclara que «*aunque registralmente deberá abrirse folio autónomo a la unidad subterránea constituida por el volumen de subsuelo (...) eso no significa una total desvinculación de la finca matriz, ya que en el folio abierto a ésta debe hacerse constar el distinto régimen del subsuelo, como modificación de la extensión normal del dominio de la finca matriz. Por lo que aunque no haya pluralidad de fincas materiales o físicas, en cuanto suelo y subsuelo forman parte de la misma finca física, sí existe pluralidad de fincas inmateriales o registrales, desde el momento mismo que se abre folio propio al subsuelo patrimonial*».

<sup>92</sup> PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, 1971, p. 67; NAVAS NAVARRO, 2007, p. 31; y PALACIOS GONZÁLEZ, 2015, p. 184, entre otros.

<sup>93</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, 2019, p. 771, afirma que «*(...) en el ámbito del Derecho común (Código civil), el derecho de aprovechamiento parcial se identifique prácticamente con la servidumbre personal (...)*».

<sup>94</sup> DEL POZO CARRASCOSA, VAQUER ALOY y BOSCH CAPDEVILLA, 2023, p. 461.

<sup>95</sup> Aunque en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (coord.), 2018, p. 488, se contiene una propuesta de regulación prácticamente idéntica a la del CCC.

<sup>96</sup> ALONSO PÉREZ, 2011, p. 2097.

con vistas a su extinción<sup>97</sup>. No obstante, el ya referido régimen de *numerus apertus*<sup>98</sup> vigente en nuestro ordenamiento jurídico en materia de derechos reales, la relevancia que en el tráfico jurídico patrimonial se otorga al principio de la autonomía de la voluntad, y la posibilidad que brinda el artículo 594 CC a todo propietario de una finca a establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente, y en el modo y forma que más se adecue a sus necesidades, siempre que no contravenga a las leyes ni al orden público, permiten admitir la constitución de un derecho real de esta clase<sup>99</sup>, de acuerdo con lo que se establezca en su título constitutivo y, en su defecto, en las normas que el Código civil contiene para las servidumbres personales (art. 531, 603 y 604 CC)<sup>100</sup>.

Por tanto, el derecho de aprovechamiento se configura como un *iura in re aliena* que debe recaer necesariamente sobre un bien inmueble (nunca sobre un mueble) pero que, sin embargo, es independiente de toda relación entre fincas, de suerte que existe fundo<sup>101</sup> gravado, pero no predio dominante<sup>102</sup>, y que en ningún caso puede implicar el disfrute de todas las utilidades<sup>103</sup> que ofrece la finca gravada, sino únicamente un aprovechamiento<sup>104</sup> parcial<sup>105</sup>.

<sup>97</sup> NAVAS NAVARRO, 2007, p. 33. En el mismo sentido, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, RDP, 1980, p. 484, para quien «la única razón plausible de que se encuentre recogida en el artículo 531 del Código es la regulación de los problemas de aprovechamiento de pastos que no encuentran un claro enmarque sistemático».

<sup>98</sup> Para Díez-Picazo, RCDI, 1976, p. 296, «que en nuestro Derecho positivo son admisibles los derechos reales atípicos y que por consiguiente rige el principio del *numerus apertus*, es algo que no se puede dudar». Especialmente palpable en materia de servidumbres, como establece la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de diciembre de 2002 (RJ 2002\1181), si bien con ciertas limitaciones en sede precisamente de servidumbres personales, puesto que, de conformidad con lo que en su momento dispuso la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de octubre de 1947 (RJ 1947\1480), «no cabe en nuestro sistema hipotecario constituir cualquier relación jurídica inmobiliaria con el carácter y efectos de un derecho real, ni justifica la creación de tipos contradictorios de servidumbre ni puede amparar oscuridades u omisiones como las que existen en la escritura de referencia». Sobre este punto, *vid.*, también, AZNAR SÁNCHEZ-PARODI, 2021, pp. 366 ss., en las que no solo defiende la posibilidad de crear servidumbres personales atípicas, sino que considera que el ordenamiento jurídico parece fomentar su creación.

<sup>99</sup> PALACIOS GONZÁLEZ, 2015, p. 187, considera que «en relación con lo que aquí se analiza no se trata de decidir si es factible o no la creación de un nuevo derecho real sino si un derecho real típico, como es la servidumbre, puede constituirse con un contenido atípico».

<sup>100</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, 2019, p. 775.

<sup>101</sup> Englobando tanto a la finca rústica como a la urbana. *Vid.*, NAVAS NAVARRO, 2007, p. 241.

<sup>102</sup> REBOLLEDO VARELA, 2013, p. 76. También, RIVERO HERNÁNDEZ, 2019, p. 772.

<sup>103</sup> NAVAS NAVARRO, 2007, p. 122, dice que este derecho permite «extraer una/ concretas utilidades de una finca ajena».

<sup>104</sup> DEL POZO CARRASCOSA, VAQUER ALOY y BOSCH CAPDEVILLA, 2023, p. 462, indican en este sentido que «no constituirían, en cambio, aprovechamientos aquellos derechos que no estuviesen basados en la obtención de una utilidad clara y demostrada de la finca gravada».

<sup>105</sup> Parcialidad que puede entenderse en términos cuantitativos o cualitativos. *Vid.* RIVERO HERNÁNDEZ, 2007, p. 771.

### 3.2. Contenido del derecho de aprovechamiento

En cuanto a las utilidades que pueden ser objeto del derecho de aprovechamiento, lo cierto es que pueden serlo tantas como necesidades puedan tener los constituyentes<sup>106</sup>, en atención a la evolución social y al desarrollo económico<sup>107</sup> y lejos de la economía rural de los siglos XIX y XX<sup>108</sup>. Así, en la jurisprudencia existen ejemplos como el derecho al uso gratuito de piscina vinculada a restaurante privado<sup>109</sup>, el derecho a aprovechar la leña<sup>110</sup>, o el derecho a extraer piedra<sup>111</sup>, a los que se unen otros supuestos expresamente contemplados en el artículo 563-1 CCC, cuando se hace referencia a los derechos de gestionar y obtener los aprovechamientos forestales de una finca a cambio de rehacer y conservar los recursos naturales y paisajísticos o de conservar su fauna y su ecosistema<sup>112</sup>, el de apacentar ganado y rebaños, el de podar árboles y cortar matas, el de instalar carteles publicitarios<sup>113</sup>, el de palco, el de balcón<sup>114</sup> y otros similares<sup>115</sup>. Este contenido tan heterogéneo<sup>116</sup> permite, sin duda, poder recurrir a esta figura para la instalación de parques eólicos o fotovoltaicos sobre una finca ajena<sup>117</sup>.

<sup>106</sup> La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 24/2002, de 16 de septiembre (RJ 2002\9541) recuerda que «la categoría jurídica de las servidumbres personales no presenta unos límites definidos, que se derivan en buena parte del hecho de que se deberían haber calificado de servidumbres anómalas o irregulares. En todo caso se puede afirmar que de acuerdo con el sistema del “*numerus appertus*” (sic), en materia de derechos reales que establecen los artículos 7 y 8 del Reglamento hipotecario, puede constituir el objeto de una servidumbre personal cualquier utilidad que una finca pueda conferir a una persona o personas determinadas y, por lo tanto y desde esta perspectiva, se puede incluir dentro de la categoría de las servidumbres personales el caso que ahora se tiene que resolver; y que su irregularidad se deriva del hecho de que aunque su contenido sea el propio de una servidumbre predial, carencia de predio dominante y se atribuye la titularidad de la servidumbre a persona o personas determinadas» (la traducción es propia).

<sup>107</sup> ALONSO PÉREZ, 2011, p. 2097; y AZNAR SÁNCHEZ-PARODI, 2021, p. 365.

<sup>108</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, 2019, p. 782.

<sup>109</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 808/2001, de 26 de julio (RJ 2001\8427). En el caso, los propietarios de pisos de una urbanización reclamaban el derecho a usar gratuitamente una piscina vinculada a un restaurante privado que se había establecido en los estatutos de la comunidad, protocolizados en escritura pública, pero que no aparecía en la escritura de compraventa por la que con posterioridad los dueños del restaurante lo habían adquirido. Como indica PALACIOS GONZÁLEZ, 2015, p. 195, este sería un caso de servidumbre personal *ob rem*, pues se constituye a favor de una persona, pero se vincula al hecho de que esa persona sea la titular de un fundo en el que realiza una actividad determinada precisamente porque sea servidumbre así se lo permite.

<sup>110</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1932 (RJ 2023\5237).

<sup>111</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1964 (RJ 1964\439).

<sup>112</sup> VÁZQUEZ ASENJO, 2015, p. 407.

<sup>113</sup> PALACIOS GONZÁLEZ, 2015, p. 186.

<sup>114</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid 46/2001, de 13 de febrero (AC 2001\818) y Sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres 359/2004, 20 de septiembre (JUR 2004\274255) y 341/2007, de 25 de julio (JUR 2007\306803).

<sup>115</sup> Vid. AZNAR SÁNCHEZ-PARODI, 2021, p. 370, y las referencias jurisprudenciales allí enumeradas para un análisis más detallado.

<sup>116</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, 2019, p. 773.

<sup>117</sup> A esta posibilidad se refiere expresamente NAVAS NAVARRO, 2007, p. 174.

### 3.3 Régimen jurídico del derecho de aprovechamiento y su inscripción en el Registro de la Propiedad

La escasísima regulación del derecho de aprovechamiento parcial, incluso en aquellos ordenamientos territoriales en los que está regulada la figura, justifican que la doctrina otorgue suma relevancia al título constitutivo<sup>118</sup>, en la medida no solo en que es el documento que permitirá identificar que el derecho constituido lo es de aprovechamiento parcial, sino especialmente por ser donde se contengan las facultades y obligaciones de las partes, su duración y las consecuencias de su extinción, de tal manera que se prevengan o reduzcan al mínimo los problemas que se puedan dar con posterioridad en la práctica<sup>119</sup>. De lo anterior, y a los efectos que aquí interesan, los dos elementos más relevantes son el relativo a la forma de constitución y el relativo al plazo de duración.

Respecto del primero, el artículo 563-2.2 CCC establece la necesidad de que el derecho de aprovechamiento parcial conste necesariamente por escrito, requisito que parece entenderse en términos de eficacia más que de forma<sup>120</sup>. En el Código civil común, por su parte, la inexistencia de regulación específica implica tener que acudir a las reglas generales en materia de servidumbre de los artículos 537 a 542 CC, con la excepción del artículo 541, pues la constitución por signo aparente sólo tiene sentido cuando se trata de dos fincas implicadas o de una que va a ser objeto de división<sup>121</sup>. En cualquier caso, si con posterioridad se pretendiera su inscripción en el Registro de la Propiedad (en el folio real de la finca gravada), deberá otorgarse escritura pública, que será siempre necesaria, incluso si no se pretende la inscripción, cuando el derecho de aprovechamiento parcial se constituya a título gratuito por su equiparación con la donación<sup>122</sup>. En ninguno de los supuestos, sin embargo, tendrá la inscripción carácter constitutivo<sup>123</sup>, sino únicamente para que el derecho despliegue efectos frente a terceros (art. 563-2.2 CCC)<sup>124</sup>.

<sup>118</sup> PALACIOS GONZÁLEZ, 2015, p. 208, y REBOLLEDO VARELA, 2013, p. 80.

<sup>119</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, 2019, p. 778.

<sup>120</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, 2019, p. 784.

<sup>121</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, 2019, p. 748.

<sup>122</sup> Sentencias del Tribunal Supremo 154/1995, de 3 de marzo (RJ 1995\1775), 695/1999, de 31 de julio (RJ 1999\6221) y 724/2010, 11 de noviembre (RJ 2010\8044).

<sup>123</sup> NAVAS NAVARRO, 2007, p. 134.

<sup>124</sup> AZNAR SÁNCHEZ-PARODI, 2021, p. 369, entiende, siguiendo a Díez-PICAZO y GULLÓN, que, si bien existe un elemento de publicidad posesoria que priva a la inscripción de un carácter constitutivo, las peculiares características de las servidumbres personales atípicas y su riesgo de confusión con los derechos de crédito aconsejan su constancia registral.

Respecto del plazo, si bien doctrina<sup>125</sup> y jurisprudencia<sup>126</sup> parecen decantarse por entender que es posible la constitución de derechos de aprovechamiento parcial perpetuos por su semejanza con las servidumbres prediales, algunas voces se han alzado para recordar que la figura presenta mayores similitudes con el derecho de usufructo<sup>127</sup>, especialmente cuando éste se reduce a alguna de las posibilidades de disfrute de la finca y no abarca a la totalidad de la misma, por lo que carece de lógica jurídica que la parcialidad del goce sea compatible con la perpetuidad cuando se constituye como derecho de aprovechamiento parcial pero no cuando se haga como derecho de usufructo<sup>128</sup>. El CCC se posiciona a favor del carácter temporal del derecho de aprovechamiento parcial al entender que la duración del derecho será de treinta años (art. 563-2.3 CCC) salvo que las partes pacten otro plazo, que en ningún caso podrá superar los noventa y nueve años (art. 563-2.4 CCC), y sin perjuicio del derecho que asiste al propietario de la finca<sup>129</sup> de redimir el derecho de aprovechamiento por su exclusiva voluntad<sup>130</sup>. Eso sí, esta redención no podrá llevarse a cabo hasta que hayan pasado al menos veinte años desde la constitución del derecho (en atención a los gas-

<sup>125</sup> *Vid.*, entre otros, REBOLLEDO VARELA, 2013, p. 80; LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVERRÍA, RIVERO HERNÁNDEZ, RAMS ALBESA y MENDOZA OLIVAN, 1991, p. 223; OSSORIO MORALES, *RDP*, 1936, pp. 147 ss., aunque se decanta más bien por hablar del carácter vitalicio, salvo que el título constitutivo establezca otra cosa; y PALACIOS GONZÁLEZ, 2015, p. 209, quien también considera que ese carácter permanente habrá de ser excepcional dada la dificultad de justificarlo respecto de gravámenes establecidos contra un inmueble y a favor de una persona, decantándose también por una duración vitalicia.

<sup>126</sup> *Vid.*, la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo 808/2001, de 26 de julio (RJ 2001\8427). Mucho antes, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1947 (RJ 1947\760) ya consideraba «insostenible la hipótesis de la temporalidad forzosa de las servidumbres personales». También ha sido el parecer, en ocasiones, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que, en su Resolución de 3 de junio de 2011 (RJ 2012\3166), y partiendo de la doctrina sentada en la sentencia referida, se mostró favorable a la inscripción de una servidumbre de aprovechamiento de piedra «hasta el agotamiento de toda la piedra existente en la finca y, en su defecto, durante quinientos años».

<sup>127</sup> Si bien la citada Sentencia del Tribunal Supremo 808/2001, de 26 de julio (RJ 2001\8427) ya indicaba «que, pese a la antigua confusión de los conceptos de usufructo y servidumbre personal, en el Código Civil quedaron claramente diversificadas ambas instituciones».

<sup>128</sup> ALONSO PÉREZ, 2011, p. 2099. En contra también del carácter perpetuo de las servidumbres personales, pero por entender que ello supondría contravenir tanto el principio de circulación de los bienes como la libertad fundiaria, y, de esta manera, transgredir el límite del orden público, *vid.*, AZNAR SÁNCHEZ-PARODI, 2021, p. 369.

<sup>129</sup> Apunta RIVERO HERNÁNDEZ, 2019, p. 789, que en realidad se debería de hablar de titular de la finca, y no de propietario, pues el derecho de aprovechamiento parcial podría ser constituido también por un usufructuario, un superficiario o un enfiteuta, quienes podrían seguir disfrutando del goce residual de la cosa en la medida en que aquel aprovechamiento, por definición, debe ser parcial.

<sup>130</sup> En el Derecho común se ha defendido en alguna ocasión el carácter redimible de cualquier servidumbre personal indefinida o perpetua aplicando por analogía los artículos 603 y 604 CC. *Vid.*, en contra, PALACIOS GONZÁLEZ, 2015, p. 210.

tos en que pueda haber incurrido su titular<sup>131</sup>, por ejemplo, al instalar aerogeneradores o placas fotovoltaicas), si bien las partes pueden pactar la no redimibilidad por un plazo máximo de sesenta años o toda la vida del titular del derecho y una generación más (art. 563-3.2 CCC). En caso de redención, y salvo acuerdo en contrario, el precio a pagar por el propietario de la finca será el resultante de la capitalización del valor anual del aprovechamiento, determinado por peritos, tomando como base el interés legal del dinero en el momento de la redención (art. 563-3.3 CCC). La configuración del derecho de aprovechamiento parcial como un *iura in re aliena* implica por tanto, y a diferencia de lo que sucede en el derecho de vuelo, la no adquisición del dominio por parte de su titular, lo que lo hace especialmente interesante para la constitución de parques eólicos y fotovoltaicos, al comportar una menor inversión inicial.

En cualquier caso, debe tenerse presente que estos derechos de aprovechamiento parcial encuentran su límite, en el Derecho común, en el ya citado artículo 594 CC, esto es, el necesario respeto a las leyes y al orden público. En este sentido, la doctrina considera que no es posible establecer gravámenes reales excesivos e injustificados, como sucedería si tal gravamen supusiera la inutilidad económica del fondo sirviente o la imposibilidad total del ejercicio de las facultades del propietario, en la medida en que ello implicaría ir en contra del principio de proporcionalidad<sup>132</sup>.

Finalmente, producida la extinción del derecho por el transcurso del tiempo fijado en el título constitutivo, se procederá a la cancelación de la inscripción *ex* artículo 82.2 LH.

#### 4. EL ARRENDAMIENTO DE LARGA DURACIÓN

En la práctica registral, y junto con las expresiones ya referidas en los apartados anteriores, el contrato de arrendamiento de larga duración se presenta igualmente como un mecanismo apto para configurar el negocio jurídico que permite la construcción o instalación de un parque eólico o fotovoltaico, toda vez que sirve como «*título hábil para que la empresa solicitante disponga de los terrenos precisos para la instalación y funcionamiento de la explotación eléctrica*»<sup>133</sup>.

Lo normal, por lo ya indicado en estas páginas, es que la finca sobre la que se pretenda la construcción o instalación sea una finca rústica, y no urbana; no obstante, en aquellos casos en que la instalación se lleve a cabo en una finca urbana (por ejemplo, instalando

<sup>131</sup> DEL POZO CARRASCOSA, VAQUER ALOY y BOSCH CAPDEVILLA, 2023, p. 464.

<sup>132</sup> PALACIOS GONZÁLEZ, 2015, p. 190.

<sup>133</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª) de 26 de junio de 2007 (RJ 2007/3898).

placas fotovoltaicas en la cubierta del edificio) será de aplicación lo dispuesto en el título III de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, al regular el arrendamiento para uso distinto del de vivienda, entre los que el artículo 3.2 de la propia norma contempla los celebrados para ejercer en la finca una actividad industrial. Este régimen, sin embargo, será de aplicación supletoria en defecto de acuerdo entre las partes (art. 4.3 LAU).

Empero, cuando la instalación se pretenda llevar a cabo, supuesto más habitual, sobre una finca ubicada en suelo rústico, la norma a aplicar, en defecto de acuerdo entre las partes, no será la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos – pues su artículo 1 restringe el ámbito objetivo de aplicación a aquellos contratos mediante los que se ceda temporalmente una o varias fincas, o parte de ellas, para su aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal a cambio de un precio o renta (y el artículo 6.d.5.º LAR excluye expresamente de dicha Ley los que tengan como objeto principal cualquier otra actividad diferente a la agrícola, ganadera o forestal)–; sino los preceptos que el Código civil dedica a la regulación del arrendamiento de cosas (arts. 1542 ss. CC)<sup>134</sup>.

Precisamente por ello, y al igual que sucedía con el contrato de aprovechamiento parcial, cuando el mecanismo que se pretenda utilizar como base que legitime la construcción o instalación del parque eólico o fotovoltaico y su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 2.5.º LH) sea el contrato de arrendamiento, el título constitutivo se convertirá en la referencia normativa fundamental para determinar el régimen jurídico a aplicar. Y es en este título constitutivo en el que deberán hacerse constar las particularidades propias de cada caso concreto, fundamentalmente, la necesidad de constituir, de manera simultánea al arrendamiento del terreno, al menos una servidumbre de canalización subterránea de la energía generada, una servidumbre de paso, que permita el acceso al espacio en el que se instalen los aerogeneradores o las placas fotovoltaicas, cuando no se haya hecho en una zona de la finca que abarque alguna de sus lindes e, incluso, una servidumbre de paso aéreo que permita tanto el montaje y funcionamiento normal de las aspas de los aerogeneradores, en el caso de parques eólicos, como el establecimiento de torres, postes o apoyos fijos que sustenten los cables necesarios para conducir la energía, en aquellos casos en que no se constituyan *ex lege* en virtud del artículo 57 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico<sup>135</sup>.

<sup>134</sup> BERNAD MAINAR, *RIDR*, 2021, p. 188.

<sup>135</sup> Nótese que la posibilidad de que dicha servidumbre opere *ope legis* requiere de la previa declaración de utilidad pública, por lo que fuera de tales casos su constitución requerirá del previo acuerdo entre las partes. En este sentido, *vid.*, NEBREDÁ PÉREZ, 2003, p. 225 cuando recuerda que «*es evidente que la servidumbre de instalación eléctrica está*

Igualmente, será en dicho título constitutivo donde se regulen tantos las previsiones relativas a la posibilidad del propietario de seguir haciendo uso libremente de la superficie de la finca no afectada por la instalación, siempre que ello no afecte negativamente al normal funcionamiento del parque, la duración del contrato y, en su caso, su contraprestación, así como las medidas a adoptar a la finalización del contrato respecto de las instalaciones (su adquisición por el propietario del terreno, su desmantelamiento a cargo del arrendatario y, en este caso, el plazo para llevarlo a cabo, o cualquier otra solución que acuerden las partes).

### III. UN REQUISITO COMÚN: LA NECESIDAD DE RES-PETAR LA NORMATIVA URBANÍSTICA. EN PARTI-CULAR, EL CASO DE CANARIAS

Sea cual sea la forma que se utilice para configurar jurídicamente la construcción o instalación de un parque eólico o fotovoltaico y su posterior explotación, la posibilidad real de que tal operación se pueda llevar a cabo en una determinada finca depende en última instancia de la normativa urbanística<sup>136</sup>. En efecto, el artículo 12 TRL-SRU recuerda que el derecho de propiedad del suelo comprende las facultades de uso, disfrute, disposición y explotación del mismo conforme al estado, clasificación, características objetivas y destino que tenga en cada momento, siempre que no se infrinja el régimen de formación de fincas y parcelas y de relación entre ellas, y todo ello de acuerdo con la legislación en materia de ordenación territorial y

---

*fundada en la declaración legal de utilidad pública en favor de las instalaciones eléctricas, y ésta trae causa de la declaración de servicio esencial cuyos orígenes se encuentran en la declaración de servicio público del Real Decreto de 12 de abril de 1924, que hoy matiza la Ley Eléctrica (...)*».

<sup>136</sup> Para la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª) de 11 de octubre de 2006 (RJ 2007/804), la implantación de parques eólicos debe entenderse como una función pública de ordenación del territorio que reconoce a los particulares la facultad de ocupar el territorio para construir y explotar los parques eólicos, previa la obtención de la debida autorización administrativa. Para ello, deberá atenderse al uso racional del suelo, acorde con el desarrollo armónico y sostenible del territorio, tendente a promover el progreso socioeconómico de las zonas afectadas con sus medios de vida tradicionales, sin desmedro ni puesta en riesgo de los intereses medioambientales y ecológicos existentes. *Vid.*, BERNAD MAINAR, *RIDR*, 2021, p. 180. En este sentido, merece recordar que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de enero de 1984 (RJ 1984\426) ya establecía que «una de las materias en que es precisa la máxima coordinación entre las Instituciones afectadas es aquella que hace referencia a la constancia en el Registro de la Propiedad de las variadas situaciones urbanísticas que pueden producirse a causa de la legislación especial de urbanismo, al objeto que la función de publicidad propia de los libros registrales muestre a todos los interesados la verdadera situación jurídica en que se encuentran las fincas afectadas y que a la vez puedan conocer las consecuencias que se derivan de este tipo de actividad y se evite de otra parte –ante su no constancia– la aparición del tercero protegido por la fe pública».

urbanística aplicable por razón de las características y situación del bien. Facultades éstas que alcanzan al vuelo y al subsuelo hasta donde determinen los instrumentos de ordenación urbanística, de conformidad con las leyes aplicables y con las limitaciones y servidumbres que requiera la protección del dominio público.

En esta línea, es el art 13 TRLSRU, en relación con el artículo 21.2.a) de la misma norma, el que determina, con carácter general, cuáles son las facultades que forman parte del derecho de propiedad del suelo en situación rural<sup>137</sup>. Así, el precepto refiere las facultades de usar, disfrutar y disponer de los terrenos de conformidad con su naturaleza, debiendo dedicarse, dentro de los límites que dispongan las leyes y la ordenación territorial y urbanística, al uso agrícola, ganadero, forestal, cinegético o cualquier otro vinculado a la utilización racional de los recursos naturales. Igualmente, indica que la utilización de los terrenos con valores ambientales, culturales, históricos, arqueológicos, científicos y paisajísticos que sean objeto de protección por la legislación aplicable, quedará siempre sometida a la preservación de dichos valores, y comprenderá únicamente los actos de alteración del estado natural de los terrenos que aquella legislación expresamente autorice. Además, se permite que, con carácter excepcional y por el procedimiento y con las condiciones previstas en la legislación de ordenación territorial y urbanística, se legitimen actos y usos específicos que sean de interés público o social, que contribuyan a la ordenación y el desarrollo rurales, o que hayan de emplazarse en el medio rural.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 86/2019, de 20 de junio (RTC 2019\86)<sup>138</sup> ha tenido ocasión de pronunciarse res-

<sup>137</sup> De acuerdo con el artículo 21.2.a) TRLSRU, está en la situación de suelo rural, en todo caso, el suelo preservado por la ordenación territorial y urbanística de su transformación mediante la urbanización, que deberá incluir, como mínimo, los terrenos excluidos de dicha transformación por la legislación de protección o policía del dominio público, de la naturaleza o del patrimonio cultural, los que deban quedar sujetos a tal protección conforme a la ordenación territorial y urbanística por los valores en ellos concurrentes, incluso los ecológicos, agrícolas, ganaderos, forestales y paisajísticos, así como aquéllos con riesgos naturales o tecnológicos, incluidos los de inundación o de otros accidentes graves, y cuantos otros prevea la legislación de ordenación territorial o urbanística.

<sup>138</sup> Dicha Sentencia trae causa del recurso interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea en el Congreso de los Diputados, contra varios artículos de la LSENPC. A modo de consideración general, los diputados recurrentes afirmaron que la LSENPC debilitaba el ejercicio de la potestad autonómica de planeamiento y la protección del medio ambiente del archipiélago canario. Entendían, en este sentido, que los preceptos impugnados, dictados al amparo de las competencias autonómicas en materia de ordenación del territorio y medio ambiente vulneraban, por un lado, la normativa básica estatal dictada al amparo del artículo 149.1.23 CE y la legislación básica de régimen local *ex* artículo 149.1.18 CE, así como la autonomía municipal recogida en los artículos 137 y 140 CE; y, por otro lado, los principios de legalidad, jerarquía normativa, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad recogidos en el artículo 9.3 CE. Entendían los recurrentes que si bien la Ley controvertida afirmaba formalmente los principios de desarrollo sostenible y uso racional de los recursos natura-

pecto de las consecuencias que se derivan del carácter básico del citado artículo 13 TRLSRU, especialmente en cuanto a los usos que en él se prevén y a la posibilidad de que este catálogo de usos pueda ser incrementado por el legislador autonómico. En este sentido, recuerda la referida sentencia que la facultad de edificar no es ajena a la propiedad del suelo en situación básica rural, en la que tienen cabida tanto las construcciones vinculadas a su explotación primaria como otros usos no vinculados a esta, siempre de acuerdo con lo establecido en el planeamiento y en el marco de la regulación urbanística y de ordenación territorial y la legislación sectorial, lo que permite no solo disfrutar de los terrenos según su naturaleza sino también, excepcionalmente, el poder destinarlos a usos específicos que sean de interés público o social. En estos casos, es competencia de la Comunidad Autónoma la regulación de los usos en el suelo rural, debiendo definir tales usos o aprovechamientos y determinar sus límites, de suerte que el hecho de que un concreto tipo de actividad o uso, y con ello las construcciones o instalaciones vinculadas, no figure entre los previstos expresamente en el artículo 13.1 TRLSRU no implica, *per se*, la imposibilidad de que sea calificado de uso ordinario del suelo rural, pues su regulación concreta corresponderá, entre otros, al legislador urbanístico autonómico. De esta forma, el listado de usos ordinarios del artículo 13.1 TRLSRU no tiene carácter exhaustivo, correspondiendo al legislador urbanístico autonómico la concreción de los usos posibles en suelo rústico, así como la determinación de su consideración como ordinarios o no, respetando, en todo caso, los parámetros de vinculación o excepcionalidad fijados por el legislador básico estatal.

Ello implica atender a las normas dictadas, en el ámbito de su competencia, por las distintas Comunidades Autónomas, estudio que sin embargo supera, con creces, el alcance del presente trabajo. No obstante, resulta interesante referir, siquiera de forma somera y a efectos meramente ejemplificativos, cuál sería este régimen jurídico en el caso de la Comunidad Autónoma de Canarias<sup>139</sup>.

Con carácter general, los parques eólicos y fotovoltaicos son admisibles, en principio, en cualquier clase de suelo: urbano, urbanizable y rústico, si bien como ya se indicó más arriba no son fre-

---

les, en realidad postulaba un nuevo modelo de ordenación del territorio contrario a dichos principios, al reducir el papel de la comunidad autónoma en la elaboración y aprobación de los instrumentos de ordenación del territorio y urbanismo y al disminuir o eliminar los mecanismos de control, ampliándose de forma notable tanto los asentamientos rurales como las actividades admisibles en el suelo rural.

<sup>139</sup> En esta materia, resulta cita obligada VILLAR ROJAS, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ y GONZÁLEZ SANFIEL, 2022, en el que se realiza un estudio detallado del régimen jurídico del Derecho urbanístico de Canarias.

cuentas en los dos primeros porque el suelo es más costoso y porque puede presentar problemas de compatibilidad con otros usos cercanos. En cuanto al suelo rústico, existen varias posibilidades<sup>140</sup>:

Una primera posibilidad, aunque excepcional, se contempla en el artículo 62 LSENPC, en el que se regulan los usos, actividades y construcciones de interés público o social<sup>141</sup>, y en el que se permite la autorización de usos energéticos<sup>142</sup> siempre que no se trate de suelo rústico de protección ambiental (como los espacios naturales protegidos) ni de suelo de protección agraria, en la medida en que tal uso energético se integre en actuaciones de interés público o social, contribuya a la ordenación y el desarrollo rural o deba situarse necesariamente en suelo rústico y, además, no esté expresamente prohibido por el planeamiento. Este régimen debe ponerse en relación con el artículo 72 LSENPC, que indica que en suelo rústico de protección económica<sup>143</sup>, excepto en la subcategoría de protección agraria, y en suelo rústico común, se podrá autorizar, como uso de interés público y social, la instalación de plantas de generación de energía fotovoltaica, eólica o cualquier otra proveniente de fuentes endógenas renovables no previstas en el planeamiento, siempre que no exista prohibición expresa en el plan insular de ordenación o en el planeamiento de los espacios naturales protegidos que resulten aplicables. Por tanto, cuando el planeamiento no prevé, con el suficiente grado de detalle como para permitir su ejecución, un uso de interés público y social es necesario que el Cabildo<sup>144</sup> emita la correspondiente declaración de utilidad

<sup>140</sup> Nótese que, en el caso concreto de la Comunidad Autónoma de Canarias, las categorías y subcategorías de suelo rústico vienen establecidas en el artículo 34 LSENPC, que distingue entre suelo rústico de protección ambiental (que puede a su vez serlo de protección natural, paisajística, cultural, de entornos o costera), suelo rústico de protección económica (que se divide en suelo de protección agraria, forestal, hidrológica o minera), suelo rústico de asentamiento (rural o agrícola), suelo rústico de protección de infraestructuras y, finalmente, suelo rústico común (de reserva u ordinario).

<sup>141</sup> Expresión empleada por el legislador estatal en el artículo 13.1 TRLSRU y que se configura como un concepto jurídico indeterminado que se deberá concretar por la Administración, bien sea para una clase de suelo en general, bien lo sea de forma particular, concurriendo siempre la correspondiente motivación. *Vid.*, VILLAR ROJAS, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ y GONZÁLEZ SANFIEL, 2022, p. 68.

<sup>142</sup> Definidos por el artículo 62.3 LSENPC como «*todas las instalaciones destinadas a esa actividad que lo sean de acuerdo con la legislación sectorial, salvo aquellos que tienen carácter complementario de uso ordinario*».

<sup>143</sup> Como sucede, por ejemplo, en el suelo rústico de protección económica, subcategoría de suelo de protección minera, en donde, siempre que no exista prohibición expresa del planeamiento insular o del general, se permite la instalación de plantas de generación de energía fotovoltaica, eólica o cualquier otra proveniente de fuentes endógenas renovables (art. 67.2.c) LSENPC).

<sup>144</sup> De acuerdo con el artículo 141.4 CE, «*en los archipiélagos, las islas tendrán además su administración propia en forma de Cabildos o Consejos*». En el caso de la Comunidad Autónoma de Canarias, la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias, establece en su artículo 65 que «*los cabildos*

pública o interés social<sup>145</sup>. En estos casos, emitida dicha declaración, y siempre que sea compatible, en su caso, con el planeamiento insular, el ayuntamiento competente podrá proceder a la concesión de la correspondiente licencia municipal<sup>146</sup>, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 79 LSENPC<sup>147</sup>.

En segundo lugar, el artículo 123 LSENPC abre una vía adicional mediante el recurso a los denominados proyectos de interés insular o autonómico<sup>148</sup>, que son aquellos que tienen por objeto

---

*insulares constituyen órganos de gobierno, representación y administración de cada isla y gozarán de autonomía en la gestión de sus intereses y el ejercicio de sus competencias propias, de acuerdo con la Constitución, este Estatuto y las leyes. Los cabildos insulares asumen en la isla la representación ordinaria del Gobierno y de la Administración autonómica y desempeñan las funciones administrativas autonómicas previstas en este Estatuto de Autonomía y en las leyes, así como las que les sean transferidas o delegadas».*

<sup>145</sup> De acuerdo con el artículo 76.1 LSENPC, «cuando los actos y usos no ordinarios en suelo rústico tengan cobertura en el planeamiento, con el grado de precisión suficiente para permitir su ejecución, se entenderá que cuentan con declaración de interés público o social, que constituye presupuesto inexcusable de la licencia a otorgar por el ayuntamiento correspondiente. A estos efectos, la previsión en el planeamiento debe contar con informe favorable del cabildo insular emitido con ocasión de su elaboración». El procedimiento para su otorgamiento y su contenido es el propio de las licencias municipales con las singularidades que se establecen en el artículo 78 LSENPC. Téngase en cuenta que la decisión del Cabildo es discrecional. *Vid.*, VILLAR ROJAS, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ y GONZÁLEZ SANFIEL, 2022, p. 70.

<sup>146</sup> Artículo 77.1 LSENPC. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que, en virtud del principio de simplificación, la intervención del Cabildo se produce dentro del propio procedimiento de otorgamiento de licencia, y no en un procedimiento separado. En este sentido, VILLAR ROJAS, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ y GONZÁLEZ SANFIEL, 2022, p. 71.

<sup>147</sup> Interesa recordar que de conformidad con lo establecido en el artículo 38 LSENPC, y con excepción de los sistemas generales, las dotaciones y los equipamientos promovidos por las administraciones públicas en ejercicio de sus competencias, todo aprovechamiento en suelo rústico que habilite a la implantación de construcciones, edificaciones o instalaciones cuya legitimación requiera la previa declaración de interés público o social prevista en los artículos 76 y 77 LSENPC, devengará un canon a favor del ayuntamiento en cuyo término municipal se proyecte. La obligación de abono del canon se devengará con el otorgamiento de la licencia municipal que habilite tal aprovechamiento, quedando la eficacia de dicha licencia condicionada, en todo caso, al efectivo abono del canon. El importe del canon vendrá determinado por un porcentaje, a fijar por cada ayuntamiento entre un mínimo del 5 % y un máximo del 10 %, sobre el valor del aprovechamiento conferido, salvo en asentamiento rural, donde será entre el 1 % y el 5 %.

<sup>148</sup> Entendidos como aquellas figuras que permiten ordenar y/o implantar actuaciones e infraestructuras en el territorio, de trascendencia supramunicipal, y para atender necesidades nuevas o perentorias, exigiendo normalmente el desplazamiento de la normativa urbanística general e, incluso, la territorial, cuando es preceptiva y contraria, que resulta de aplicación en el ámbito espacial sobre el que se proyectan tales actuaciones e infraestructuras. *Vid.* VILLAR ROJAS, 2019, p. 68. Este instrumento es uno de los más utilizados para implantar plantas de producción de energías renovables en muchas Comunidades Autónomas, aunque reciban una denominación diferente. Es el caso de las siguientes: Andalucía (actuaciones de interés autonómico, reguladas en la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía), Aragón (planes y proyectos de interés general, regulados en el Decreto Legislativo 2/2015, de 17 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio de Aragón), Cantabria (proyectos singulares de interés general, regulados en la Ley 5/2022, de 15 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Cantabria), Castilla-La Mancha (proyectos de singular interés, regulados en el Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística), Castilla y León (planes y proyectos de

ordenar y diseñar, para su inmediata ejecución, o bien ejecutar sistemas generales, dotaciones y equipamientos estructurantes o de actividades energéticas, entre otras, cuando se trate de atender necesidades sobrevenidas o actuaciones urgentes<sup>149</sup>, y siempre que estas circunstancias estén debidamente justificadas en el expediente<sup>150</sup>. Estos proyectos pueden ejecutarse en cualquier clase de suelo<sup>151</sup>, aunque solo podrán afectar a suelo rústico de protección

singular interés, regulados en la Ley 10/1998, de 5 de diciembre, de Ordenación del Territorio de la Comunidad de Castilla y León), Cataluña (actuaciones estratégicas de interés supramunicipal, reguladas en el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo), Extremadura (proyectos de interés regional, regulados en la Ley 11/2018, de 21 de diciembre, de ordenación territorial y urbanística sostenible de Extremadura), Galicia (planes y proyectos sectoriales de interés autonómico, regulados en la Ley 1/2021, de 8 de enero, de ordenación del territorio de Galicia), Madrid (proyectos de alcance regional, regulados en la Ley 9/1995, de 28 de marzo, de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo, tras la reforma operada por la Ley 11/2022, de 21 de diciembre, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Actividad Económica y la Modernización de la Administración de la Comunidad de Madrid), Murcia (actuaciones de interés regional, reguladas en la Ley 13/2015, de 30 de marzo, de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia), Navarra (planes y proyectos sectoriales de incidencia supramunicipal, regulados en el Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo), La Rioja (proyectos de interés supramunicipal, regulados en la Ley 5/2006, de 2 de mayo, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja) y Valencia (proyectos de inversiones estratégicas sostenibles, regulados en el Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio, del Consell, de aprobación del texto refundido de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje).

<sup>149</sup> Lo que justifica la necesidad de ofrecer una respuesta inmediata por una vía más rápida que la modificación del planeamiento vigente. *Vid.* VILLAR ROJAS, 2019, p. 71.

<sup>150</sup> VILLAR ROJAS, 2019, p. 72.

<sup>151</sup> El inciso «*con independencia de su clasificación y calificación urbanística*» que originalmente contenía el precepto ha sido declarado inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional 86/2019, de 20 de junio (RTC 2019\86), por entender que dado que los proyectos de interés insular o autonómico tienen por objeto la transformación física del suelo para conseguir determinadas finalidades consideradas estratégicas, su definición de forma abierta o indeterminada (el precepto habla de actividades «*de naturaleza análoga de carácter estratégico*») implicaría «*un debilitamiento del principio de autonomía municipal carente de razón suficiente, lo que representa una quiebra injustificada del principio de autonomía, “que es uno de los principios estructurales básicos de nuestra Constitución”, según dijimos en las SSTC 4/1981, FJ 3; y 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 13 c); y en el mismo sentido, la STC 92/2015, de 14 de mayo, FJ 11 a)*]. La presencia del interés supralocal en las actuaciones estratégicas abiertamente definidas no es suficiente para poder autorizar su ejecución con independencia de las previsiones urbanísticas del municipio en cuyo territorio se van a asentar». Nótese, sin embargo, que ello no debe interpretarse en el sentido de entender que los proyectos de interés insular no pueden reclasificar suelo, sino que lo que se prohíbe es la reclasificación cuando se trate de una iniciativa para desarrollar una actuación «*de naturaleza análoga*». En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 25/2024, de 13 de febrero (RTC 2024\25), ante el argumento de que los instrumentos equivalentes a los proyectos de interés insular incluidos en la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso de la sostenibilidad del territorio de Andalucía –los declarados de interés autonómico, artículo 50– no podían reclasificar suelo, indicó que «*aunque formalmente se recurre al art. 50 LISTA en su totalidad, la impugnación se limita, en realidad, a lo que se considera una indeterminada enumeración de los supuestos en los que es posible tal declaración y los efectos que la misma produce sobre el planeamiento municipal, en términos similares a los que llevaron a este tribunal a declarar la inconstitucionalidad y nulidad del inciso “con independencia de su clasificación y calificación urbanística” del artículo 123.4 de la Ley 4/2017, de 13 de julio, del suelo y de los espacios*

ambiental cuando no exista alternativa viable y lo exija la funcionalidad de la obra pública de que se trate; y de forma excepcional y únicamente para proyectos de iniciativa pública cuando se trate de suelo rústico de protección agraria.

En tercer lugar, el artículo 6.bis de la Ley 11/1997, de 2 de diciembre, de regulación del sector eléctrico canario, contempla un procedimiento excepcional para obras de interés general para el suministro de energía eléctrica. Pensado para situaciones en que concurren razones justificadas de urgencia o excepcional interés que aconsejen la modernización o el establecimiento de instalaciones de generación, transporte o distribución eléctrica, se faculta a la consejería competente en materia de energía para declarar el interés general de las obras necesarias para la ejecución de dichas instalaciones. En tales casos, los proyectos de construcción, modificación y ampliación de las instalaciones que fueran necesarias se someterán a un régimen especial de autorización y no estarán sujetos a licencia urbanística<sup>152</sup> o a cualquier otro acto de control preventivo municipal o insular; en su lugar, una vez declarado el interés general de las obras, el proyecto será remitido al ayuntamiento y al cabildo insular correspondiente por el órgano competente para su autorización, para que, en el plazo de un mes, informen sobre la conformidad o disconformidad de dicho proyecto con el planeamiento territorial o urbanístico en vigor, mientras de forma simultánea se lleva a cabo el trámite de consultas propio del procedimiento de autorización sustantiva de la instalación. En caso de respuesta afirmativa (y en este caso, el silencio lo es, *ex* apartado 4 del citado precepto), la autorización sustantiva legitimará la ejecución de los actos de cons-

---

*naturales protegidos de Canarias, en la STC 86/2019. La STC 86/2019 declaró, en su FJ 10 c), la inconstitucionalidad del inciso que acabamos de mencionar porque producía el efecto de priorizar proyectos de interés insular o autonómico que tenían por objeto la transformación física del suelo para conseguir determinadas finalidades consideradas estratégicas, pero que eran definidas de forma abierta o indeterminada –“de naturaleza análoga”– y respecto de las que se autorizaba su ejecución con independencia de las previsiones urbanísticas del municipio en cuyo territorio se iban a asentar. Esas circunstancias no concurren aquí, sin perjuicio de advertir que, como señala la propia STC 86/2019, FJ 10 c), el uso de conceptos jurídicos indeterminados para configurar los presupuestos que permitirán la adopción de los proyectos no cuestiona el interés supramunicipal de las actuaciones que constituyen su objeto». El problema, por tanto, radica en la posibilidad de que las actuaciones «de naturaleza análoga» puedan no tener una dimensión insular que justifique esa fuerza normativa. Sin embargo, en el caso concreto de la Comunidad Autónoma de Canarias una de las determinaciones obligatorias de los planes insulares de ordenación y, por tanto, también de los proyectos de interés insular, es la «ordenación de los aprovechamientos de los recursos naturales de carácter hidrológico, minero, extractivo y energéticos renovables» (art. 96.2.j) LSENPC).*

<sup>152</sup> En este sentido, el artículo 331.1.i) LSENPC exceptúa de licencia urbanística y de comunicación previa la ejecución de proyectos y actuaciones de las obras de interés general para el suministro de energía eléctrica sujetas a autorización excepcional por la legislación en materia de sector eléctrico, siempre que se cumplan los requisitos del artículo 333.2 LSENPC.

trucción, edificación y uso del suelo incluidos en los correspondientes proyectos, sin necesidad de ningún otro instrumento de planificación territorial o urbanística y tendrán el carácter de autorización especial equivalente a la licencia urbanística municipal.

Finalmente, el artículo 61 de la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias (en adelante, LSENPC), regula los usos, actividades y construcciones complementarias (a los usos, actividades y construcciones ordinarios, esto es, las referidas al sector primario, que regula en su artículo 59 LSENPC<sup>153</sup>), entre los que expresamente refiere «*la producción de energías renovables*». Este uso complementario a la actividad agrícola de la finca está pensado para permitir la obtención de una renta complementaria<sup>154</sup>, y su concesión requerirá bien de licencia municipal, bien de comunicación previa<sup>155</sup>, siempre

---

<sup>153</sup> Y a los que define como «*los de carácter agrícola, ganadero, forestal, cinegético, piscícola, de pastoreo, extractivo y de infraestructuras*».

<sup>154</sup> Con los límites que marca el artículo 61.2 LSENPC, esto es, que, si bien pueden ser implantados en cualquier categoría de suelo rústico en que se desarrolle efectivamente un uso agrario, en las subcategorías de suelo rústico de protección natural, paisajística y cultural, estarán sujetos a las determinaciones establecidas en los correspondientes instrumentos de ordenación. Además, solo podrán ser desarrollados por agricultores y ganaderos profesionales, cooperativas agrarias, sociedades agrarias de transformación y otras sociedades civiles, laborales y mercantiles, cuyo objeto principal sea el ejercicio de la actividad agraria en la explotación de la que sean titulares y que, en caso de que sean anónimas, sus acciones deberán ser nominativas, siempre que más del 50 % del capital social, de existir este, pertenezca a socios que sean agricultores y/o ganaderos profesionales. Estas sociedades tendrán por objeto principal el ejercicio de la actividad agraria en la explotación de la que sean titulares. Todo ello según la definición contenida en la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias o norma que la sustituya.

<sup>155</sup> Artículo 75 LSENPC en relación con el artículo 332 LSENPC, que expresamente somete a comunicación previa las actuaciones consistentes en la centralización o dotación de instalaciones energéticas comunes y de captadores solares u otras fuentes de energías renovables, en fachadas o cubiertas de las edificaciones existentes, que no supongan una modificación general de la fachada; o la instalación de placas solares térmicas sobre la cubierta de edificios, así como la instalación, sobre tales cubiertas, de placas fotovoltaicas asociadas a modalidades de autoconsumo, hasta el 100 % de la superficie de la cubierta, entre otros. El Decreto ley 5/2024, de 24 de junio, por el que se modifica la Ley 6/2022, de 27 de diciembre, de cambio climático y transición energética de Canarias incluye, en su disposición final segunda, una modificación del artículo 332 LSENPC, que incorpora varios apartados sometiendo también a comunicación previa la instalación de placas solares fotovoltaicas sobre la cubierta de edificios, en las situaciones de conformidad legal de consolidación o de fuera de ordenación, así como la instalación, sobre tales cubiertas, de placas fotovoltaicas asociadas a modalidades de autoconsumo, hasta el 100 % de la superficie de la cubierta, pudiendo ser complementada con energía solar térmica; la instalación de placas solares fotovoltaicas sobre la cubierta de instalaciones deportivas, tanto de sus gradas como de la superficie deportiva, así como la instalación, sobre tales cubiertas, de placas fotovoltaicas asociadas a modalidades de autoconsumo, hasta el 100 % de la superficie de la cubierta, pudiendo ser complementada con energía solar térmica; o la instalación de placas solares fotovoltaicas sobre las cubiertas de estructuras en aparcamientos al aire libre, comprendiendo la implantación de dichas estructuras. Además, se otorga una nueva redacción al apartado 5 del citado precepto para indicar que el sometimiento a comunicación previa de las anteriores actuaciones no será de aplicación a edificaciones con valores patrimoniales, en los términos previstos la legislación de protección del patrimonio cultural ya sea porque se encuentren incluidas en un catálogo de protección, situa-

que cumpla con las determinaciones contenidas el apartado 5 del propio artículo 61 para poder ser considerado un uso complementario. En el caso de la producción de energías renovables, tal consideración implicará que a la superficie máxima ocupable no se le computará la superficie del cultivo en invernadero, ni la ocupada por otras construcciones, ni las instalaciones de energía renovable instaladas sobre ellos y, en su caso, no podrá ser superior al 15 % de la superficie realmente explotada, ni al 10 % de la superficie de la explotación agraria. Este límite, sin embargo, no se aplicará en aquellos casos en los que se pretenda la instalación de generación de energía fotovoltaica en la cubierta de instalaciones, construcciones y edificaciones existentes en cualquier categoría de suelo rústico (art. 72, párrafo tercero, LSENPC<sup>156</sup>). Lo mismo cabe decir respecto de las edificaciones de nueva planta o aquellas que sean objeto de reforma integral, rehabilitación o remodelación, ya se encuentren en situación de conformidad legal de consolidación o de fuera de ordenación, en la medida en que habrán de prever e implantar, sin perjuicio del mantenimiento de los usos preexistentes, una ocupación del 100 % de la superficie de la cubierta no afectada por otras instalaciones legalmente exigibles, según el uso correspondiente, con placas solares fotovoltaicas. En su caso, además, la ocupación podrá complementarse con placas solares térmicas, incluso en contra de las determinaciones territoriales o urbanísticas<sup>157</sup>, salvo justificación técnica en el proyecto sobre la

das en conjuntos históricos, en los entornos de protección de monumentos declarados bien de interés cultural o presenten indudables valores patrimoniales, en cuyo caso y a los efectos de cumplir con los objetivos frente al cambio climático, se deberá justificar expresamente una solución técnica que se considere compatible con la preservación de los valores culturales.

<sup>156</sup> El citado Decreto ley 5/2024, de 24 de junio, por el que se modifica la Ley 6/2022, de 27 de diciembre, de cambio climático y transición energética de Canarias, modifica también el artículo 72 LSENPC, que matiza la anterior afirmación al indicar que *«cuando se trate de invernaderos, solo se podrá autorizar [la instalación de generación de energía fotovoltaica en la cubierta de instalaciones, construcciones y edificaciones existentes en cualquier categoría de suelo rústico, como uso complementario, y sin sujeción a los límites del artículo 61.5 LSENPC] cuando no implique una disminución de su superficie cultivada, de su productividad, de su rentabilidad y de la calidad de los productos agrícolas. En estos casos, debe contar con informe favorable del Departamento competente en materia de agricultura, sobre los referidos extremos. Dicho informe no será preceptivo en el caso de las actuaciones previstas en el artículo 61.5 ya mencionado»*. Dicha reforma añade igualmente un apartado 4 al referido precepto a cuyo tenor *«en suelo rústico de protección de infraestructuras, la instalación de placas fotovoltaicas se considera un uso compatible con la infraestructura principal, pudiendo implantarse hasta un porcentaje de su superficie que no perjudique su finalidad principal»*.

<sup>157</sup> En este sentido, conviene destacar que la disposición derogatoria única establece, en su apartado 5 (introducido por el referido Decreto ley 5/2024 de 24 de junio, por el que se modifica la Ley 6/2022, de 27 de diciembre, de cambio climático y transición energética de Canarias), la derogación, con aplicación directa, de cualesquiera determinaciones territoriales o urbanísticas contrarias o restrictivas de la implantación de energías renovables sobre cubiertas de edificaciones, construcciones e instalaciones y de las obras necesarias

imposibilidad de tal ocupación. La disposición adicional vigesimocinco LSENPC<sup>158</sup> recuerda en este sentido que las estructuras portantes de dichas placas no computarán como edificabilidad, salvo que el volumen que se cree pueda tener una finalidad distinta o adicional a la de soporte de tales placas<sup>159</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

Es innegable que el Registro de la Propiedad puede desempeñar un importante papel auxiliar en la consecución, por parte de las Administraciones Públicas, de los objetivos nacionales e internacionales en materia de sostenibilidad, especialmente por lo que respecta al fomento de la instalación y explotación de parques de energías renovables. Tras la reforma operada en la Ley Hipotecaria en el año 2015 y el reconocimiento legal de lo que hasta entonces se había venido llamando información asociada, los Registros de la Propiedad pueden servir para obtener *fotografías* fidedignas del estado jurídico-real en que se encuentra el territorio, favoreciendo de esta manera la adopción de unas u otras políticas públicas en atención a la porción concreta de dicho territorio sobre la que se quiera o pretenda actuar.

Pero, con carácter previo, para ello es necesario que estos parques de energías renovables tengan acceso al folio registral. Si bien esta cuestión no plantea problemas cuando la instalación se realice y explote por el propietario del terreno sobre la que se construya, en aquellos casos en que dicha instalación se pretenda llevar a cabo sobre un suelo ajeno, supuesto este bastante frecuente en la práctica dado el valor del suelo y el valor de la inversión que es necesario realizar en la instalación, la posibilidad de la constancia registral dependerá en gran medida del negocio jurídico suscrito entre el propietario del terreno y quien pretende realizar y explotar dicha instalación de energía reno-

---

que les sirvan de soporte, en suelo urbano, urbanizable y rústico, salvo las aplicables a conjuntos históricos, bienes de interés cultural o elementos objeto de protección de inmuebles catalogados.

<sup>158</sup> También introducida por la reforma de la LSENPC operada por el tantas veces citado Decreto ley 5/2024, de 24 de junio, por el que se modifica la Ley 6/2022, de 27 de diciembre, de cambio climático y transición energética de Canarias.

<sup>159</sup> De acuerdo con el párrafo segundo de la propia disposición adicional, esta previsión no se aplicará a edificaciones con valores patrimoniales, en los términos previstos la legislación de protección del patrimonio cultural (ya sea porque se encuentren incluidas en un catálogo de protección, por estar situadas en conjuntos históricos, por estarlo en los entornos de protección de monumentos declarados bien de interés cultural o por presentar indudables valores patrimoniales). En tales casos, y a los efectos de cumplir con los objetivos frente al cambio climático, se deberá justificar expresamente una solución técnica que se considere compatible con la preservación de los valores culturales.

vable. Y, por supuesto, de las previsiones del planeamiento y de la normativa urbanística de cada Comunidad Autónoma.

Los mecanismos más habituales en nuestro ordenamiento jurídico para arbitrar esta finalidad (fundamentalmente, el derecho de superficie o el derecho de vuelo), si bien perfectamente válidos, presentan algunas restricciones, derivadas fundamentalmente de su muy parca regulación, lo que puede justificar la búsqueda de otras instituciones a las que poder acudir para configurar un negocio jurídico que permita satisfacer plenamente los intereses y necesidades de las partes sin desconocer las exigencias en seguridad jurídica y seguridad del tráfico que configuran la esencia de la institución registral. En cualquier caso, bien se recurra al uso de instituciones típicas con contenido atípico, bien se haga al uso de instituciones atípicas (como sucede, al menos en el Derecho común, con el derecho de aprovechamiento parcial que algunos ordenamientos civiles territoriales sí contemplan y que, *lege ferenda*, sería recomendable que el legislador regulara expresamente, como han hecho el legislador catalán y el navarro), el título constitutivo del derecho que va a servir de sustento al negocio jurídico pretendido adquiere una importancia fundamental. Lo hace desde una perspectiva formal, en la medida en que será necesaria su constitución en escritura pública para acceder al Registro de la Propiedad. Pero también, y especialmente, desde un punto de vista material, pues será allí donde las partes deberán garantizar que el derecho se ha configurado dentro de los límites impuestos por las normas existentes sobre la materia, de haberlas, por la moral y por el orden público. Se evita de esta manera, por ejemplo, la configuración de *iura in re aliena* perpetuos, especialmente en aquellos casos en que las facultades otorgadas a su titular puedan privar de una parte importante de su valor y utilidad a la finca gravada.

## BIBLIOGRAFÍA

ALONSO PÉREZ, María Teresa: *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000.

- «Los requisitos formales de constitución del derecho de superficie: una ocasión más para la polémica entre la tesis unitaria y la dualista», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 680, 2003, pp. 3085-3112.
- «Artículo 531», en CAÑIZARES LASO, Ana; DE PABLO CONTRERAS, Pedro; ORDUÑA MORENO, Javier y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario: *Código civil comentado*, vol. 1, Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 2097-2100.
- «La temporalidad del derecho de superficie y los efectos de su extinción», en Alonso Pérez, María Teresa (dir.): *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda. Desde los problemas generados por la vivienda en propiedad ordinaria*

- financiada con créditos hipotecarios a otras modalidades jurídico-reales de acceso a la vivienda*, Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 349-400.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio: «El derecho de pastos y las servidumbres personales como categorías jurídicas», *Revista de Derecho Privado*, 1980, pp. 463-494.
- ANDERSON, Miriam: «Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret i d'Entitas Jurídiques (octubre 2014)», *InDret*, núm. 2, 2015, pp. 1-21.
- ARNAIZ EGUREN, Rafael: *Terreno y edificación, propiedad horizontal y prehorizontalidad*, Thomson Reuters, Navarra, 2015 (2.ª edición).
- ARRIETA SEVILLA, José Luis: «La calificación registral en el Registro de la Propiedad digital y gráfico», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 740, Madrid, 2013, pp. 3671-3702.
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (coord.): *PROPUESTA DE CÓDIGO CIVIL*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 488-500.
- AZNAR SÁNCHEZ-PARODI, Irene: *El papel de la autonomía privada en el ámbito de los derechos reales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- BADOSA COLL, Ferrán, et al.: «Ley 22/2001, de 31 de diciembre, de Regulación de los derechos de superficie, de servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente», en Colegio de Registradores (coord.), *Comentarios de Derecho Patrimonial Catalán*, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 445-544.
- BADOSA COLL, Ferrán: «Els sistemes adquisitius dels drets reals», en Àrea de Dret Civil. Universitat de Girona (coord.): *La codificació dels drets reals a Catalunya. Materials de les Catorzenes Jornades de Dret català a Tossa*, Girona, 2007, pp. 83-100.
- «El derecho de superficie creador de una nueva finca y de un nuevo derecho de propiedad. El art. 564-1 del Libro Quinto del Cod Civil de Catalunya», en BADOSA COLL, F.: *Articles seleccionats*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 269-294.
- BALLESTEROS ALONSO, Manuel: «Derecho de vuelo. El derecho de sobre y subedificación», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 612, 1992, pp. 2055-2083.
- BERNAD MAINAR, Rafael: «Algunos aspectos jurídico privados relacionados con la energía eólica: una evidencia más de la presencia del Derecho Romano en la actualidad», *Revista Internacional de Derecho Romano*, núm. 27, 2021, pp. 129-236.
- BLANQUER UBEROS, Roberto: *Acerca del derecho de superficie*, Colegios Notariales de España, Madrid, 2007.
- CÁMARA ÁGUILA, María del Pilar: «El derecho de superficie urbano: una aproximación a su configuración unitaria o dual», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 648, 1998, pp. 1623-1662.
- DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel: *El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000 (2.ª edición).
- DE LA RICA Y ARENAL, Ramón: *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de España, Madrid, 1959.
- DE SALAS MURILLO, Sofía: «El derecho de superficie en la Ley del Suelo de 2007: una aproximación inicial», en GÓMEZ GÁLIGO, Francisco Javier: *Homenaje al prof. Manuel Cuadrado Iglesias*, tomo II, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 1465-1518.
- DEL POZO CARRASCOA, Pedro, VAQUER ALOY, Antoni, y BOSCH CAPDEVILLA, Esteve: *Derecho Civil de Cataluña. Derechos Reales*, Marcial Pons, Madrid (7.ª edición), 2023.

- DÍEZ-PICAZO, Luis: «Autonomía privada y Derechos Reales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 513, 1976, pp. 273-305.
- FONT BOIX, Vicente: «El derecho de vuelo y el de superficie. Especial referencia a sus relaciones con la propiedad horizontal», *Revista de Derecho Notarial*, núm. 57-58, 1967, pp. 7-62.
- FOSAR BENLLOCH, Enrique: «Problemas registrales que plantea la modalidad urbanística del derecho de superficie», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, 1958, pp. 849-865.
- GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Civitas, Madrid, 1988.
- GARCÍA GARCÍA, Sara: «Reglamento (UE) 2018/1999 del Parlamento Europeo y Del Consejo de 11 de diciembre de 2018 sobre la gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima», *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 88, 2019, pp. 54-56.
- GARRIDO PALMA, Víctor Manuel: «¿Superficies solo cedit? El principio de acceso y el principio de superficie», *Revista de Derecho Notarial*, núm. 63, 1969, pp. 88-164.
- GIMÉNEZ ELORRIAGA, Juan Carlos: «Plan Nacional Integrado de Energía y Clima: hoja de ruta energética para una década», *Gas Actual*, núm. 150, 2019, pp. 38-41.
- GINER GARGALLO, Antonio, y CLAVEL HERNÁNDEZ, Vicenç: «Capítulo VII. El derecho de vuelo. Comentario», en Giner Gargallo, A. (dir.), y Clavel Hernández, V. (coord.): *Derechos reales. Comentarios al Libro V del Código civil de Cataluña*, Tomo III, Bosch, 2008, pp. 1601-1662.
- GOMEZA OLARRA, Jorge: «El derecho de vuelo», en Valle Muñoz, José Luis, Arnáiz Ramos, Rafael, y Decanato Autonómico de los Registradores de Cataluña (coord.): *Derechos reales de Cataluña. Comentarios al libro quinto del Código Civil de Cataluña*, tomo II, Atelier, Barcelona, 2017, pp. 1223-1243.
- GUILARTE ZAPATERO, Vicente: *El derecho de superficie*, Aranzadi, Pamplona, 1966.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, LUNA SERRANO, Agustín, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, RAMS ALBESA, Joaquín, y MENDOZA OLIVAN, Víctor: *Elementos de Derecho Civil III. Derechos reales*, vol. II, Bosch, Barcelona, 1991 (2.<sup>a</sup> ed.).
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luis Miguel: «El inadecuado régimen urbanístico del derecho de superficie», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXIX, fascículo III, 2016, pp. 781-864.
- MATHEU DELGADO, José Arturo: *Derechos de vuelo y de subsuelo. Doctrina registral y jurisprudencial*, Dykinson, 2011.
- MARZAL RODRÍGUEZ, Pascual: «Comentario al art. 1611 CC», en CAÑIZARES LASO, Ana, DE PABLO CONTRERAS, Pedro, ORDUÑO MORENO, Javier, y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (dirs.): *Código Civil Comentado*, volumen IV, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 570-572.
- MENA-BERNAL ESCOBAR, María José: *¿Es constitutiva la inscripción del derecho de superficie?*, Tecnos, Madrid, 1994.
- MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, María Dolores: «Capítulo III. De los derechos de sobreedificación y subedificación», en Rubio Torrano, Enrique (dir.): *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 1453-1471.

- NAVAS NAVARRO, Susana: *El derecho real de aprovechamiento parcial*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007.
- NEBREDÁ PÉREZ, Joaquín María: *Distribución eléctrica. Concurrencia de disciplinas jurídicas*, Thomson Civitas, Madrid, 2003 (2.ª edición).
- OSSORIO MORALES, Juan: *Las servidumbres personales*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936.
- PALACIOS GONZÁLEZ, María Dolores: «Servidumbres prediales y personales: en especial, las servidumbres personales (típicas y atípicas)», en Cerdeira Bravo de Mansilla, Guillermo (dir.), *Tratado de servidumbres*, La Ley, Madrid, 2015, pp. 183-214.
- PASCUAL NÚÑEZ, María: «La evaluación ambiental estratégica del Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030 y la integración de los aspectos ambientales en la planificación pública para la próxima década», *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 109, 2021, pp. 1-12.
- PASCUAL NÚÑEZ, María, y SANZ SAN MIGUEL, Carlos: «La conjunción del Derecho y la ciencia para la determinación de la sostenibilidad de las energías renovables en el futuro paradigma energético de Europa», *Bioderecho*, núm. 12, 2020, pp. 1-20.
- PÉREZ GONZÁLEZ, Blas, y ALGUER, José, en WOLFF, Martin: *Derecho de cosas*, tomo III-2.º, 10.ª edición revisada por WOLFF, Martin, y RAISER, Ludwig, Bosch, Barcelona, 1971, 3.ª edición (de la traducción), con anotaciones de PÉREZ GONZÁLEZ, Blas, y ALGUER, José, al cuidado de PUIG BRUTAU, José.
- REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis: «Capítulo 2. Prediales y personales. Legales o forzosas y voluntarias», en Rebolledo Varela, Ángel Luis (coord.): *Tratado de servidumbres*, tomo I, Aranzadi, Navarra (2013), pp. 73-87.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *Los derechos reales de goce en cosa ajena*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019.
- ROCA SASTRE, Ramón María: «Ensayo sobre el derecho de superficie», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 392-393, 1961, pp. 7-66.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Diego: «Los objetivos de descarbonización y el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima: una valoración», *Presupuesto y gasto público*, núm. 97, 2019, pp. 79-101.
- SANAHUJA I TOMÁS, Josep: «En torno al vuelo de las fincas urbanas», *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, 1972, pp. 829-834.
- SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena y GARCÍA GARCÍA, Juan Antonio: «Derecho civil y urbanismo: relaciones e interacciones», en Villar Rojas, Francisco José (dir.): *Derecho Urbanístico de Canarias*, Thomson Reuters Aranzadi, 2010, pp. 605-644.
- SOTO BISQUERT, Antonio: «El derecho de vuelo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 485, 1971, pp. 923-958.
- TRUJILLO CABRERA, Carlos: «El derecho de superficie en la nueva Ley del Suelo», *Revista Jurídica de Canarias*, núm. 9, 2008, pp. 13-39.
- *Representación gráfica de las fincas en el Registro de la Propiedad*, Boletín Oficial del Estado, 2017.
- VÁZQUEZ ASENJO, Óscar Germán: *La información territorial asociada a las bases gráficas registrales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.
- «Reflexiones sobre la custodia del territorio», en Institut de Dret privat europeu i comparat. Universitat de Girona (coord.): *El Llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Materials de les Divuitenes Jornades de Dret català a Tossa*, Girona, 2015, pp. 407-416.
- VILALTA NICUESA, Aura Esther: *El derecho de superficie. La superficie rústica*, Bosch, Barcelona, 2008.

- VILLAR ROJAS, Francisco Javier: «Los proyectos de interés público: urbanismo de proyecto “versus” urbanismo de plan», en VILLAR ROJAS, Francisco Javier; GONZÁLEZ SANFIEL, Andrés Manuel y HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco Lorenzo: *Crisis del planeamiento urbanístico: alternativas*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 67-88.
- VILLAR ROJAS, Francisco Javier; HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco Lorenzo, y GONZÁLEZ SANFIEL, Andrés Manuel: *Lecciones de Derecho urbanístico de Canarias*, Thomson Reuters, Navarra, 2022.

## RESOLUCIONES CONSULTADAS

- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de octubre de 1947 (RJ 1947\1480)
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de enero de 1984 (RJ 1984\426)
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de febrero de 1986 (RJ 1986\1006)
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de abril de 2002 (RJ 2002\8121)
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de noviembre de 2002 (RJ 2003\3938)
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de diciembre de 2002 (RJ 2002\1181)
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de diciembre de 2005 (RJ 2006\3890)
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de febrero de 2007 (RJ 2007\6137)
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de febrero de 2007 (RJ 2007\6138)
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de febrero de 2007 (RJ 2007\6139)
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de abril de 2010 (RJ 2010\2740)
- Resolución de la Dirección General de los Recursos y del Notariado de 3 de junio de 2011 (RJ 2012\3166),
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de febrero de 2012 (RJ 2012\5948)
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de junio de 2012 (RJ 2012\10061)
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de septiembre de 2012 (RJ 2012\10394)
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de febrero de 2015 (RJ 2015\1217)
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de mayo de 2016 (RJ 2016\3984)
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de septiembre de 2016 (RJ 2016\4615)
- Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 13 de marzo de 2020 (RJ 2020\2983)

- Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 26 de junio de 2023 (BOE de 14/07/2023)
- Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 26 de julio de 2023 (BOE de 28/09/2023)
- Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 29 de agosto de 2023 (BOE de 12/10/2023)
- Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 25 de octubre de 2023 (BOE de 22/11/2023)
- Resolución de la Dirección General del Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña de 1 de diciembre de 2010 (JUS/4284/2010)

## JURISPRUDENCIA CONSULTADA

- Sentencia del Tribunal Constitucional 86/2019, de 20 de junio (RTC 2019\86). Ponente Excmo. Sr. D. Juan José González Rivas
- Sentencia del Tribunal Constitucional 25/2024, de 13 de febrero (RTC 2024\25). Ponente desconocido
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1932 (RJ 2023\5237). Ponente Excmo. Sr. D. Miguel Hernández
- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1947 (RJ 1947\760). Ponente desconocido
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1964 (RJ 1964\439). Ponente Excmo. Sr. D. Tomás Ogayar y Ayllón
- Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1979 (RJ 1979\420). Ponente Excmo. Sr. D. Jaime De Castro García
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1979 (RJ 1979\1187). Ponente Excmo. Sr. D. Manuel González Alegre y Bernardo
- Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1980 (RJ 1980\1233). Ponente Excmo. Sr. D. Manuel González Alegre y Bernardo
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1984 (RJ 1984\3243). Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Fernández Rodríguez
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1988 (RJ 1988\5601). Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Sánchez Jáuregui
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1990 (RJ 1990\5949). Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba
- Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1991 (RJ 1991\9598). Ponente Excmo. D. Sr. Pedro González Poveda
- Sentencia del Tribunal Supremo 140/1993, de 23 de febrero (RJ 1993\1223). Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros
- Sentencia del Tribunal Supremo 154/1995, de 3 de marzo (RJ 1995\1775). Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes
- Sentencia del Tribunal Supremo 695/1999, de 31 de julio (RJ 1999\6221). Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª) de 31 de enero de 2001 (RJ 2001\1083). Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate
- Sentencia del Tribunal Supremo 808/2001, de 26 de julio (RJ 2001\8427). Ponente Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez
- Sentencia del Tribunal Supremo 1110/2002, de 26 de noviembre (RJ 2002\9935). Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Romero Lorenzo

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª) de 11 de octubre de 2006 (RJ 2007/804). Ponente Excmo. Sr. D. Fernando Ledesma Bartret
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª) de 26 de junio de 2007 (RJ 2007\3898). Ponente Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina
- Sentencia del Tribunal Supremo 389/2009, de 27 de mayo (RJ 2009\3047). Ponente Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana
- Sentencia del Tribunal Supremo 724/2010, 11 de noviembre (RJ 2010\8044). Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana
- Sentencia del Tribunal Supremo 773/2013, de 10 de diciembre (RJ 2014\355). Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 24/2002, de 16 de septiembre (RJ 2002\9541). Ponente Illmo. Sr. D. Lluís Puig i Ferriol
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid 46/2001, de 13 de febrero (AC 2001\818). Ponente Illmo. Sr. D. Miguel Ángel Sendino Arenas
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres 359/2004, 20 de septiembre (JUR 2004\274255). Illmo. Sr. D. Antonio María González Floriano
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres 341/2007, de 25 de julio (JUR 2007\306803). Ponente Illmo. Sr. D. Juan Francisco Bote Saavedra
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 164/2006, de 22 de marzo (JUR 2006\148635). Ponente Illmo. Sr. D. Ángel Luis Sobrino Blanco
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife 212/2006, de 14 de junio (JUR 2006\259110). Ponente Illmo. Sr. D. Pablo José Moscoso Torres

# CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA

**JULIA AMMERMAN YEBRA**

Profesora ayudante doctora de Derecho civil

Departamento de Dereito Común

Universidade de Santiago de Compostela

SUMARIO: I. *Legislación*. A) Normativa Vigente.–Derecho de consumo. Derecho de Sociedades. Propiedad Intelectual. Responsabilidad Civil y Seguros. B) Propuestas, Proyectos y Trabajos Legislativos. Derecho de Consumo. Inteligencia Artificial. Marcas, Dibujos y Modelos. Propiedad Intelectual.–II. *Procedimientos Jurisdiccionales*.–Competencia, reconocimiento, ley aplicable y ejecución. Cooperación Judicial. Derecho de Consumo. Derecho de Contratos. Derecho de la Competencia. Derecho de Sociedades. Inteligencia Artificial. Marcas, Dibujos y Modelos. Propiedad Intelectual. Protección de Datos. Responsabilidad Civil y Seguros.

## I. LEGISLACIÓN

### A) NORMATIVA VIGENTE

#### DERECHO DE CONSUMO

- 1. Directiva (UE) 2024/2853 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y por la que se deroga la Directiva 85/374/CEE del Consejo (Texto pertinente a efectos del EEE), DOUE, L, 2024/2853, de 18 de noviembre de 2024.**

#### DERECHO DE SOCIEDADES

- 2. Directiva (UE) 2025/25 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 2024, por la que se modifican las Directivas 2009/102/CE y (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la ampliación y mejora del uso de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades (Texto pertinente a efectos del EEE), DOUE, L, 2025/25, de 10 de enero de 2025.**

## PROPIEDAD INTELECTUAL

3. **Reglamento (UE) 2024/2822 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 6/2002 del Consejo, sobre los dibujos y modelos comunitarios, y se deroga el Reglamento (CE) núm. 2246/2002 de la Comisión (Texto pertinente a efectos del EEE), DOUE, L, 2024/2822, de 18 de noviembre de 2024.**
4. **Directiva (UE) 2024/2823 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos (versión refundida) (Texto pertinente a efectos del EEE), DOUE, L, 2024/2823, de 18 de noviembre de 2024.**

## RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

5. **Directiva (UE) 2025/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2024, por la que se establece un marco para la recuperación y la resolución de las empresas de seguros y reaseguros, y por la que se modifican las Directivas 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2007/36/CE, 2014/59/UE y (UE) 2017/1132 y los Reglamentos (UE) núm. 1094/2010, (UE) núm. 648/2012, (UE) núm. 806/2014 y (UE) 2017/1129, (Texto pertinente a efectos del EEE), DOUE, L, 2025/1, de 8 de enero de 2025.**

## B) PROPUESTAS, PROYECTOS Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

## DERECHO DE CONSUMO

6. **P9\_TA(2024)0139 – Modificación de la Directiva relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo – Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2024, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2013/11/UE, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, así como las Directivas (UE) 2015/2302, (UE) 2019/2161 y (UE) 2020/1828 (COM(2023)0649 – C9-0384/2023 – 2023/0376(COD)) (Procedimiento legislativo ordinario: primera lectura), DOUE, C/2025/1028, de 27 de febrero de 2025.**

## INTELIGENCIA ARTIFICIAL

7. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo a) Inteligencia artificial de uso general: el camino por recorrer tras el Reglamento de Inteligencia Artificial (Dictamen exploratorio solicitado por la Comisión Europea) b) Una tecnología segura para el futuro: la inteligencia artificial (Dictamen exploratorio solicitado por la Presidencia húngara) – INT/1055, DOUE, C/2025/113, de 10 de enero de 2025.**

8. **Reglamento de Ejecución (UE) 2025/454 de la Comisión, de 7 de marzo de 2025, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo referente a la creación de un grupo de expertos científicos independientes en el ámbito de la inteligencia artificial, DOUE, L, 2025/454, de 10 de marzo de 2025.**

#### MARCAS, DIBUJOS Y MODELOS

9. **Reglamento de Ejecución (UE) 2025/73 de la Comisión, de 17 de enero de 2025, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2245/2002 de ejecución del Reglamento (CE) núm. 6/2002 del Consejo sobre los dibujos y modelos comunitarios, DOUE, L, 2025/73, de 20 de enero de 2025.**

#### PROPIEDAD INTELECTUAL

10. **Decisión (UE) 2024/2685 del Consejo, de 26 de septiembre de 2024, por la que se autoriza la apertura de negociaciones, en nombre de la Unión Europea, en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, del Tratado sobre el Derecho de los Diseños, DOUE, L, 2024/2685, de 11 de octubre de 2024.**

## II. PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES

#### COMPETENCIA, RECONOCIMIENTO, LEY APLICABLE Y EJECUCIÓN

11. **Asunto C-264/23, Booking.com y Booking.com (Deutschland): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 19 de septiembre de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Rechtbank Amsterdam – Países Bajos) – Booking.com BV, Booking.com (Deutschland) GmbH / 25hours Hotel Company Berlin GmbH, y otros [Procedimiento prejudicial – Competencia – Artículo 101 TFUE – Acuerdos entre empresas – Contratos celebrados entre una plataforma de reservas en línea y hoteleros – Cláusulas de paridad de tarifas – Restricción accesoria – Exención por categorías – Acuerdos verticales – Reglamento (UE) núm. 330/2010 – Artículo 3, apartado 1 – Definición del mercado de referencia], DOUE, C/2024/6391, de 4 de noviembre de 2024.**
12. **Asunto C-540/24, Cabris Investments: Petición de decisión prejudicial planteada por el Handelsgericht Wien (Austria), el 8 de agosto de 2024 – Cabris Investments Ltd / Revetas Capital Advisors LLP, DOUE, C/2024/6635, de 11 de noviembre de 2024.**
13. **Asunto C-551/24, Deutsche Lufthansa: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Krakowie (Polonia) el 14**

de agosto de 2024 – Deutsche Lufthansa AG/AirHelp Germany GmbH, DOUE, C/2024/6913, de 25 de noviembre de 2024.

14. Asunto C-618/24, Isergartler: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria) el 24 de septiembre de 2024 – XR y otros / SM, DOUE, C/2024/6926, de 25 de noviembre de 2024.
15. Asunto C-574/24, Flutter Entertainment: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Wien (Austria) el 27 de agosto 2024 – Flutter Entertainment plc / KJ, DOUE, C/2024/7019, de 2 de diciembre de 2024.
16. Asunto C-291/23, Hantoch: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 7 de noviembre de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Düsseldorf – Alemania) – LS / PL [Procedimiento prejudicial – Competencia judicial en materia civil – Reglamento (UE) núm. 650/2012 – Artículo 10, apartado 1 – Competencia subsidiaria en materia de sucesiones mortis causa – Residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento situada en un tercer Estado – Criterio del lugar en que se encuentren bienes de la herencia en un Estado miembro – Momento decisivo – Apreciación en el momento del fallecimiento], DOUE, C/2025/40, de 6 de enero de 2025.
17. Asunto C-791/24, TERVE Production: Petición de decisión prejudicial planteada por el Najvyšší súd Slovenskej republiky (República de Eslovaquia) el 13 de noviembre de 2024 – TERVE Production, spol. s r.o. / Intesa Sanpaolo Holding International S. A., DOUE, C/2025/1077, de 24 de febrero de 2025.

#### COOPERACIÓN JUDICIAL

18. Asunto C-774/22, FTI Touristik (Elemento de extranjería): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 29 de julio de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Nürnberg – Alemania) – JX / FTI Touristik GmbH [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Artículo 18 – Competencia judicial en materia de contratos celebrados por los consumidores – Determinación de la competencia internacional y territorial de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro – Elemento de extranjería – Viaje a un tercer Estado], DOUE, C/2024/5770, de 7 de octubre de 2024.
19. Asunto C-86/23, HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung II: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 5 de septiembre de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Varhoven kasatsionen sad – Bulgaria) – E. N. I., Y. K. I. / HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung AG [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Ley aplicable a las obligaciones

extracontractuales – Reglamento (CE) núm. 864/2007 – Artículo 16 – Leyes de policía – Accidente de tráfico – Derechos de indemnización reconocidos a los miembros de la familia del fallecido – Principio de equidad a efectos de la indemnización del daño moral sufrido – Criterios de apreciación], DOUE, C/2024/6060, de 21 de octubre de 2024.

20. Asunto C-501/23, Finanzamt Wilmersdorf (Medios materiales de trabajador independiente): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 19 de septiembre de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – DL / Land Berlin [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Procedimientos de insolvencia – Reglamento (UE) 2015/848 – Artículo 3 – Competencia internacional – Centro de intereses principales de una persona física que ejerce una actividad independiente – Concepto de centro principal de actividad – Concepto de establecimiento – Presidente del consejo de vigilancia de una sociedad anónima], DOUE, C/2024/6396, de 4 de noviembre de 2024.
21. Asunto C-494/23, Mahá: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 4 de octubre de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Nejvyšší soud – República Checa) – QE, IJ / DP, EB [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Artículo 1, apartado 1 – Ámbito de aplicación – Materia civil y mercantil – Concepto – Procedimiento de sustitución del consentimiento del demandado sobre el levantamiento del depósito judicial de un bien del que se han incautado las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley – Artículo 8, punto 2 – Demanda de intervención – Concepto de terceros], DOUE, C/2024/6898, de 25 de noviembre de 2024.
22. Asuntos acumulados C-289/23 y C-305/23, Corván y Bacigán: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 7 de noviembre de 2024 (peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante y el Juzgado de lo Mercantil núm. 10 de Barcelona) – Agencia Estatal de la Administración Tributaria, S. E. I. / A, Agencia Estatal de la Administración Tributaria [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Directiva (UE) 2019/1023 – Procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas – Artículo 1, apartado 4 – Objeto y ámbito de aplicación – Extensión de los procedimientos a las personas físicas insolventes que no sean empresarios – Artículo 20 – Acceso a la exoneración de deudas – Artículo 23, apartados 1, 2 y 4 – Excepciones – Exclusión de la exoneración de deudas de categorías específicas de créditos – Persona física que deviene insolvente – Buena fe del deudor – Requisitos de acceso a la exoneración de deudas – Exclusión de los créditos públicos], DOUE, C/2025/39, de 6 de enero de 2025.
23. Asunto C-394/22, Oilchart International: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 14 de noviembre de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Hof van beroep te Antwerpen – Bélgica) – Oilchart International NV / O. W. Bunker (Nether-

lands) BV, ING Bank NV [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Ámbito de aplicación – Artículo 1, apartado 2, letra b) – Exclusión – Concepto de quiebra, convenios entre quebrado y acreedores, y demás procedimientos análogos – Acción que se deriva directamente de un procedimiento de insolvencia y guarda una estrecha vinculación con él – Acción de reclamación del pago de un crédito presentada tras la declaración de insolvencia de la sociedad deudora y la inclusión de dicho crédito en la masa pasiva – Reglamento (CE) núm. 1346/2000], DOUE, C/2025/126, de 13 de enero de 2025.

24. Asunto C-526/23, VariusSystems: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 28 de noviembre de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria) – VariusSystems digital solutions GmbH / GR, propietario de la empresa B & amp; amp; G [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Competencias especiales – Demanda en materia contractual – Artículo 7, punto 1, letra b), segundo guion – Contrato de prestación de servicios – Programa informático desarrollado en un Estado miembro y adaptado a las necesidades de un cliente residente en otro Estado miembro – Lugar de cumplimiento], DOUE, C/2025/370, de 27 de enero de 2025.
25. Asunto C-389/23, Bulgarfrukt: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 5 de diciembre de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Wedding – Alemania) – Bulgarfrukt – Fruchthandels GmbH/Oranzherii Gimel II EOOD [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Proceso monitorio europeo – Reglamento (CE) núm. 1896/2006 – Requerimiento europeo de pago declarado ejecutivo – Notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil – Reglamento (CE) núm. 1393/2007 – Falta de notificación o traslado válido constatada durante la ejecución – Normativa nacional que establece una vía de recurso que permite al demandado solicitar la anulación de un requerimiento europeo de pago – Consecuencias jurídicas – Obligación del juez que conoce del asunto de declarar la nulidad del requerimiento europeo de pago], DOUE, C/2025/514, de 3 de febrero de 2025.
26. Asunto C-633/22, Real Madrid Club de Fútbol: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 4 de octubre de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation – Francia) – Real Madrid Club de Fútbol, AE / EE, Société Editrice du Monde SA [Procedimiento prejudicial – Espacio de libertad, seguridad y justicia – Cooperación judicial en materia civil – Competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Artículos 34 y 45 – Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales – Revocación de un otorgamiento de la ejecución de resoluciones judiciales

– **Motivos de denegación – Orden público del Estado miembro requerido – Condena de un periódico y de uno de sus periodistas por menoscabo de la reputación de un club deportivo – Daños y perjuicios – Artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Libertad de prensa**, DOUE, C/2025/687, de 10 de febrero de 2025.

#### DERECHO DE CONSUMO

27. **Asunto C-468/24, Netz Niederösterreich: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landesgericht St. Pölten (Austria) el 3 de julio de 2024 – SR / Netz Niederösterreich GmbH, DOUE, C/2024/5406, de 16 de septiembre de 2024.**
28. **Sentencia del Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio, de 23 de mayo de 2024 en los asuntos acumulados E-13/22 y E-1/23 – Birgir Þór Gylfason y Jórunn S. Gröndal v Landsbankinn hf. y Elva Dögg Sverrisdóttir y Ólafur Viggó Sigurðsson v Íslandsbanki hf. – Protección de los consumidores – Directiva 2014/17/UE – Tipos de interés variables – Préstamos hipotecarios – Requisitos de transparencia – Directiva 93/13/CEE – Directiva 2008/48/CE – Cláusulas contractuales abusivas, DOUE, C/2024/5988, de 3 de octubre de 2024.**
29. **Sentencia del Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio, de 23 de mayo de 2024 en el asunto E-4/23 – Neytendastofa (Agencia de Consumidores de Islandia) contra Íslandsbanki hf. (Directiva 2008/48/CE – contratos de crédito al consumo – Protección de los consumidores – Tasa anual equivalente – Tipos de interés variables – Información precontractual – Información contenida en el contrato de crédito – Transparencia – Información clara y concisa – Comparación de ofertas diferentes – Formulario SECCI), DOUE, C/2024/5989, de 3 de octubre de 2024.**
30. **Asunto C-471/24, PKO BP: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Częstochowie (Polonia) el 3 de julio de 2024 – J. J. / PKO BP S. A., DOUE, C/2024/5786, de 7 de octubre de 2024.**
31. **Asunto C-469/24, Tuleka: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy w Rzeszowie (Polonia) el 3 de julio de 2024 – B. F. (1), B. F. (2) / Z. sp. z o.o., DOUE, C/2024/6074, de 21 de octubre de 2024.**
32. **Asunto C-488/24, Kigas: Petición de decisión prejudicial planteada por el Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Lituania) el 11 de julio de 2024 – D. V. / Kigas MB, DOUE, C/2024/6077, de 21 de octubre de 2024.**
33. **Asunto C-273/23, Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni y otros (Criterio de sustituibilidad): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 19 de septiembre de 2024 (petición de deci-**

sión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato – Italia) – Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni y otros / Telecom Italia SpA y otros (Procedimiento prejudicial – Redes y servicios de comunicaciones electrónicas – Servicio universal y derechos de los usuarios – Directiva 97/33/CE – Artículo 5 – Directiva 2002/22/CE – Artículo 13 – Financiación de las obligaciones de servicio universal – Concepto de carga no equitativa o injusta – Definición de las entidades que participan en el mecanismo de financiación del coste neto de estas obligaciones – Normativa nacional que establece la participación de los operadores de telefonía móvil en dicho mecanismo – Criterios – Grado de sustituibilidad entre los servicios de telefonía fija y los servicios de telefonía móvil), DOUE, C/2024/6392, de 4 de noviembre de 2024.

34. Asunto C-330/23, Aldi Süd: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 26 de septiembre de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Düsseldorf – Alemania) – Verbraucherzentrale Baden-Württemberg e. V. / Aldi Süd Dienstleistungs-SE & amp; Co. OHG (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Indicación de los precios de los productos – Directiva 98/6/CE – Artículo 6 bis – Anuncios de reducción del precio – Requisitos – Concepto de precio anterior – Obligación de determinar la reducción del precio anunciada sobre la base del precio anterior), DOUE, C/2024/6621, de 11 de noviembre de 2024.
35. Asunto C-558/24, Corendon Airlines: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Landshut (Alemania) el 16 de agosto de 2024 – Corendon Airlines (Turistik Hava Tasimacilik AS) / Myflyright GmbH, DOUE, C/2024/6638, de 11 de noviembre de 2024.
36. Asunto C-509/24, Investcapital: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción no 3 de Arucas (España) el 22 de julio de 2024 – Investcapital Ltd / M. H. S., DOUE, C/2024/6907, de 25 de noviembre de 2024.
37. Asunto C-564/24, Eisenberger Gerüstbau: Petición de decisión prejudicial planteada por el Kammergericht Berlin (Alemania) el 20 de agosto de 2024 – Eisenberger Gerüstbau GmbH / JK, DOUE, C/2024/6916, de 25 de noviembre de 2024.
38. Asunto C-566/24, Helpfind Recovery: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi (Polonia) el 21 de agosto de 2024 – Helpfind Recovery sp. z o.o. przeciwko Santander Bank Polska S. A., DOUE, C/2024/7017, de 2 de diciembre de 2024.
39. Asunto C-76/22, Santander Bank Polska: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 17 de octubre de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy dla Warszawy-Woli w Warszawie – Polonia) – QI / Santander Bank Polska S. A. (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 2014/17/UE – Contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial – Artículo 25, aparta-

do 1 – Reembolso anticipado – Derecho del consumidor a una reducción del coste total del crédito – Artículo 4, punto 13 – Concepto de coste total del crédito para el consumidor – Gastos que dependen de la duración del contrato – Comisión vinculada a la concesión del crédito pagadera en el momento de la celebración del contrato – Método de cálculo de la reducción), DOUE, C/2024/7133, de 9 de diciembre de 2024.

40. Asunto C-409/23, Riveryt: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 17 de octubre de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden – Países Bajos) – Riveryt GmbH, sucesora legal de Arvato Finance BV / MI (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 2008/48/CE – Ámbito de aplicación – Contratos de crédito al consumo – Excepciones – Artículo 2, apartado 2, letra f) – Contratos de crédito concedidos libres de intereses y sin ningún otro tipo de gastos o que prevean gastos mínimos – Servicio de pago aplazado Compre ahora, pague después – Demora en el pago – Intereses de demora y gastos de cobro extrajudicial), DOUE, C/2024/7149, de 9 de diciembre de 2024.
41. Asunto C-339/23, Horyzont: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 24 de octubre de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy w Siemianowicach Śląskich – Polonia) – Horyzont Niestandaryzowany Sekurytyzacyjny Fundusz Inwestycyjny Zamknięty / LC (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Contratos de crédito al consumo – Directiva 2008/48/CE – Riesgo de endeudamiento excesivo – Artículo 8 – Obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor – Artículo 10 – Información que debe mencionarse en los contratos de crédito – Artículo 23 – Sanción en caso de incumplimiento de esa obligación – Sanciones equivalentes – Carácter efectivo, proporcionado y disuasorio de la sanción aplicada), DOUE, C/2024/7291, de 16 de diciembre de 2024.
42. Asunto C-347/23, Zabitoń: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 24 de octubre de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Warszawie – Polonia) – LB, JL / Getin Noble Bank S. A. (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores – Artículo 2, letra b) – Concepto de consumidor – Contrato de préstamo hipotecario indexado a una moneda extranjera – Persona física que ha adquirido un bien inmueble residencial destinado a ser arrendado a título oneroso), DOUE, C/2024/7292, de 16 de diciembre de 2024.
43. Asunto C-600/24, GD Partners: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy w Gdyni (Polonia) el 16 de septiembre de 2024 – GD Partners Sp. z o.o / Spółdzielcza Kasa Oszczędnościowo – Kredytowa im. Franciszka Stefczyka, DOUE, C/2024/7306, de 16 de diciembre de 2024.
44. Asunto C-178/23, ERB New Europe Funding II: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 7 de noviembre de 2024 (petición

de decisión prejudicial planteada por el Tribunalul Specializat Mureş – Rumanía) – ERB New Europe Funding II / YI (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Artículo 7, apartado 1 – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores – Facultades y obligaciones del órgano jurisdiccional nacional – Primera vía de recurso ejercitada por el consumidor ante el órgano jurisdiccional correspondiente al domicilio del profesional sin la asistencia de un abogado y sin que el consumidor participe en los debates – Segunda vía de recurso ejercitada por el consumidor ante el órgano jurisdiccional correspondiente a su domicilio con la asistencia de un abogado – Autoridad de cosa juzgada – Artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Tutela judicial efectiva del consumidor), DOUE, C/2025/38, de 6 de enero de 2025.

45. Asunto C-646/22, *Compass Banca*: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 14 de noviembre de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato – Italia) – *Compass Banca SpA / Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* [Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 2005/29/CE – Artículos 2, letra j), 5, 8 y 9 – Concepto de consumidor medio – Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores – Concepto de práctica comercial agresiva – Venta cruzada de un préstamo personal y de un producto de seguro no vinculado – Orientación de la información facilitada al consumidor – Concepto de framing (encuadramiento) – Práctica comercial consistente en ofrecer simultáneamente a un consumidor una oferta de préstamo personal y una de un producto de seguro no vinculado a ese préstamo – Inexistencia de período de reflexión entre las fechas de firma del contrato de préstamo y la del contrato seguro – Directiva (UE) 2016/97 – Artículo 24], DOUE, C/2025/127, de 13 de enero de 2025.
46. Asunto T-189/21: Sentencia del Tribunal General de 13 de noviembre de 2024 – *Aloe Vera of Europe/Comisión* [«Protección de los consumidores – Sustancias sujetas a restricción, prohibición o control de la Unión – Artículo 8, apartados 1 y 2, y anexo III del Reglamento (CE) núm. 1925/2006 – Prohibición de preparados de la hoja de especies de Aloe que contengan derivados hidroxiantracénicos – Artículo 1, punto 1, tercera mención, del Reglamento [UE] 2021/468»], DOUE, C/2025/158, de 13 de enero de 2025.
47. Asunto T-271/21: Sentencia del Tribunal General de 13 de noviembre de 2024 – *Ortis/Comisión* [«Protección de los consumidores – Sustancias sujetas a restricción, prohibición o control de la Unión – Artículo 8, apartados 1 y 2, y anexo III del Reglamento (CE) núm. 1925/2006 – Prohibición y control de determinadas sustancias y preparados que contengan derivados hidroxiantracénicos – Artículo 1, puntos 1, menciones primera y segunda, y 2, menciones primera y segunda, del Reglamento (UE) 2021/468 – Conceptos de sustancia, ingrediente y preparados – Error de Derecho»], DOUE, C/2025/159, de 13 de enero de 2025.

48. **Asunto T-274/21: Sentencia del Tribunal General de 13 de noviembre de 2024 – Synadiet y otros/Comisión** [«Protección de los consumidores – Sustancias sujetas a restricción, prohibición o control de la Unión – Artículo 8, apartados 1 y 2, y anexo III del Reglamento (CE) núm. 1925/2006 – Prohibición y control de determinadas sustancias y preparados que contengan derivados hidroxiantracénicos – Artículo 1, puntos 1, menciones primera a tercera, y 2, del Reglamento (UE) 2021/468 – Conceptos de sustancia, ingrediente y preparados – Error de Derecho»], DOUE, C/2025/160, de 13 de enero de 2025.
49. **Asunto T-302/21: Sentencia del Tribunal General de 13 de noviembre de 2024 – Aboca y otros/Comisión** [«Protección de los consumidores – Sustancias sujetas a restricción, prohibición o control de la Unión – Artículo 8, apartados 1 y 2, y anexo III del Reglamento (CE) núm. 1925/2006 – Prohibición y control de determinadas sustancias y preparados que contengan derivados hidroxiantracénicos – Artículo 1, puntos 1, menciones primera a tercera, y 2, del Reglamento (UE) 2021/468 – Conceptos de sustancia, ingrediente y preparados – Error de Derecho»], DOUE, C/2025/161, de 13 de enero de 2025.
50. **Asunto C-679/24, UniCredit Bank y Momentum Credit: Petición de decisión prejudicial planteada por el Fővárosi Törvényszék ( Hungría) el 15 de octubre de 2024 – HL / UniCredit Bank Zrt. y Momentum Credit Zrt.**, DOUE, C/2025/378, de 27 de enero de 2025.
51. **Asunto C-699/24, Kołama: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Warszawie (Polonia) el 21 de octubre de 2024 – mBank S. A. / AZ, MZ**, DOUE, C/2025/380, de 27 de enero de 2025.
52. **Asunto C-379/23, Guldbrev: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 5 de diciembre de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Svea hovrätt, Patent- och marknadsöverdomstolen – Suecia) – Guldbrev AB / Konsumentombudsmannen (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Prácticas comerciales desleales – Directiva 2005/29/CE – Artículo 2, letras c), d) e i) – Artículo 3, apartado 1 – Ámbito de aplicación – Concepto de producto – Oferta conjunta consistente en la tasación y compra de un bien)**, DOUE, C/2025/513, de 3 de febrero de 2025.
53. **Asunto C-49/24, Rzecznik Finansowy: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 28 de noviembre de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Najwyższy – Polonia) – Rzecznik Finansowy (Procedimiento prejudicial – Artículo 53, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores – Efectos de la declaración del carácter abusivo de una cláusula – Contrato de crédito bancario que contiene cláusulas abusivas – Nulidad de dicho contrato – Acciones de restitución – Derecho de retención – Artículo 267 TFUE – Cuestión jurídica planteada a un tribunal supremo – Inexistencia de litigio – Inadmisibilidad manifiesta)**, DOUE, C/2025/519, de 3 de febrero de 2025.

54. Asunto C-744/24, Bank Polska Kasa Opieki: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy we Włodawie (Polonia) el 24 de octubre de 2024 – P. W. / Bank Polska Kasa Opieki S. A., DOUE, C/2025/529, de 3 de febrero de 2025.
55. Asunto C-746/24, Gryczara: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Warszawie (Polonia) el 25 de octubre de 2024 – Bank Millennium S. A. / PR, DOUE, C/2025/530, de 3 de febrero de 2025.
56. Asunto C-747/24, Drocha: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Warszawie (Polonia) el 28 de octubre de 2024 – Bank Millennium S. A. / PA, DOUE, C/2025/531, de 3 de febrero de 2025.
57. Asunto C-752/24, Jangielak: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Warszawie (Polonia) el 30 de octubre de 2024 – mBank S. A. / KŁ i JŁ, DOUE, C/2025/532, de 3 de febrero de 2025.
58. Asunto C-753/24, Rzepacz: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Warszawie (Polonia) el 30 de octubre de 2024 – Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski S. A. / MS i MS, DOUE, C/2025/533, de 3 de febrero de 2025.
59. Asunto C-300/23, Kutxabank: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 12 de diciembre de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Donostia – San Sebastián – España) – NB / Kutxabank S. A. [Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores – Contrato de préstamo hipotecario – Cláusula que establece un tipo de interés variable – Índice de referencia basado en las tasas anuales equivalentes (TAE) de los préstamos hipotecarios concedidos por las cajas de ahorro – Índice oficial establecido mediante un acto administrativo publicado – Indicaciones que figuran en el preámbulo de ese acto – Control relativo a la exigencia de transparencia – Apreciación del carácter abusivo – Principio de efectividad], DOUE, C/2025/692, de 10 de febrero de 2025.
60. Asunto C-767/24, Kuszycka: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Warszawie (Polonia) el 6 de noviembre de 2024 – mBank S. A. / ML, DOUE, C/2025/709, de 10 de febrero de 2025.
61. Asunto C-157/23, Ford Italia: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 19 de diciembre de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por la Corte suprema di cassazione – Italia) – Ford Italia SpA / ZP, Stracciari SpA (Procedimiento prejudicial – Aproximación de las legislaciones – Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos – Directiva 85/374/CEE – Artículo 3, apartado 1 – Concepto de productor – Concepto de persona que se presente como productor – Requisitos – Suministrador cuyo nombre coincide parcialmente con el del productor y con la marca

que este ha puesto en el producto), DOUE, C/2025/1062, de 24 de febrero de 2025.

62. Asunto C-761/24, AXA Bank Belgium y otros: Petición de decisión prejudicial planteada por el Budapest Környéki Törvényszék (Hungría) el 5 de noviembre de 2024 – HM y JD / AXA Bank Belgium SA y otros, DOUE, C/2025/1075, de 24 de febrero de 2025.
63. Asunto C-821/24, A1 Bulgaria: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sofiyski rayonon sad (Bulgaria) el 28 de noviembre de 2024 – A1 Bulgaria EAD, DOUE, C/2025/1082, de 24 de febrero de 2025.
64. Asunto C-831/24, Machski: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy w Białymstoku (Polonia) el 5 de diciembre de 2024 – K. J. / P., DOUE, C/2025/1407, de 3 de marzo de 2025.

#### DERECHO DE CONTRATOS

65. Asunto C-481/24, E.: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie (Polonia) el 10 de julio de 2024 – E. sp. j. / C. sp. z o.o., DOUE, C/2024/5787, de 7 de octubre de 2024.
66. Asunto C-546/22, Schauinsland-Reisen: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 4 de octubre de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria) – GF / Schauinsland-Reisen GmbH [Procedimiento prejudicial – Viajes combinados y servicios de viaje vinculados – Directiva (UE) 2015/2302 – Artículo 12, apartado 3 – Terminación de un contrato de viaje combinado por el organizador – Circunstancias inevitables y extraordinarias – Imposibilidad de realización del viaje por tales circunstancias – Recomendación oficial que desaconseja los viajes al país de destino debido a la propagación de la COVID-19], DOUE, C/2024/7005, de 2 de diciembre de 2024.
67. Asuntos acumulados C-650/23 y C-705/23, Hembesler y otros: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 17 de octubre de 2024 [peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Landesgericht Korneuburg (C-650/23), Landgericht Düsseldorf (C-705/23) – Austria, Alemania] – E EAD / DW (C-650/23), Flightright GmbH / Condor Flugdienst GmbH (C-705/23) [Procedimiento prejudicial – Transportes aéreos – Viaje combinado – Reglamento (CE) núm. 261/2004 – Artículo 3, apartado 6 – Directiva (UE) 2015/2302 – Artículo 14, apartado 5 – Aplicación acumulativa – Límites – Reglamento núm. 261/2004 – Artículo 3, apartado 2 – Artículo 4, apartado 3 – Compensación a los pasajeros en caso de denegación de embarque – Pasajeros informados previamente de una denegación de embarque – Información errónea – Operador turístico que transborda a los pasajeros a otro vuelo – Vuelo realizado, no obstante, por el transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo como estaba programado – Obligación de compensación que

incumbe al transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo – Artículo 13 – Posibilidad de reclamar compensación al operador turístico], DOUE, C/2024/7151, de 9 de diciembre de 2024.

68. Asunto C-616/24, All Nippon Airways: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Frankfurt am Main (Alemania) el 23 de septiembre de 2024 – RU / All Nippon Airways Co. Ltd., DOUE, C/2025/140, de 13 de enero de 2025.
69. Asunto C-629/24, Costa Crociere y otros: Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation (Francia) el 25 de septiembre de 2024 – MH, Costa Crociere SpA / Costa Crociere SpA, Axyme Selàrl, Generali IARD SA, Hiscox Insurance Company Ltd, Caisse primaire d'assurance maladie (CPAM) de Paris, DI, DM, WT, Croisière club SAS, Hiscox SA, Caisse primaire d'assurance maladie (CPAM) du Puy-De-Dôme, DOUE, C/2025/143, de 13 de enero de 2025.
70. Asunto C-669/24, Verbraucherzentrale Bundesverband: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Düsseldorf (Alemania) el 11 de octubre de 2024 – Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. / Vodafone GmbH, DOUE, C/2025/377, de 27 de enero de 2025.
71. Asunto C-807/24, Blue Style: Petición de decisión prejudicial planteada por el Nejvyšší soud (República Checa) el 21 de noviembre de 2024 – N. K. / Blue Style a.s., DOUE, C/2025/1216, de 3 de marzo de 2025.
72. Asunto T-656/24, European Air Charter: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Düsseldorf (Alemania) el 6 de diciembre de 2024 – NI y HZ / European Air Charter Aktiengesellschaft, DOUE, C/2025/1233, de 3 de marzo de 2025.

#### DERECHO DE LA COMPETENCIA

73. Asunto C-48/22 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 10 de septiembre de 2024 – Google LLC, Alphabet Inc. / Comisión Europea (Recurso de casación – Competencia – Abuso de posición dominante – Mercados de la búsqueda general y de la búsqueda especializada de productos en Internet – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 102 TFUE y del artículo 54 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo – Abuso por efecto de palanca – Competencia basada en los méritos o práctica contraria a la competencia – Presentación preferente de los resultados del propio servicio de búsqueda especializada de la empresa dominante – Efectos contrarios a la competencia potenciales – Relación de causalidad entre abuso y efectos – Carga de la prueba – Hipótesis de contraste – Capacidad de expulsión – Criterio del competidor de igual eficacia), DOUE, C/2024/6220, de 28 de octubre de 2024.

74. **Asunto T-334/19: Sentencia del Tribunal General de 18 de septiembre de 2024 – Google y Alphabet/Comisión (Google AdSense for Search) («Competencia – Abuso de posición dominante – Mercado de la intermediación de publicidad en motores de búsqueda en línea en el EEE – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 102 TFUE y del artículo 54 del Acuerdo EEE – Obligación de suministro exclusivo – Restricciones contractuales»)**, DOUE, C/2024/6420, de 4 de noviembre de 2024.
75. **Asunto T-671/19: Sentencia del Tribunal General de 18 de septiembre de 2024 – Qualcomm/Comisión (Qualcomm – precios predatorios) («Competencia – Abuso de posición dominante – Mercado de microchips de banda base UMTS – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 102 TFUE y del artículo 54 del Acuerdo EEE – Precios predatorios – Competencia del autor del acto – Derecho de defensa – Definición del mercado pertinente – Posición dominante – Abuso – Reconstrucción de los precios – Determinación de los costes de referencia – Análisis de precios y costes – Inexistencia de la obligación de demostrar efectos concretos – Intención de expulsar a un competidor – Justificación objetiva – Cálculo del importe de la multa – Directrices para el cálculo de las multas de 2006 – Valor de las ventas – Importe adicional – Competencia jurisdiccional plena»)**, DOUE, C/2024/6421, de 4 de noviembre de 2024.
76. **Asunto C-240/22 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 24 de octubre de 2024 – Comisión Europea / Intel Corporation Inc., Association for Competitive Technology Inc., y otros (Recurso de casación – Competencia – Abuso de posición dominante – Mercado de los microprocesadores – Decisión que declara una infracción del artículo 102 TFUE y del artículo 54 del Acuerdo EEE – Descuentos por fidelidad – Calificación de práctica abusiva – Estrategia destinada a expulsar del mercado a competidores al menos igualmente eficientes que la empresa en posición dominante)**, DOUE, C/2025/32, de 6 de enero de 2025.

#### DERECHO DE SOCIEDADES

77. **Asunto C-643/23, Agenciart – Management Artístico: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 14 de noviembre de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal da Relação de Lisboa – Portugal) – Agenciart – Management Artístico, Lda / CT (Procedimiento prejudicial – Directiva 2011/7/UE – Lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales – Artículo 2, punto 3 – Concepto de empresa – Ejercicio de una actividad profesional independiente – Actriz – Contrato de agencia – Proceso monitorio)**, DOUE, C/2025/134, de 13 de enero de 2025.
78. **Asunto C-798/24, Jautiva: Petición de decisión prejudicial planteada por la Satversmes tiesa (Letonia) el 19 de noviembre de 2024 – A y otros/Latvijas Republikas Saeima**, DOUE, C/2025/895, de 17 de febrero de 2025.

## INTELIGENCIA ARTIFICIAL

79. **Asunto C-806/24, Yettel Bulgaria: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sofiyski rayonen sad (Bulgaria) el 25 de noviembre de 2024 – Yettel Bulgaria EAD / FB, DOUE, C/2025/1080, de 24 de febrero de 2025.**

## MARCAS, DIBUJOS Y MODELOS

80. **Asunto T-595/23: Sentencia del Tribunal General de 26 de junio de 2024 – beckberg/EUIPO (Representación de un pollito saliendo del cascarón) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa un pollito saliendo del cascarón – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/5797, de 7 de octubre de 2024.**
81. **Asunto T-694/22: Sentencia del Tribunal General de 4 de septiembre de 2024 – CMT/EUIPO – Camomilla (CAMOMILLA italia) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión CAMOMILLA italia – Marca denominativa anterior de la Unión CAMOMILLA – Motivo de denegación relativo – Comparación de los productos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Facultad de modificación del Tribunal General»], DOUE, C/2024/6088, de 21 de octubre de 2024.**
82. **Asunto T-51/23: Sentencia del Tribunal General de 4 de septiembre de 2024 – OSR Enterprises/EUIPO – Möckel y Gramann (evolver) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión evolver – Caducidad parcial – Uso efectivo de la marca – Artículos 18, apartado 1, y 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Prueba del uso efectivo – Presentación extemporánea de documentos – Artículo 95, apartado 2, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C/2024/6089, de 21 de octubre de 2024.**
83. **Asunto T-73/23: Sentencia del Tribunal General de 4 de septiembre de 2024 – Tertianum/EUIPO – DPF (Tertianum) [Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca figurativa Tertianum – Registro internacional de la marca figurativa anterior Tertianum wohnen und leben im dritten alter – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b) del Reglamento (UE) 2017/1001] – Falta de uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 47, apartados 2 y 3, del Reglamento 2017/1001) – Naturaleza del uso – Prueba del uso efectivo], DOUE, C/2024/6090, de 21 de octubre de 2024.**

84. **Asunto T-166/23: Sentencia del Tribunal General de 4 de septiembre de 2024 – Dekoback/EUIPO – DecoPac (DECOPAC)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión DECOPAC – Causa de nulidad absoluta – Inexistencia de mala fe – Artículo 51, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 59, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/6091, de 21 de octubre de 2024.
85. **Asunto T-347/23: Sentencia del Tribunal General de 4 de septiembre de 2024 – EvivaMed Distribution/EUIPO – Galenica (VIVORA)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión VIVORA – Marca denominativa anterior VERFORA – Denegación parcial de la solicitud de registro – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/6092, de 21 de octubre de 2024.
86. **Asunto T-373/23: Sentencia del Tribunal General de 4 de septiembre de 2024 – Galenica/EUIPO – EvivaMed Distribution (VIVORA)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión VIVORA – Marca denominativa anterior VERFORA – Desestimación parcial de la oposición – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Interdependencia – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Obligación de motivación – Artículo 94, apartado 1, primera frase, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C/2024/6094, de 21 de octubre de 2024.
87. **Asunto T-452/23: Sentencia del Tribunal General de 4 de septiembre de 2024 – Bela Vizago Nature/EUIPO – Bidah (bidah chaumel ingredientes naturales)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión bidah chaumel ingredientes naturales – Causas de nulidad absoluta – Inexistencia de mala fe – Artículo 59, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/6095, de 21 de octubre de 2024.
88. **Asunto T-470/23: Sentencia del Tribunal General de 4 de septiembre de 2024 – Erzeugergemeinschaft Winzersekt/EUIPO – Milz (Hinterland)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión Hinterland – Causa de nulidad absoluta – Carácter distintivo – Falta del carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/6096, de 21 de octubre de 2024.
89. **Asunto T-568/23: Sentencia del Tribunal General de 4 de septiembre de 2024 – August Storck/EUIPO (MiT FREUDE NASCHEN!)** [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión Europea MiT FREUDE NASCHEN! – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Obligación de motivación – Artículo 94 del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C/2024/6098, de 21 de octubre de 2024.

90. **Asuntos acumulados T-361/23 a T-364/23: Sentencia del Tribunal General de 11 de septiembre de 2024 – Väderstad/EUIPO (Posición de una combinación de elementos de presentación) («Marca de la Unión Europea – Solicitudes de marcas de la Unión consistentes en la posición de una combinación de elementos de presentación – Objeto del litigio – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001»), DOUE, C/2024/6259, 28 de octubre de 2024.**
91. **Asunto T-603/23: Sentencia del Tribunal General de 11 de septiembre de 2024 – Borco-Marken-Import Matthiesen/EUIPO – Belles Marks (KINGSBURY) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión KINGSBURY – Marca denominativa anterior de la Unión FINSBURY – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/6260, de 28 de octubre de 2024.**
92. **Asunto T-497/23: Sentencia del Tribunal General de 18 de septiembre de 2024 – Fidia farmaceutici/EUIPO – Vorwärts Pharma (HYALERA) [Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión HYALERA – Marca nacional denominativa anterior HYAL – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001], DOUE, C/2024/6433, de 4 de noviembre de 2024.**
93. **Asunto T-1099/23: Sentencia del Tribunal General de 18 de septiembre de 2024 – Rodríguez Ruiz/EUIPO – Scherer (LEMOON) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión LEMOON – Marca nacional denominativa anterior LENNON – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/6434, de 4 de noviembre de 2024.**
94. **Asunto T-1168/23: Sentencia del Tribunal General de 18 de septiembre de 2024 – Richards Brothers Group/EUIPO – Masia Puigmoltó (EL CABRÓN) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión EL CABRÓN – Marca nacional figurativa anterior CABRÓ! – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/6435, de 4 de noviembre de 2024.**
95. **Asunto T-324/23: Sentencia del Tribunal General de 16 de octubre de 2024 – J. García Carrión/EUIPO – Calipso (LimoLife) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión LimoLife – Marcas denominativas anteriores de la Unión y nacional SIMON LIFE – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/7027, de 2 de diciembre de 2024.**

96. **Asunto T-554/23: Sentencia del Tribunal General de 9 de octubre de 2024 – Jopp – Pol Eksport – Import Ryszard Jopp – Krzysztof Jopp/EUIPO – SmarTT (Patas de muebles) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa unas patas de muebles – Falta de carácter singular – Inexistencia de impresión general distinta – Usuario informado – Usuario final – Utilización normal – Artículo 4, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Artículos 6 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 6/2002 – Examen de oficio de los hechos – Artículo 63, apartado 1, del Reglamento núm. 6/2002»], DOUE, C/2024/7028, de 2 de diciembre de 2024.**
97. **Asunto T-570/23: Sentencia del Tribunal General de 16 de octubre de 2024 – Telefónica Germany/EUIPO – ePlus (e.plus) [«Marca de la Unión Europea –Procedimiento de caducidad –Marca figurativa de la Unión e.plus –Falta de prueba del uso efectivo de la marca para determinados servicios –Determinación de subcategorías autónomas de servicios –Artículo 58, apartados 1, letra a), y 2, del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/7029, de 2 de diciembre de 2024.**
98. **Asunto T-604/23: Sentencia del Tribunal General de 16 de octubre de 2024 – ePlus/EUIPO – Telefónica Germany (e.plus) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión e.plus – Uso efectivo – Artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Obligación de motivación – Artículo 94, apartado 1, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C/2024/7030, de 2 de diciembre de 2024.**
99. **Asunto T-194/23: Sentencia del Tribunal General de 16 de octubre de 2024 – Fractal Analytics/EUIPO – Fractalia Remote Systems (FRACTALIA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión FRACTALIA – Uso efectivo de la marca – Artículos 18, apartados 1 y 2, y 58, apartado 1, letra a), y 2, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Pruebas presentadas por primera vez ante la Sala de Recurso – Artículo 27, apartado 4, del Reglamento Delegado (UE) 2018/625 – Naturaleza del uso – Apreciación de las pruebas – Comparación entre las subcategorías de servicios utilizados y la especificación de los servicios cubiertos por la marca»], DOUE, C/2024/7160, de 9 de diciembre de 2024.**
100. **Asunto T-211/23: Sentencia del Tribunal General de 16 de octubre de 2024 – Fractal Analytics/EUIPO (FRACTALIA Remote Systems) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión FRACTALIA Remote Systems – Uso efectivo de la marca – Artículos 18, apartados 1 y 2, y 58, apartados 1, letra a), y 2, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Pruebas presentadas por primera vez ante la Sala de Recurso – Artículo 27, apartado 4, del Reglamento Delegado (UE) 2018/625 – Naturaleza del uso – Apreciación de las pruebas – Comparación entre las subcategorías de servicios utilizados y la especificación de los servicios cubiertos por la marca»], DOUE, C/2024/7162, de 9 de diciembre de 2024.**

101. **Asunto T-344/23: Sentencia del Tribunal General de 16 de octubre de 2024 – Sergio Rossi/EUIPO – Stefano Ricci (sr 1) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión sr 1 – Marcas nacionales figurativas anteriores SR – Causa de nulidad relativa – Riesgo de confusión – Artículos 8, apartado 1, letra b), y 53, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículos 8, apartado 1, letra b), y 60, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Obligación de motivación – Artículo 94, apartado 1, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C/2024/7163, de 9 de diciembre de 2024.**
102. **Asunto T-506/23: Sentencia del Tribunal General de 16 de octubre de 2024 – Freistaat Bayern/EUIPO – Bundesverband Souvenir Geschenke Ehrenpreise (Neuschwanstein) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión Neuschwanstein – Nombres comerciales anteriores Neuschwanstein y Schloss Neuschwanstein – Causa de nulidad relativa – Artículos 8, apartado 4, y 53, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículos 8, apartado 4, y 60, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C/2024/7165, de 9 de diciembre de 2024.**
103. **Asunto T-508/23: Sentencia del Tribunal General de 16 de octubre de 2024 – Medspa /EUIPO – Hic (ALDO COPPOLA AMO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión ALDO COPPOLA AMO – Marcas nacionales y registro internacional denominativos anteriores MIAMO – Marca nacional y registro internacional figurativos anteriores MIAMO Healthy Skin System – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C/2024/7166, de 9 de diciembre de 2024.**
104. **Asunto T-25/23: Sentencia del Tribunal General de 23 de octubre de 2024 – Orgatex/EUIPO – Longton (Marcaciones de suelo) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa marcaciones de suelo – Artículos 3, letra a), y 25, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Unicidad del dibujo o modelo – Coherencia de las perspectivas»], DOUE, C/2024/7330, de 16 de diciembre de 2024.**
105. **Asunto T-307/23: Sentencia del Tribunal General de 23 de octubre de 2024 – Jima Projects/EUIPO – Salis Sulam (Representación de un zapato deportivo con dos líneas paralelas situadas en un lado) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión que representa un zapato deportivo con dos líneas paralelas situadas en un lado – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Obligación de motivación – Derecho de propiedad – Seguridad jurídica**

- **Confianza legítima»**], DOUE, C/2024/7331, de 16 de diciembre de 2024.
106. **Asunto T-332/23: Sentencia del Tribunal General de 23 de octubre de 2024 – Azaconsa/EUIPO – Lugar da Veiga (SHIP) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión SHIP – Marca figurativa anterior de la Unión Sea Biscuits – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»]**, DOUE, C/2024/7332, de 16 de diciembre de 2024.
107. **Asunto T-462/23: Sentencia del Tribunal General de 23 de octubre de 2024 – ePlus/EUIPO – Telefónica Germany (E-Plus) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión E-Plus – Causa de nulidad absoluta – Inexistencia de mala fe – Artículo 59, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»]**, DOUE, C/2024/7333, de 16 de diciembre de 2024.
108. **Asunto T-463/23: Sentencia del Tribunal General de 23 de octubre de 2024 – ePlus/EUIPO – Telefónica Germany (E-Plus) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión E-Plus – Causa de nulidad absoluta – Inexistencia de mala fe – Artículo 59, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»]**, DOUE, C/2024/7334, de 16 de diciembre de 2024.
109. **Asunto T-514/23: Sentencia del Tribunal General de 23 de octubre de 2024 – İlbay/EUIPO – Pella-eu (PELLA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión PELLA – Causa de nulidad absoluta – Mala fe – Artículo 59, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»]**, DOUE, C/2024/7337, de 16 de diciembre de 2024.
110. **Asunto T-523/23: Sentencia del Tribunal General de 23 de octubre de 2024 – Sumol + Compal Marcas/EUIPO – Boiron frères (FRUITOLOGY) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca denominativa FRUITOLOGY – Marca nacional denominativa anterior CENTRO DE FRUTOLOGIA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»]**, DOUE, C/2024/7339, de 16 de diciembre de 2024.
111. **Asunto T-605/23: Sentencia del Tribunal General de 23 de octubre de 2024 – Vinatis/EUIPO – Global Rambla Restauración (VINATIS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión VINATIS – Marca nacional figurativa anterior VINITUS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Obligación de motivación – Artículo 94, apartado 1, del Reglamento 2017/1001»]**, DOUE, C/2024/7340, de 16 de diciembre de 2024.
112. **Asunto T-1048/23: Sentencia del Tribunal General de 23 de octubre de 2024 – Grupo Bimbo/EUIPO (Forma de una galleta plana**

- y redonda) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca tridimensional de la Unión – Forma de una galleta plana y redonda – Causa de nulidad absoluta – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/7341, de 16 de diciembre de 2024.
113. Asunto T-1072/23: Sentencia del Tribunal General de 23 de octubre de 2024 – Nike Innovate/EUIPO (SUPPORT-FIT) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión SUPPORT-FIT – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/7342, de 16 de diciembre de 2024.
114. Asunto T-1132/23: Sentencia del Tribunal General de 23 de octubre de 2024 – Olvi/EUIPO – Koninklijke De Kuiper (FIZZ Cider) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa FIZZ Cider – Causas de nulidad absoluta – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículos 7, apartado 1, letras b) y c), y 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículos 7, apartado 1, letras b) y c), y 59, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Pruebas presentadas por primera vez ante la Sala de Recurso – Artículo 95, apartado 2, del Reglamento 2017/1001 – Artículo 27, apartado 4, del Reglamento Delegado (UE) 2018/625 – Obligación de motivación – Derecho a ser oído – Artículo 94, apartado 1, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C/2024/7343, de 16 de diciembre de 2024.
115. Asunto T-1167/23: Sentencia del Tribunal General de 23 de octubre de 2024 – Daimler Truck/EUIPO (TRUCKS YOU CAN TRUST) [«Marca de la Unión Europea – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca denominativa TRUCKS YOU CAN TRUST – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/7345, de 16 de diciembre de 2024.
116. Asunto T-59/24: Sentencia del Tribunal General de 23 de octubre de 2024 – BBF Company/EUIPO – Monster Energy (INSOMNIA ENERGY) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión INSOMNIA ENERGY – Marca figurativa anterior de la Unión MONSTER ENERGY – Causas de nulidad relativa – Perjuicio para el renombre – Ventaja desleal obtenida del carácter distintivo o del renombre de la marca anterior – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C/2024/7347, de 16 de diciembre de 2024.
117. Asunto T-561/22: Sentencia del Tribunal General de 6 de noviembre de 2024 – CFA Institute/EUIPO – Global Chartered Controller Institute (CCA CHARTERED CONTROLLER ANALYST CERTIFICATE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión CCA CHARTERED CONTROLLER ANALYST CERTIFICATE –

**Marcas denominativa anterior de la Unión CFA y figurativa anterior de la Unión CFA CHARTERED FINANCIAL ANALYST – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Resolución adoptada tras la anulación parcial por el Tribunal General de una resolución anterior – Alcance del litigio ante la Sala de Recurso – Fuerza de cosa juzgada», DOUE, C/2025/61, de 6 de enero de 2025.**

118. **Asunto T-118/23: Sentencia del Tribunal General de 6 de noviembre de 2024 – House of Prince/EUIPO – Biały (AROMA KING) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión AROMA KING – Marca nacional denominativa anterior KING’S – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Carácter distintivo elevado de la marca anterior – Inexistencia de posición distintiva autónoma», DOUE, C/2025/63, de 6 de enero de 2025.**
119. **Asunto T-136/23: Sentencia del Tribunal General de 6 de noviembre de 2024 – Vintae Luxury Wine Specialists/EUIPO – Grande Vitae (vintae) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión Vintae – Marca nacional denominativa anterior VITAE – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 – Pruebas presentadas por primera vez ante la Sala de Recurso – Artículo 27, apartado 4, del Reglamento Delegado (UE) 2018/625 – Inexistencia de caducidad por tolerancia – Artículo 53, apartado 2, del Reglamento núm. 40/94», DOUE, C/2025/64, de 6 de enero de 2025.**
120. **Asunto T-396/23: Sentencia del Tribunal General de 6 de noviembre de 2024 – Stada Arzneimittel/EUIPO – Bioiberica (DAOgest) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión DAOgest – Marca denominativa anterior de la Unión DAOSIN – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001», DOUE, C/2025/66, de 6 de enero de 2025.**
121. **Asunto T-425/23: Sentencia del Tribunal General de 6 de noviembre de 2024 – Consejo Regulador Aceite de Jaén/EUIPO – Agrícola La Loma (VEGA DEL OBISPO BIO Jaén PRODUCTOS ECOLÓGICOS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión VEGA DEL OBISPO BIO Jaén PRODUCTOS ECOLÓGICOS – Causas de nulidad absoluta – Artículo 7, apartado 1, letras f), g) y j), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Admisibilidad de las pruebas presentadas por primera vez ante la Sala de Recurso – Artículo 95, apartados 1 y 2, del Reglamento 2017/1001 – Artículo 27, apartado 4, del Reglamento Delegado (UE) 2018/625 – Derecho a ser oído – Artículo 94,**

apartado 1, segunda frase, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C/2025/67, de 6 de enero de 2025.

122. Asunto T-507/23: Sentencia del Tribunal General de 6 de noviembre de 2024 – ZB/EUIPO – Muhsinoglu (X ENERGY DRINK) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión ENERGY DRINK – Marca figurativa anterior de la Unión X Energy Drink – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Obligación de motivación – Artículo 94, apartado 1, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C/2025/68, de 6 de enero de 2025.
123. Asunto T-1100/23: Sentencia del Tribunal General de 6 de noviembre de 2024 – IN TIME Express Logistik/EUIPO (inTime AGILE LOGISTICS) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión inTime Agile Logistics – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Obligación de motivación – Artículo 94, apartado 1, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C/2025/69, de 6 de enero de 2025.
124. Asunto T-200/23: Sentencia del Tribunal General de 6 de noviembre de 2024 – Domingo Alonso Group/EUIPO – Ald Automotive y Salvador Caetano Auto (my CARFLIX) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión my CARFLIX – Marca nacional figurativa anterior CarFlex – Causa de nulidad relativa – Riesgo de confusión – Artículos 8, apartado 1, letra b), y 60, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2025/169, de 13 de enero de 2025.
125. Asunto T-359/23: Sentencia del Tribunal General de 6 de noviembre de 2024 – Sociéte des produits Nestlé/EUIPO – Amigiuitos pets & amp; life (THE ONLY ONE by alphaspirt wild and perfect) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión THE ONLY ONE by alphaspirt wild and perfect – Marca denominativa anterior de la Unión ONE – Motivos de denegación relativos – Artículo 8, apartados 1, letra b), y 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), y 5, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Resolución adoptada tras la anulación de una resolución anterior por el Tribunal General – Artículo 72, apartado 6, del Reglamento 2017/1001 – Fuerza de cosa juzgada – Obligación de motivación – Artículo 94, apartado 1, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C/2025/170, de 13 de enero de 2025.
126. Asunto T-426/23: Sentencia del Tribunal General de 13 de noviembre de 2024 – Chiquita Brands/EUIPO – Compagnie financière de participation (Figura de forma ovalada en colores azul y amarillo) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión que representa una forma ovalada en colores azul y amarillo – Causa de nulidad absoluta – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Regla-

mento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento núm. 40/94 (actualmente artículo 7, apartado 3, del Reglamento 2017/1001)», DOUE, C/2025/171, de 13 de enero de 2025.

127. Asunto T-524/23: Sentencia del Tribunal General de 13 de noviembre de 2024 – Boehringer Ingelheim Pharma/EUIPO – Glenmark Pharmaceuticals Europe (Forma de inhalador) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca tridimensional de la Unión – Forma de inhalador – Causa de nulidad absoluta – Signo constituido exclusivamente por la forma del producto necesaria para obtener un resultado técnico – Artículos 7, apartado 1, letra e), inciso ii), y 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículos 7, apartado 1, letra e), inciso ii), y 59, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Obligación de motivación – Artículo 94, apartado 1, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C/2025/172, de 13 de enero de 2025.
128. Asunto T-533/23: Sentencia del Tribunal General de 6 de noviembre de 2024 – ChiCom Marketing/EUIPO – China Faw Group (Hongqi) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión Hongqi – Causa de nulidad absoluta – Mala fe – Artículo 59, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2025/173, de 13 de enero de 2025.
129. Asunto T-544/23: Sentencia del Tribunal General de 6 de noviembre de 2024 – Puma/EUIPO – Zheng (Representación de insignia) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Europea que representa una insignia – Marcas figurativas anteriores de la Unión Europea que representan una banda – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de similitud entre los signos – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Inexistencia de menoscabo para el renombre – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C/2025/174, de 13 de enero de 2025.
130. Asunto T-559/23: Sentencia del Tribunal General de 13 de noviembre de 2024 – Skins IP/EUIPO – Symphony (S SKINS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión S SKINS – Uso efectivo de la marca – Artículo 58, apartados 1, letra a), y 2, del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2025/175, de 13 de enero de 2025.
131. Asunto T-614/23: Sentencia del Tribunal General de 13 de noviembre de 2024 – Praha Alfa-Med/EUIPO – Rifetech (Aparatos e instalaciones para diagnosis médicas o de laboratorio) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa aparatos e instalaciones para diagnosis médicas o de laboratorio – Dibujo o modelo anterior – Obligación de motivación – Falta de carácter singular –

- Inexistencia de impresión general distinta – Usuario informado – Grado de libertad del autor – Artículos 4 a 6, 25, apartado 1, letra b), y 62 del Reglamento (CE) núm. 6/2002», DOUE, C/2025/176, de 13 de enero de 2025.
132. Asunto T-1091/23: Sentencia del Tribunal General de 6 de noviembre de 2024 – Freddo Freddo/EUIPO – Crema (doffre) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión doffre – Registro internacional de la marca figurativa anterior Freddo Freddo – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2025/178, de 13 de enero de 2025.
133. Asunto T-1124/23: Sentencia del Tribunal General de 13 de noviembre de 2024 – Dyadema/EUIPO – Pegador (PEGADOR) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión PEGADOR – Marca denominativa anterior de la Unión PECCATORE – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2025/179, de 13 de enero de 2025.
134. Asunto T-1127/23: Sentencia del Tribunal General de 13 de noviembre de 2024 – Butzkies Schiemann/EUIPO – U. S. Corrosion Technologies (CorrosionX) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión CorrosionX – Causa de nulidad absoluta – Mala fe – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 59, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Admisibilidad de las observaciones de respuesta presentadas ante la Sala de Recurso – Artículo 24, apartado 1, del Reglamento Delegado (UE) 2018/625»], DOUE, C/2025/180, de 13 de enero de 2025.
135. Asunto T-1146/23: Sentencia del Tribunal General de 6 de noviembre de 2024 – W. L. Gore & Associates/EUIPO – Angiokard med. Spritzguß (Cardioflow) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Cardioflow – Marca denominativa anterior de la Unión CARDIOFORM – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2025/181, de 13 de enero de 2025.
136. Asunto T-1169/23: Sentencia del Tribunal General de 13 de noviembre de 2024 Interapotheke/EUIPO – Q4 Media (miababy) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión miababy – Marca figurativa anterior de la Unión ia BABY interapotheke – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2025/182, de 13 de enero de 2025.

137. Asunto T-15/24: Sentencia del Tribunal General de 13 de noviembre de 2024 – IServ/EUIPO – Jordanova y otros (IServ) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión IServ – Marca nacional denominativa anterior Info Serv – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Valor jurídico de las traducciones – Artículo 26 del Reglamento de Ejecución (UE) 2018/626»], DOUE, C/2025/183, de 13 de enero de 2025.
138. Asunto T-16/24: Sentencia del Tribunal General de 13 de noviembre de 2024 – IServ/EUIPO – Jordanova y otros (IServ) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión IServ – Marca denominativa nacional anterior Info Serv – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Valor jurídico de las traducciones – Artículo 26 del Reglamento de Ejecución (UE) 2018/626»], DOUE, C/2025/184, de 13 de enero de 2025.
139. Asunto T-78/24: Sentencia del Tribunal General de 13 de noviembre de 2024 – Golden Support/EUIPO – Sky International (Skyliner) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión Skyliner – Marca figurativa anterior de la Unión SKY – Causa de nulidad relativa – Riesgo de confusión – Artículos 8, apartado 1, letra b), y 53, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículos 8, apartado 1, letra b), y 60, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2025/185, de 13 de enero de 2025.
140. Asunto T-82/24: Sentencia del Tribunal General de 13 de noviembre de 2024 – Administration of the State Border Guard Service of Ukraine/EUIPO (RUSSIAN WARSHIP, GO F\*\*K YOURSELF) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión RUSSIAN WARSHIP, GO F\*\*K YOURSELF – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Eslogan político – Igualdad de trato – Principio de buena administración – Artículo 71, apartado 1, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C/2025/186, de 13 de enero de 2025.
141. Asuntos acumulados T-64/23 a T-66/23: Sentencia del Tribunal General de 13 de noviembre de 2024 – Aesculap/EUIPO – Aeneas (AESKUCARE Food Intolerance, AESKUCARE y AESKUCARE Allergy) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitudes de marcas figurativas de la Unión AESKUCARE Food Intolerance y AESKUCARE Allergy y denominativa AESKUCARE – Marcas denominativas anteriores de la Unión y nacionales AESCULAP – Motivo de denegación relativo – Perjuicio para el nombre – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Adhesiones a los recursos»], DOUE, C/2025/263, de 20 de enero de 2025.

142. Asunto T-545/23: Sentencia del Tribunal General de 13 de noviembre de 2024 – G. M. P. Group/EUIPO – Audi (Llantas para ruedas) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa llantas para ruedas – Dibujo o modelo anterior – Motivos de nulidad – Carácter singular – Impresión general – Grado de libertad del autor – Artículos 6 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002»], DOUE, C/2025/266, de 20 de enero de 2025.
143. Asunto T-3/24: Sentencia del Tribunal General de 13 de noviembre de 2024 – DDCF/EUIPO (SUSTAINABLE BY DESIGN) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión SUSTAINABLE BY DESIGN – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2025/267, de 20 de enero de 2025.
144. Asunto T-799/21: Sentencia del Tribunal General de 27 de noviembre de 2024 – European Food/EUIPO – Société des produits Nestlé (FITNESS) [Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión FITNESS – Causas de nulidad absoluta – Presentación de pruebas por primera vez ante la Sala de Recurso – Artículo 95, apartado 2, del Reglamento (UE) 2017/1001], DOUE, C/2025/545, de 3 de febrero de 2025.
145. Asunto T-33/23: Sentencia del Tribunal General de 20 de noviembre de 2024 – Domator24/EUIPO – Acer (PREDATOR) [Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión Europea PREDATOR – Marca denominativa anterior de la Unión Europea PREDATOR – Causa de nulidad relativa – Riesgo de confusión – Complementariedad y similitud de los productos – Artículos 8, apartado 1, letra b), y 53, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente, artículos 8, apartado 1, letra b), y 60, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001], DOUE, C/2025/549, de 3 de febrero de 2025.
146. Asunto T-333/23: Sentencia del Tribunal General de 20 de noviembre de 2024 – MPM-Quality/EUIPO – Elton hodinářská (PRIM) [Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión PRIM – Marca figurativa anterior de la Unión MANUFACTURE PRIM 1949 – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001], DOUE, C/2025/550, de 3 de febrero de 2025.
147. Asunto T-376/23: Sentencia del Tribunal General de 20 de noviembre de 2024 – Washtower IP/EUIPO – LG Electronics (WASHTOWER) [Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión WASHTOWER – Causa de nulidad absoluta – Carácter descriptivo – Artículos 7, apartado 1, letra c), y 59, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001], DOUE, C/2025/551, de 3 de febrero de 2025.

148. Asunto T-444/23: Sentencia del Tribunal General de 13 de noviembre de 2024 – SC Certinvest/EUIPO – Kiddinx Studios (Tina) [Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Soli-citud de marca figurativa de la Unión Tina – Marca figurativa anterior de la Unión Bibi & amp; Tina – Motivo de denega-ción relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001], DOUE, C/2025/553, de 3 de febrero de 2025.
149. Asunto T-464/23: Sentencia del Tribunal General de 20 de noviem-bre de 2024 – Lidl Digital International/EUIPO – Ningbo Hanyuan Lighting (Luminaria) [Dibujo o modelo comunitario – Procedi-miento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa una luminaria – Causa de nulidad – Carácter singular – Artículos 6 y 25, apartado 1, letra b) del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Obligación de motivación – Artículo 62 del Reglamento núm. 6/2002], DOUE, C/2025/554, de 3 de febrero de 2025.
150. Asunto T-471/23: Sentencia del Tribunal General de 20 de noviem-bre de 2024 – Lidl Digital International/EUIPO – Ningbo Han-yuan Lighting (Lámpara) [Dibujo o modelo comunitario – Proce-dimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa una lámpara – Divulgación del diseño o modelo anterior – Prueba de la divulgación – Artículo 7, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 6/2002], DOUE, C/2025/555, de 3 de febre-ro de 2025.
151. Asunto T-482/23: Sentencia del Tribunal General de 20 de noviem-bre de 2024 – Qozgar/EUIPO – L’Oréal (CLEOPATRA) [Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión CLEOPATRA – Marca de la Unión denominativa anterior CLEOPATRA – Motivo de denega-ción relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001], DOUE, C/2025/556, de 3 de febrero de 2025.
152. Asunto T-509/23: Sentencia del Tribunal General de 27 de noviem-bre de 2024 – Giorgio Armani/EUIPO – Shenzhen City Chong-zheng Technology (Representación de líneas horizontales) [Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa líneas horizontales – Marca figurativa anterior de la Unión que representa un águila estilizada por bandas horizontales – Motivos de denegación relati-vos – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), y apartado 5 del Reglamento (UE) 2017/1001], DOUE, C/2025/557, de 3 de febrero de 2025.
153. Asunto T-1134/23: Sentencia del Tribunal General de 20 de noviem-bre de 2024 – Pich-Aguilera Molins/EUIPO – de Puig Arbolí (Car-men says) [Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposi-ción – Solicitud de marca figurativa de la Unión Europea Carmen says – Marca nacional figurativa anterior del Carmen – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1,

- letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Restitución de los gastos de representación – Artículo 109 del Reglamento 2017/1001], DOUE, C/2025/561, de 3 de febrero de 2025.
154. Asunto T-1159/23: Sentencia del Tribunal General de 20 de noviembre de 2024 – Jacob Cohen Company/EUIPO – Giada (613) [Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión 613 – Marca anterior no registrada J613 – Motivos de denegación relativos – Artículo 8, apartados 3 y 4, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículo 2, apartado 2, letra b), inciso iv), del Reglamento Delegado (UE) 2018/625], DOUE, C/2025/562, de 3 de febrero de 2025.
155. Asunto T-13/24: Sentencia del Tribunal General de 20 de noviembre de 2024 – Pernod Ricard/EUIPO – West End Drinks (The King of Soho) [Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión The King of Soho – Marcas denominativas anteriores de la Unión y nacional SOHO – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Rectificación de la resolución de la Sala de Recurso – Artículo 102 del Reglamento 2017/1001], DOUE, C/2025/563, de 3 de febrero de 2025.
156. Asunto T-39/24: Sentencia del Tribunal General de 20 de noviembre de 2024 – Laboratorio SYS/EUIPO – Dr. Babor (sYs) [Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión sYs – Marcas nacionales figurativas anteriores S& amp; amp; S cosmética natural – Causa de nulidad relativa – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001], DOUE, C/2025/564, de 3 de febrero de 2025.
157. Asunto T-68/24: Sentencia del Tribunal General de 20 de noviembre de 2024 – Solidexpert Polska/EUIPO (woodexpert) [Marca de la Unión Europea – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marque denominativa woodexpert – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001], DOUE, C/2025/565, de 3 de febrero de 2025.
158. Asunto T-200/24: Sentencia del Tribunal General de 20 de noviembre de 2024 – Wonderbox/EUIPO – Swile (Wonderbox) [Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión Wonderbox – Obligación de motivación – Artículo 94 del Reglamento (UE) 2017/1001 – Falta de uso efectivo de la marca – Artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento 2017/1001 – Prueba del uso efectivo – Artículo 59, apartado 2, del Reglamento 2017/1001 – Inexistencia de subcategoría independiente], DOUE, C/2025/566, de 3 de febrero de 2025.
159. Asunto T-276/24: Sentencia del Tribunal General de 27 de noviembre de 2024 – Vino Vintana/EUIPO – Torrevento (SINCE 1974

- PRIMITIVO DI MANDURIA)** [Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión SINCE 1974 PRIMITIVO DI MANDURIA DENOMINAZIONE DI ORIGINE CONTROLLATA Una antica tradizione familiare – Causa de nulidad absoluta – Falta de carácter distintivo – Artículo 52, apartado 1, letra a), y artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 59, apartado 1, letra a), y artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001], DOUE, C/2025/567, de 3 de febrero de 2025.
160. Asunto T-672/22: Sentencia del Tribunal General de 11 de diciembre de 2024 – López-Ibor Aliño/EUIPO – Dimensión Estratégica Quality Research (LOPEZ-IBOR ABOGADOS) [Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión LOPEZ-IBOR ABOGADOS – Marca denominativa anterior de la Unión ESTUDIO JURIDICO INTERNACIONAL LOPEZ-IBOR MAYOR & amp; ASOCIADOS – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Riesgo de confusión – Uso efectivo de la marca anterior], DOUE, C/2025/719, de 10 de febrero de 2025.
161. Asunto T-447/23: Sentencia del Tribunal General de 11 de diciembre de 2024 – Blue Underwriting Agency/EUIPO – Blue Assistance (blue is underwriting) [Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión blue is underwriting – Marca nacional figurativa anterior BLUE ASSISTANCE – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001], DOUE, C/2025/723, de 10 de febrero de 2025.
162. Asunto T-538/23: Sentencia del Tribunal General de 4 de diciembre de 2024 – Haddad/EUIPO – Celebi (CELEBRITI) [Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión CELEBRITI – Uso efectivo de la marca – Artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001], DOUE, C/2025/724, de 10 de febrero de 2025.
163. Asunto T-1163/23: Sentencia del Tribunal General de 11 de diciembre de 2024 – Glashütter Uhrenbetrieb/EUIPO (Glashütte ORIGINAL) [Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión Glashütte ORIGINAL – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001], DOUE, C/2025/726, de 10 de febrero de 2025.
164. Asunto T-11/24: Sentencia del Tribunal General de 4 de diciembre de 2024 – Puma/EUIPO – Li Puma (LaZZarO by Li Puma) [Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Europea LaZZarO by Li Puma – Marcas figurativas anteriores de la Unión Europea PUMA – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de menoscabo de la reputación – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (UE) 2017/1001]

- Vínculo entre las marcas en conflicto], DOUE, C/2025/727, de 10 de febrero de 2025.
165. Asunto T-22/24: Sentencia del Tribunal General de 4 de diciembre de 2024 – Jula/EUIPO – Mula (Mula) [Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Europea Mula – Marca denominativa anterior de la Unión Jula – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Público pertinente – Semejanza visual y fonética], DOUE, C/2025/728, de 10 de febrero de 2025.
166. Asunto T-30/24: Sentencia del Tribunal General de 4 de diciembre de 2024 – Puma/EUIPO – Li Puma (Li Puma Design) [Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Li Puma Design – Marcas figurativas anteriores de la Unión PUMA – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de perjuicio para el renombre – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Existencia de un vínculo entre las marcas en conflicto], DOUE, C/2025/729, de 10 de febrero de 2025.
167. Asunto T-56/24: Sentencia del Tribunal General de 4 de diciembre de 2024 – Birių Krovinių Terminalas/EUIPO – BTK (BKT) [Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión BKT – Registro internacional anterior en el que se designa a la Unión Europea – Marca denominativa BTK – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001], DOUE, C/2025/730, de 10 de febrero de 2025.
168. Asunto T-157/24: Sentencia del Tribunal General de 11 de diciembre de 2024 – Meica/EUIPO – Lénárd (CHIPSY KINGS) [Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión CHIPSY KINGS – Registro internacional de la marca denominativa anterior Curry King – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Examen de oficio de los hechos – Artículo 95, apartado 1, del Reglamento 2017/1001], DOUE, C/2025/731, de 10 de febrero de 2025.
169. Asunto C-749/24, Van Ratingen: Petición de decisión prejudicial planteada por el Hof van beroep te Brussel (Bélgica) el 29 de octubre de 2024 – Van Ratingen NV / Versuni Holding BV, sucesora legal de Koninklijke Philips NV, DOUE, C/2025/1074, de 24 de febrero de 2025.
170. Asunto T-1064/23: Sentencia del Tribunal General de 15 de enero de 2025 – ADS L. Kowalik, B. Włodarczyk/EUIPO – ESSAtech (Accesorio para mando a distancia inalámbrico) [Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un accesorio para mando a distancia inalámbrico – Causa de nulidad – Características de apa-

riencia de un producto dictadas exclusivamente por su función técnica – Artículos 8, apartado 1, y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Hechos invocados o pruebas presentadas por primera vez ante la Sala de Recurso – Artículo 63, apartado 2, del Reglamento núm. 6/2002 y Artículo 27, apartado 4, del Reglamento Delegado (UE) 2018/625 – Derecho de defensa – Artículo 62 del Reglamento núm. 6/2002 – Principio de buena administración – Artículo 41, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales – Obligación de motivación – Artículo 41, apartado 2, letra c), de la Carta de los Derechos Fundamentales], DOUE, C/2025/1102, de 24 de febrero de 2025.

171. Asunto T-1065/23: Sentencia del Tribunal General de 15 de enero de 2025 – ADS L. Kowalik, B. Włodarczyk/EUIPO – ESSAtech (Accesorio para mando a distancia inalámbrico) [Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un accesorio para mando a distancia inalámbrico – Causa de nulidad – Características de apariencia de un producto dictadas exclusivamente por su función técnica – Artículos 8, apartado 1, y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Hechos invocados o pruebas presentadas por primera vez ante la Sala de Recurso – Artículo 63, apartado 2, del Reglamento núm. 6/2002 y artículo 27, apartado 4, del Reglamento Delegado (UE) 2018/625 – Derecho de defensa – Artículo 62 del Reglamento núm. 6/2002 – Principio de buena administración – Artículo 41, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales – Obligación de motivación – Artículo 41, apartado 2, letra c), de la Carta de los Derechos Fundamentales], DOUE, C/2025/1103, de 24 de febrero de 2025.
172. Asunto T-1082/23: Sentencia del Tribunal General de 8 de enero de 2025 – Fresh Tropical/EUIPO – Altunyaliz (AlıBabà) [Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión AlıBabà – Marca denominativa anterior de la Unión ALIBABA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001], DOUE, C/2025/1104, de 24 de febrero de 2025.
173. Asunto T-1142/23: Sentencia del Tribunal General de 15 de enero de 2025 – Enedo/EUIPO – EneDis (ENEDO) [Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión ENEDO – Marca denominativa anterior de la Unión ENEDIS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Limitación de los productos y servicios designados en la solicitud de marca], DOUE, C/2025/1105, de 24 de febrero de 2025.
174. Asunto T-20/24: Sentencia del Tribunal General de 8 de enero de 2025 – Cinkciarz.pl/EUIPO (€\$ We Think for You) [Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión €\$ We Think for You – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b),

del Reglamento (UE) 2017/1001] – Obligación de motivación – Derecho a ser oído – Artículo 94, apartado 1, del Reglamento 2017/1001], DOUE, C/2025/1106, de 24 de febrero de 2025.

175. Asunto T-104/24: Sentencia del Tribunal General de 15 de enero de 2025 – Kokito I Punt/EUIPO – Fédération française de football (Representación de un gallo) [Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Europea que representa un gallo – Marca figurativa anterior de la Unión Europea FFF – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001], DOUE, C/2025/1107, de 24 de febrero de 2025.
176. Asunto T-163/24: Sentencia del Tribunal General de 8 de enero de 2025 – Rat Pack Filmproduktion/EUIPO – RatPac Entertainment (RATPAC) [Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marque denominativa RATPAC – Marca nacional denominativa anterior RAT PACK – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Inexistencia de similitud entre los servicios – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001], DOUE, C/2025/1108, de 24 de febrero de 2025.
177. Asunto T-189/24: Sentencia del Tribunal General de 8 de enero de 2025 – Drinks Prod/EUIPO – Paul Hartmann (OmniSan) [Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión OmniSan – Marca denominativa anterior de la Unión Omnistrip – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001], DOUE, C/2025/1109, de 24 de febrero de 2025.
178. Asunto T-30/23: Sentencia del Tribunal General de 22 de enero de 2025 – Fly Persia y Barmodeh/EUIPO – Dubai Aviation (flyPersia) [Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión flyPersia – Marca figurativa anterior de la Unión flydubai – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001], DOUE, C/2025/1422, de 10 de marzo de 2025.
179. Asunto T-517/23: Sentencia del Tribunal General de 22 de enero de 2025 – Tes Electrical Electronic/EUIPO – Touch Embedded Solutions (Xiamen) (TES) [Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión TES – Caducidad parcial – Uso efectivo de la marca – Prueba del uso efectivo – Artículo 58, apartados 1, letra a), y 2, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Pruebas presentadas por primera vez ante el Tribunal General], DOUE, C/2025/1425, de 10 de marzo de 2025.

180. **Asunto T-1053/23: Sentencia del Tribunal General de 22 de enero de 2025 – Tecom Master/EUIPO – Michael Kors (Switzerland) International (MK MICHAEL MICHELE) [Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión MK MICHAEL MICHEL – Marca figurativa anterior de la Unión MK MICHAEL KORS – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 57, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 64, apartado 2, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Causa de nulidad relativa – Artículos 8, apartado 5, y 53, apartado 1, letra a), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículos 8, apartado 5, y 60, apartado 1, letra a), del Reglamento 2017/1001], DOUE, C/2025/1427, de 10 de marzo de 2025.**
181. **Asunto T-1128/23: Sentencia del Tribunal General de 29 de enero de 2025 – Coswell/EUIPO (Biorepair) [Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión Biorepair – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter distintivo – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001], DOUE, C/2025/1431, de 10 de marzo de 2025.**
182. **Asunto T-1188/23: Sentencia del Tribunal General de 22 de enero de 2025 – Rain Carbon Germany/EUIPO – Novaresine (NOVARESINE INNOVATION GOES GREEN) [Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión NOVARESINE INNOVATION GOES GREEN – Marca denominativa anterior de la Unión Novares – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Modificación], DOUE, C/2025/1432, de 10 de marzo de 2025.**
183. **Asunto T-147/24: Sentencia del Tribunal General de 29 de enero de 2025 – Doorinn/EUIPO (Ubicación de una etiqueta en un colchón) [Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca de la Unión que consiste en la ubicación de una etiqueta en un colchón – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001], DOUE, C/2025/1433, de 10 de marzo de 2025.**

#### PROPIEDAD INTELECTUAL

184. **Asunto C-579/24, Austro-Mechana y AKM: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesverwaltungsgericht (Austria) el 3 de septiembre de 2024 – Austro-Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte Gesellschaft mbH y AKM eingetragene Genossenschaft mit beschränkter Haftung / Aufsichtsbehörde für Verwertungsgesellschaften, DOUE, C/2024/7021, de 2 de diciembre de 2024.**
185. **Asunto C-159/23, Sony Computer Entertainment Europe: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 17 de octubre de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bun-**

- desgerichtshof – Alemania) – Sony Computer Entertainment Europe Ltd / Datel Design and Development Ltd, Datel Direct Ltd, JS (Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual – Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor – Protección jurídica de los programas de ordenador – Directiva 2009/24/CE – Artículo 1 – Ámbito de aplicación – Formas de expresión de un programa de ordenador – Concepto – Artículo 4, apartado 1, letra b) – Transformación de un programa de ordenador – Modificación del contenido de las variables almacenadas en la memoria local del ordenador y utilizadas en las operaciones de ejecución del programa), DOUE, C/2024/7142, de 9 de diciembre de 2024.
186. Asunto C-227/23, Kwantum Nederland y Kwantum België: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 24 de octubre de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden – Países Bajos) – Kwantum Nederland BV, Kwantum België BV / Vitra Collections AG (Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual e industrial – Derechos de autor – Directiva 2001/29/CE – Artículos 2 a 4 – Derechos exclusivos – Protección mediante derechos de autor de objetos de artes aplicadas cuyo país de origen no es un Estado miembro – Convenio de Berna – Artículo 2, apartado 7 – Criterio de reciprocidad material – Reparto de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros – Aplicación por los Estados miembros del criterio de reciprocidad material – Artículo 351 TFUE, párrafo primero), DOUE, C/2024/7290, de 16 de diciembre de 2024.
187. Asunto C-598/24, Gândul Media Network: Petición de decisión prejudicial planteada por la Înalta Curte de Casație și Justiție (Rumanía) el 16 de septiembre de 2024 – CY / Gândul Media Network SRL, HO, DOUE, C/2025/47, de 6 de enero de 2025.
188. Asunto C-230/23, Reprobel: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de noviembre de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Ondernemingsrechtbank Gent Afdeling Gent – Bélgica) – Reprobel CV / Copaco Belgium NV (Procedimiento prejudicial – Aproximación de las legislaciones – Armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información – Directiva 2001/29/CE – Artículo 2 – Derecho de reproducción – Artículo 5, apartado 2, letras a) y b) – Excepciones y limitaciones – Compensación equitativa – Efecto directo – Entidad a la que el Estado ha encomendado la percepción y el reparto de la compensación equitativa – Facultades exorbitantes), DOUE, C/2025/132, de 13 de enero de 2025.
189. Asunto C-788/24, Anne Frank Fonds: Petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden (Países Bajos) el 14 de noviembre de 2024 – Anne Frank Fonds / Anne Frank Stichting, Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, Vereniging voor Onderzoek en Ontsluiting van Historische Teksten, DOUE, C/2025/1214, de 3 de marzo de 2025.

190. **Asunto C-663/24, Streamz y otros: Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour constitutionnelle (Bélgica) el 9 de octubre de 2024 – Google LLC, Google Ireland Ltd, Spotify Belgium SA, Spotify AB, Spotify België nv, Meta Platforms Ireland Limited, Streamz SRL, Sony Music Entertainment Belgium SA, Universal Music SA, Warner Music Benelux SA, Play it again Sam SRL, North East West South SA, CNR Records SA, Belgian Recorded Music associations ASBL / Premier ministre, DOUE, C/2025/1403, de 3 de marzo de 2025.**

#### PROTECCIÓN DE DATOS

191. **Asunto C-474/24, NADA Austria u.a.: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesverwaltungsgericht (Austria) el 4 de julio de 2024 – AR u.a., DOUE, C/2024/5407, de 16 de septiembre de 2024.**
192. **Asuntos acumulados C-17/22 y C-18/22, HTB Neunte Immobilien Portfolio y otros: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 12 de septiembre de 2024 (peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Amtsgericht München – Alemania) – HTB Neunte Immobilien Portfolio geschlossene Investment UG & amp; amp; Co. KG / Müller Rechtsanwalts-gesellschaft mbH [Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículo 6, apartado 1, párrafo primero, letras b), c) y f) – Licitud del tratamiento – Necesidad del tratamiento para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte – Necesidad del tratamiento para el cumplimiento de una obligación legal impuesta al responsable del tratamiento – Necesidad del tratamiento para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero – Fondo de inversión constituido en forma de sociedad comanditaria abierta a la inversión del público – Solicitud de un socio para obtener los datos de contacto de los demás socios que participan indirectamente en un fondo de inversión a través de una sociedad fiduciaria], DOUE, C/2024/6218, de 28 de octubre de 2024.**
193. **Asunto C-484/24, NTH Haustechnik: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landesarbeitsgericht Niedersachsen (Alemania) el 10 de julio de 2024 – NTH Haustechnik GmbH / EM, DOUE, C/2024/6402, de 4 de noviembre de 2024.**
194. **Asunto C-526/24, Brillen Rottler: Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Arnshausen (Alemania) el 31 de julio de 2024 – Brillen Rottler GmbH & amp; amp; Co. KG / TC, DOUE, C/2024/6410, de 4 de noviembre de 2024.**
195. **Asunto C-768/21, Land Hessen (Obligación de actuar de la autoridad de protección de datos): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 26 de septiembre de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht Wiesbaden – Ale-**

- mania) – TR / Land Hessen [Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículo 57, apartado 1, letras a) y f) – Funciones de la autoridad de control – Artículo 58, apartado 2 – Medidas correctoras – Multa administrativa – Margen de apreciación de la autoridad de control – Límites], DOUE, C/2024/6607, de 11 de noviembre de 2024.
196. Asunto C-541/24, Naltov: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sofiyski rayonon sad (Bulgaria) el 9 de agosto de 2024 – SQ, DOUE, C/2024/6636, de 11 de noviembre de 2024.
197. Asunto C-200/23, Agentsia po vprisvaniyata: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 4 de octubre de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Varhoven administrativen sad – Bulgaria) – Agentsia po vprisvaniyata / OL [Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Reglamento (UE) 2016/679 – Publicación, en el Registro Mercantil, de un contrato de sociedad que contiene datos personales – Directiva (UE) 2017/1132 – Datos personales no obligatorios – Falta de consentimiento del interesado – Derecho de supresión – Daños y perjuicios inmateriales], DOUE, C/2024/6894, de 25 de noviembre de 2024.
198. Asunto C-507/23, Patērētāju tiesību aizsardzības centrs: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 4 de octubre de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por la Augstākā tiesa (Senāts) – Letonia) – A / Patērētāju tiesību aizsardzības centrs [Procedimiento prejudicial – Protección de datos personales – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículo 82, apartado 1 – Derecho a indemnización y responsabilidad – Tratamiento ilícito de datos – Vulneración del derecho a la protección de los datos personales – Concepto de daño – Reparación de un daño moral mediante la presentación de una disculpa – Procedencia – Principio de efectividad – Apreciación de la forma y del grado de la reparación – Eventual consideración de la actitud y de la motivación del responsable del tratamiento], DOUE, C/2024/6899, de 25 de noviembre de 2024.
199. Asunto C-446/21, Schrems (Comunicación de datos al público en general): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 4 de octubre de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria) – Maximilian Schrems / Meta Platforms Ireland Limited, anteriormente Facebook Ireland Limited [Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Reglamento (UE) 2016/679 – Redes sociales en línea – Condiciones generales del servicio relativas a los contratos celebrados entre una plataforma digital y un usuario – Publicidad personalizada – Artículo 5, apartado 1, letra b) – Principio de limitación de la finalidad – Artículo 5, apartado 1, letra c) – Principio de minimización de datos – Artículo 9, apartados 1 y 2 – Tratamiento de categorías especiales de datos personales – Datos relativos a la orientación

sexual – Datos hechos públicos por el interesado], DOUE, C/2024/7003, de 2 de diciembre de 2024.

200. Asunto C-80/23, *Ministerstvo na vatreshnite raboti* (Registro de datos biométricos y genéticos II): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 28 de noviembre de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el *Sofiyski gradski sad* – Bulgaria) – Proceso penal contra V. S. [Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Directiva (UE) 2016/680 – Artículo 4, apartado 1, letras a) a c) – Artículo 8, apartados 1 y 2 – Artículo 10 – Investigado – Registro policial de datos biométricos y genéticos – Ejecución forzosa – Objetivos de prevención y detección de infracciones penales – Interpretación de la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de enero de 2023, *Ministerstvo na vatreshnite raboti* (Registro de datos biométricos y genéticos por la Policía) (C-205/21, EU: C:2023:49) – Obligación de interpretación conforme – Apreciación del carácter estrictamente necesario del tratamiento de datos sensibles – Función de las autoridades competentes], DOUE, C/2025/364, de 27 de enero de 2025.
201. Asunto C-169/23, *Másdi*: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 28 de noviembre de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por la *Kúria* – Hungría) – *Nemzeti Adatvédelmi és Információs Zsábadóság Hatóság / UC* [Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos – Reglamento (UE) 2016/679 – Datos tratados al emitir un certificado COVID-19 – Datos que no se han obtenido del propio interesado – Información que debe facilitarse – Excepción a la obligación de información – Artículo 14, apartado 5, letra c) – Datos generados por el responsable del tratamiento en su propio procedimiento – Derecho de reclamación – Competencia de la autoridad de control – Artículo 77, apartado 1 – Medidas adecuadas para proteger los intereses legítimos del interesado establecidas por el Derecho del Estado miembro que se aplique al responsable del tratamiento – Medidas referidas a la seguridad del tratamiento de los datos – Artículo 32], DOUE, C/2025/366, de 27 de enero de 2025.
202. Asunto C-621/22, *Koninklijke Nederlandse Lawn Tennisbond*: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 4 de octubre de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el *rechtbank Amsterdam* – Países Bajos) – *Koninklijke Nederlandse Lawn Tennisbond / Autoriteit Persoonsgegevens* [Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículo 5, apartado 1, letra a) – Licitud del tratamiento – Artículo 6, apartado 1, párrafo primero, letra f) – Necesidad del tratamiento para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero – Concepto de intereses legítimos – Interés comercial – Federación deportiva – Comunicación con carácter oneroso de los datos personales de los miembros de una federación deportiva a patrocinadores sin el

consentimiento de esos miembros], DOUE, C/2025/686, de 10 de febrero de 2025.

203. Asunto C-21/23, Lindenapotheke: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 4 de octubre de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – ND / DR [Procedimiento prejudicial – Protección de datos personales – Reglamento (UE) 2016/679 – Capítulo VIII – Recursos – Comercialización de medicamentos por un farmacéutico a través de una plataforma en Internet – Recurso interpuesto ante la jurisdicción civil por un competidor de dicho farmacéutico sobre la base del incumplimiento de la prohibición de las prácticas comerciales desleales derivado de la infracción, por dicho farmacéutico, de las obligaciones previstas en el Reglamento – Legitimación activa – Artículos 4, punto 15, y 9, apartados 1 y 2 – Directiva 95/46/CE – Artículo 8, apartados 1 y 2 – Concepto de datos relativos a la salud – Condiciones para el tratamiento de estos datos], DOUE, C/2025/689, de 10 de febrero de 2025.
204. Asunto C-65/23, K GmbH (Tratamiento de datos personales de los trabajadores): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 19 de diciembre de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesarbeitsgericht – Alemania) – MK / K GmbH [Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículo 88, apartados 1 y 2 – Tratamiento de datos en el ámbito laboral – Datos personales de los trabajadores – Normas más específicas establecidas por un Estado miembro en virtud de dicho artículo 88 – Obligación de cumplir los artículos 5, 6, apartado 1, y 9, apartados 1 y 2, de ese Reglamento – Tratamiento sobre la base de un convenio colectivo – Margen de apreciación de las partes en el convenio colectivo en cuanto a la necesidad del tratamiento de los datos personales previsto en ese convenio colectivo – Alcance del control jurisdiccional], DOUE, C/2025/1060, de 24 de febrero de 2025.
205. Asunto T-354/22: Sentencia del Tribunal General de 8 de enero de 2025 – Bindl/Comisión [Tratamiento de datos personales – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión – Reglamento (UE) 2018/1725 – Concepto de transferencia de datos personales a terceros países – Transferencia de datos con ocasión de la consulta de un sitio de Internet – EU Login – Recurso de anulación – Acto no recurrible – Inadmisibilidad – Recurso por omisión – Definición de posición que pone fin a la omisión – Sobreseimiento – Recurso de indemnización – Violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica que confiere derechos a los particulares – Relación de causalidad – Daños y perjuicios inmateriales], DOUE, C/2025/1096, de 24 de febrero de 2025.
206. Asunto C-394/23, Mousse: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 9 de enero de 2025 (petición de decisión prejudicial planteada por el Conseil d'État – Francia) – Mousse / Commission

nationale de l'informatique y des libertés (CNIL), SNCF Connect [Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículo 5, apartado 1, letra c) – Minimización de datos – Artículo 6, apartado 1 – Licitud del tratamiento – Datos relativos al término de cortesía y a la identidad de género – Venta en línea de títulos de transporte – Artículo 21 – Derecho de oposición], DOUE, C/2025/1201, de 3 de marzo de 2025.

207. Asunto C-416/23, *Österreichische Datenschutzbehörde* (Solicitudes excesivas): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 9 de enero de 2025 (petición de decisión prejudicial planteada por el *Verwaltungsgerichtshof* – Austria) – *Österreichische Datenschutzbehörde* / FR [Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículo 57, apartados 1, letra f), y 4 – Funciones de la autoridad de control – Conceptos de solicitud y de solicitudes excesivas – Establecimiento de una tasa razonable o negativa a actuar respecto de las solicitudes que sean manifiestamente infundadas o excesivas – Criterios que pueden orientar la decisión de la autoridad de control – Artículo 77, apartado 1 – Concepto de reclamación], DOUE, C/2025/1202, de 3 de marzo de 2025.

#### RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

208. Asunto C-490/24, *Stichting Koskea*: Petición de decisión prejudicial planteada por el *Hoge Raad der Nederlanden* (Países Bajos) el 12 de julio de 2024 – *Stichting Koskea*, actuando en condición de curador de ED / *Nationale Nederlanden Schadeverzekering Maatschappij NV*, que opera con el nombre comercial de *Reaal Schadeverzekering NV*, DOUE, C/2024/6078, de 21 de octubre de 2024.
209. Asunto C-236/23, *Matmut*: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 19 de septiembre de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por la *Cour de cassation* – Francia) – *Mutuelle assurance des travailleurs mutualistes (Matmut)* / TN, *MAAF assurances SA*, *Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages (FGAO)*, PQ (Procedimiento prejudicial – Seguro obligatorio de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles – Directiva 2009/103/CE – Artículos 3 y 13 – Contrato de seguro celebrado sobre la base de una declaración falsa intencionada relativa al conductor habitual – Normativa nacional que declara la oponibilidad al ocupante víctima, que es también el tomador del seguro, de la nulidad del contrato de seguro resultante de la declaración falsa intencionada que aquel efectuó en el momento de la celebración del contrato – Abuso de derecho – Demanda dirigida contra el tomador del seguro para exigir su responsabilidad por su declaración falsa intencionada), DOUE, C/2024/6390, de 4 de noviembre de 2024.

# BIBLIOGRAFÍA

## Libros\*

A cargo de: **BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO**  
Catedrático de Derecho civil  
Universidad de Málaga

**JUAN PABLO MURGA FERNÁNDEZ**  
Profesor titular de Derecho civil  
Universidad de Sevilla

**FENOY PICÓN, Nieves: *Dolo, ventaja injusta y rescisión por lesión en los contratos*, Editorial de la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2023, 904 pp.**

1. Pocas veces el título de un libro jurídico puede resaltar tan bien la materia que ha sido objeto de estudio y, desde luego, la complejidad del trabajo de investigación que se ha llevado a cabo, porque si tenemos una idea más o menos amplia de lo que es el dolo y la rescisión por lesión en los contratos, no puede decirse lo mismo de la ventaja injusta, que es una figura que se enmarca en el proceso modernización del Derecho de obligaciones y contratos, y que se ha incorporado o está en trance de serlo por influencia de textos de *soft law*, como los PECL, el DCFR y los Principios Unidroit, a los Códigos civiles de los países de nuestro entorno, situación en la que se encuentra España a nivel estatal, si bien en Cataluña la ventaja injusta es contemplada en el Código Civil de Cataluña, mientras que en Navarra se hace referencia en el Fuero Nuevo a la influencia indebida y al abuso de influencia, con terminología que evoca a la doctrina de la *undue influence* del Derecho inglés (Infante Ruiz prefiere emplear el término aprovechamiento injustificado para referirse a esta doctrina, concretamente en su libro *El aprovechamiento injustificado como vicio del consentimiento. Análisis de la undue influence del Derecho inglés*, con recensión de del Olmo García [ADC, 2023-II, pp. 662-668], lo cual nos pone en la pista del debatido problema de la configuración jurídica de la ventaja injusta y del aprovechamiento injustificado).

Si el título del libro denota la relación entre el dolo, como vicio del consentimiento contractual *i*, y la ventaja injusta, conectada a la protección de las personas vulnerables, queda por plantear el ensamblaje que ha de tener con la rescisión por lesión, y, por tanto, su coexistencia, sobre todo tras las mejoras apuntadas por la Propuesta de Modernización del Código civil

---

\* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

de 2009 y en la de 2023. Es preciso tener en cuenta que en estas Propuestas ya no aparecen los artículos 1293 y 1300 del Código civil, como se destaca por la autora, que responden a un criterio poco favorable a la rescisión por lesión (Linacero de la Fuente) y a una visión de los vicios del consentimiento contractual que no contempla el efecto económico lesivo del contrato celebrado. También es oportuno destacar en esta línea, como se apunta en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Modernización de 2023, la mejora que constituye el que se contemple la indemnización como medida correctora del efecto dañoso del contrato rescindido (art. 1302 CC).

La ventaja injusta cuenta ya en nuestro país con una concreta regulación en el Código Civil de Cataluña, donde coexiste la ventaja injusta con la rescisión por lesión. Algo semejante acontece en Navarra, donde igualmente existe una concreta regulación en el Fuero Nuevo sobre la influencia indebida y el abuso de influencia que coexiste con la de la rescisión por lesión. Como se subraya en el prólogo, el estudio de estos dos cuerpos normativos es de enorme interés, porque nos permite aproximarnos a dos sistemas jurídicos en los que la ventaja injusta comparte espacio con el dolo y con la rescisión por lesión, que pervive en ambos. La rescisión por lesión, reconocida tanto en Cataluña como en Navarra, aunque no sea un vicio del consentimiento, permite al contratante que lo padece desvincularse del contrato, por la magnitud de la lesión sufrida, sin tener que probar que se cumplen los requisitos de un vicio. Evidentemente, con estas palabras, se está pensando en la protección de los contratantes vulnerables.

En el Derecho catalán, la ventaja injusta coexiste con el dolo, cuya regulación en el Código civil estatal (arts. 1269 y 1270), como vicio del consentimiento, es aplicable en Cataluña, entendiéndose el dolo en sentido estricto, como señala la doctrina catalana dominante.

La regulación de la ventaja injusta aparece fundamentalmente en el artículo 621-45 del Código Civil de Cataluña, no como vicio del consentimiento, sino como remedio rescisorio. Figura además en el Código Civil de Cataluña la denominada rescisión por más de la mitad del precio (art. 621-46). De esta manera el contratante vulnerable goza de una adecuada protección en el Derecho catalán.

En el Derecho navarro existe una específica regulación en este ámbito, que figura en el Fuero Nuevo. El dolo, entendido en sentido estricto, cuenta con una regulación propia en Navarra, apareciendo como vicio del consentimiento en la ley 20. En la ley 21, figuran la influencia indebida y el abuso de influencia, a través de los cuales se puede anular el contrato celebrado por vicio en el consentimiento. Además, se contempla la rescisión por lesión en las leyes 500 a 506 del Fuero Nuevo, todo lo cual implica que se ofrece una amplia protección al contratante vulnerable.

2. La autora del libro es la profesora Nieves Fenoy picón, Catedrática de Derecho civil en la Universidad Autónoma de Madrid, vocal permanente en la Sección Primera (Civil), de la Comisión General de Codificación, y coordinadora del Grupo de investigación consolidado, dirigido por el profesor Morales Moreno, sobre La Modernización del Derecho Patrimonial, Universidad Autónoma de Madrid. Con estas referencias hay que pensar que este libro, prologado por el profesor Morales Moreno, con observaciones muy útiles para comprender en toda su dimensión el tema que se trata en el mismo, constituye una obra de madurez intelectual, y, en efecto lo es, porque la autora lleva investigando en este campo, con total dedicación, desde la época de la elaboración de su tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 1994,

titulada «Falta de conformidad del objeto, modelo de compraventa y sistema de acciones: evolución del Derecho español», siendo el germen de la monografía *Falta de conformidad e incumplimiento del contrato en la compraventa: evolución del ordenamiento español*, publicada por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1996. En los siguientes años publicó varios estudios monográficos y comentarios jurisprudenciales, que se enmarcan en esta línea de investigación. No hace mucho tiempo apareció su estudio monográfico «El dolo en el período precontractual: vicio del consentimiento e imputación de responsabilidad en los derechos francés y belga» (ADC, 2020-IV, pp. 1331-1499), que constituye una introducción al libro que es objeto de la presente recensión, como destaca la propia autora en la introducción del libro, con un análisis exhaustivo de las recientes reformas legales que han tenido lugar en el Derecho francés y en el Derecho belga, los cuales constituyen dos modelos muy interesantes de regulación del dolo en el Derecho comparado. También hay que subrayar que el libro se enmarca en un Proyecto de investigación titulado «La protección del consumidor en la era digital», del cual la autora es investigadora principal junto con el profesor Pérez García, PID2021-122985NB-I00, siendo financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología.

3. El libro va precedido de un prólogo a cargo del profesor Morales Moreno, con una amplia introducción, la cual hace referencia a los objetivos, la estructura y la metodología del trabajo. El capítulo primero trata sobre el concepto del dolo, con referencia a la tesis estricta y a la tesis amplia, la doble naturaleza del dolo: vicio del consentimiento e ilícito civil, los requisitos del dolo, la prueba del dolo y los efectos del dolo, con referencia a la anulación del contrato y la indemnización de daños y perjuicios, distinguiendo entre el dolo causal y el dolo incidental, con referencia a la posible articulación de un sistema precontractual unitario de remedios. El capítulo segundo se refiere al dolo en el Derecho catalán, con referencia a la normativa aplicable, el concepto estricto de dolo, con aplicación de los artículos 1169 y 1170 CC, la ventaja injusta y la lesión en más de la mitad y los efectos del dolo. El capítulo tercero trata sobre el dolo en el Derecho navarro, con referencia a la normativa aplicable, el concepto del dolo, la influencia indebida y el abuso de influencia y la rescisión por lesión, los requisitos del dolo y los efectos del dolo. A continuación, se hace una recapitulación crítica y una valoración personal, con exposición de la bibliografía, anexo de sentencias y listado de sentencias citadas.

4. Reflexiones sobre la ventaja injusta y su tipificación.

En el libro se reflexiona sobre la idea favorable a la admisión de la ventaja injusta como nuevo vicio del consentimiento en el Código civil, que se añadiría a la lista de vicios del consentimiento recogida en el artículo 1265 del Código civil. Esta idea ha cobrado cuerpo tanto en la Propuesta de Modernización de 2009 (art. 1301) como en la de 2023 (art. 1297).

Se considera muy importante tener en cuenta que, incluso si no se acogiera el reconocimiento expreso y concluyente de la ventaja injusta como nuevo vicio del consentimiento, la solución del problema se encontraría en el artículo 1269 CC, que da base suficiente para defender un concepto amplio de dolo, en el que, como observa Morales Moreno, el dolo supone una captación ilícita de la voluntad del otro contratante, haya o no error. De esta manera, el dolo podría funcionar, como dice la autora, a modo de (amplio) refugio protector. Podrían abarcarse los supuestos que no encajan directamente en los otros vicios del consentimiento por no reunirse sus respectivos requisitos de

aplicación. De esta manera, por ejemplo, si faltase algún requisito para que operase la violencia o la intimidación, quedaría el refugio protector del dolo.

Esta posible solución la refleja claramente del Olmo García, teniendo en cuenta la experiencia inglesa de la *duress* y la *undue influence*. La *undue influence* se desarrolla para ocupar el espacio que dejaba libre la muy rigurosa visión de la *duress* existente en el *common law*. Del Olmo García trae a colación la experiencia inglesa en torno a la *duress* y la *undue influence* con el objeto de sostener en este ámbito que hay casos se pueden solucionar en nuestro ordenamiento jurídico acogiéndonos al refugio protector del dolo. Entiende del Olmo García que la flexibilidad del dolo en nuestro Derecho ha permitido cubrir mayor parte de los los supuestos que en Inglaterra se encauzan a través de la *undue influence*, lo cual explica basándose en la argumentación de de Castro y Morales Moreno en torno a la tesis amplia del dolo, que no incluye solo los casos de manipulación de información para lograr el consentimiento de la víctima, sino que también incluiría maniobras de otro tipo para lograr el consentimiento de la víctima.

La tesis que entiende en sentido amplio el dolo se basa en el texto del artículo 1269 CC y en los antecedentes históricos de la institución, remitiéndonos al Derecho romano, y además tiene apoyo en la propia jurisprudencia, que pone en cuestión la tesis que limita el dolo al engaño que induce a error al declarante, lo cual, como pone de Castro, ha sido acogido de modo tan general, que puede parecer una temeridad ponerlo en duda. Sin embargo, de Castro, con su habitual pragmatismo, advierte que examinando con atención las decisiones de los Tribunales, antiguas y modernas, se consideran viciados por dolo negocios jurídicos en los que no hubo error, sino influencia indebida sobre la voluntad de quien declara. En su tenor, el artículo 1269 CC no requiere que se limite el dolo a las maquinaciones que produzcan error. En la descripción del supuesto de hecho del artículo 1269 CC no aparece como requisito necesario el de la inducción a error, sino, como observa Morales Moreno, el de la captación ilícita de la voluntad. Esto permite ampliar el campo de aplicación del dolo, abarcando casos en los que hay abuso de la situación.

La autora destaca, tras un riguroso análisis de las sentencias del Tribunal Supremo, que la tesis que propugna la amplitud del dolo es la acogida mayoritariamente por la jurisprudencia. En este sentido, la STS 2400/2100, de 16 junio (Ponente Encarnación Roca Trías), donde, en un supuesto de venta de un paquete de acciones a un precio inferior a su valor, nuestro Tribunal Supremo se refiere a la tesis amplia del dolo y menciona al artículo 4:109 de los PECL, beneficio excesivo o ventaja injusta, si bien hubo error provocado. Por su parte, la STS 647/2011, de 28 de septiembre (Ponente Antonio Salas Carceller), en un supuesto de donación de fincas, se refiere al dolo con independencia del error.

La conexión entre el dolo y la buena fe es destacada por de Castro, Luis Díez-Picazo y Morales Moreno, así como por la autora, al referirse a la doble naturaleza del dolo, como vicio del consentimiento e ilícito civil (antijuridicidad), de tal manera que se considera dolosa una conducta contraria al principio de la buena fe, teniendo gran incidencia en la responsabilidad precontractual (dolo *in contrahendo*). La STS 505/2015, de 29 de septiembre (Ponente Francisco Javier Orduña Moreno) declara que el dolo cobra clara especificidad en atención a su naturaleza de acto antijurídico, es decir, de conducta que infringe un deber jurídico y especialmente reprochable por vulnerar el principio de la buena fe contractual.

La tipificación legal de la ventaja injusta como nuevo vicio del consentimiento, con su incorporación al Código civil, que defiende la autora sin entrar en sus requisitos y efectos, subrayándose en el prólogo que la idea favorable a su admisión ha cobrado cuerpo tanto en la Propuesta de Modernización de 2009 como la de 2023, ha de producir necesariamente importantes consecuencias, siendo la primera de ellas la necesidad de encontrar una solución para que sea posible la coexistencia entre el dolo y la ventaja injusta. Este problema es tenido en cuenta por la autora, que destaca que más allá del caso específico previsto en el artículo 1302.3 III CC, consiste en determinar cómo esta incorporación incidiría en el dolo. ¿Habría de acogerse entonces la tesis estricta del dolo que solo se concibe como engaño, con el resultado de que la víctima prestó su consentimiento por error? o ¿podría seguir defendiéndose la tesis amplia del dolo? Además, puesto que la incorporación de esa otra figura al Código presentaría, en sus requisitos y efectos, diferencias con los del dolo, cuando el caso pudiera encajar en ambas figuras, ¿se podría optar por ejercitar una u otra? ¿Necesariamente ha de ejercitarse una?

La solución más pragmática para hacer compatible el dolo y la ventaja injusta consiste en la redefinición del concepto de dolo, lo cual ha determinado que se abandone la noción amplia del dolo y se acoja la estricta. No se considera conveniente mantener un concepto amplio del dolo, precisamente para evitar que se planteen problemas como los apuntados por la autora. Lo mejor es que no coincidan los supuestos de hecho del dolo y de la ventaja injusta. En el prólogo del libro se propugna este criterio, que parece el más razonable.

No terminan aquí los problemas, porque como se observa en el prólogo la reducción del concepto del dolo, para hacerlo compatible con la ventaja injusta (para que pueda convivir con ella), puede dejar fuera de consideración conducta ilícitas (dolosas en sentido amplio) que no tengan cabida ni en la ventaja injusta ni en el dolo en sentido estricto. Seguramente en tales casos, la solución podría encontrarse en la que se da a los negocios ilícitos e inmorales, que siempre han tenido algo que ver con la ventaja injusta, y que de Castro y otros autores invocan.

La segunda consecuencia que deriva de la incardinación de la ventaja injusta dentro de la categoría de los vicios del consentimiento, como vicio con un espacio propio, va a determinar que esto tenga necesariamente incidencia en el propio entendimiento de los vicios del consentimiento en el marco de la formación del contrato. En el prólogo se apunta que esta incardinación de la ventaja injusta conduciría a reelaborar la propia noción de vicio del consentimiento, pues el supuesto de la ventaja injusta no toma en cuenta, exclusivamente, el defecto de la voluntad del contratante, sino que añade otro elemento, como es el efecto económico desfavorable para el mismo, es decir, el daño.

La ventaja injusta, como nuevo vicio del consentimiento, se diferencia de los demás, sobre todo porque la ventaja injusta tiene un carácter que podemos llamar híbrido, como se suele decir al definirla, porque existe tanto un déficit de justicia procedimental (proceso de formación del contrato) como de justicia sustantiva (contenido del contrato). Como observa Gómez Calle, el defecto que se aprecia en la formación del consentimiento conduce aquí a un resultado injusto en forma de ventaja indebida para una de las partes en detrimento de la otra.

Desde esta perspectiva, la ventaja injusta construye su supuesto de hecho incorporando un efecto económico lesivo que no es exigido en la construcción tradicional de los vicios del consentimiento. En el prólogo esto se pone

de relieve y también alude a ello la autora cuando incide en la cuestión de la protección del contratante vulnerable, que no se confunde con la del consumidor (Yañez Vivero). Se considera que en la actualidad el efecto económico desfavorable, o si se prefiere el daño, está presente en los vicios del consentimiento. Esta idea adquiere un protagonismo muy acusado al ponerse en relación con la ventaja injusta. Luis Díez-Picazo y Morales Moreno, así como la autora, ponen de relieve lo insuficiente que es hoy en día el enfoque puramente voluntarista para la regulación de los vicios del consentimiento. En la visión tradicional de los vicios del consentimiento no se contempla el efecto económico lesivo que pueda producir el contrato celebrado, siendo muy elocuente el citado artículo 1300 CC, que declara que los contratos pueden ser anulados «aunque no haya lesión para los contratantes».

Hace falta una revisión de la construcción tradicional de los vicios del consentimiento del Código civil para incluir en su ámbito de aplicación a la ventaja injusta de una manera coherente.

En el prólogo del libro se destaca que quienes se han aproximado al estudio de los vicios del consentimiento en el contrato han destacado sus consecuencias económicas. Esto se advierte en el tratamiento del error, reconociéndose el deber de indemnizar el daño producido por el error, cuando este es imputable al otro contratante, aunque no haya dolo. El error se conecta a un daño. El caso es todavía más claro en el supuesto del dolo. En el dolo se admite que el mismo provoca directamente un daño que debe ser resarcido. Y así, junto al derecho a anular el contrato, fundado en el dolo como vicio del consentimiento, se reconoce al que lo sufre el derecho a reclamar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, afirmándose que el dolo constituye una conducta antijurídica contraria a la buena fe, lo cual refleja muy bien la citada STS 505/2015, de 29 de septiembre. Estamos, por tanto, ante un daño resarcible (art.1270 II CC). Algo parecido se afirma en torno a la intimidación y la violencia, que generan daños que habría que indemnizar. De esta manera en el prólogo del libro se concluye que el daño es un componente en una visión realista del problema de los vicios del consentimiento. Y por ello se considera hoy que hay que dotar a los vicios del consentimiento de un sistema de remedios más amplio que el de la anulabilidad, que se concreta en la desvinculación de las partes del contrato, y en la operatividad de la restitución de las prestaciones. Es preciso que el sistema comprenda también los remedios de la indemnización de daños y perjuicios y la adaptación del contrato. Esto lo afirman los textos de *soft law* y fundamentalmente los PECL (art. 4:117).

La relación entre el dolo causal y la indemnización de daños y perjuicios se fundamenta para algunos autores en el artículo 1124 CC, y para otros, en el artículo 1270 II CC, de tal manera que la forma de expresarse el artículo 1270 II CC no significa que la indemnización sea un efecto exclusivo del dolo incidental, sino que más bien es el único efecto admitido y de ahí la posibilidad (opción) de que el contratante que ha padecido el dolo causal, le cabe pedir la indemnización, además de la anulación del contrato, en la medida en que lo justifique la satisfacción de su interés (Morales Moreno).

Al abordar los efectos del dolo causal, como vicio del consentimiento, la autora, siguiendo a Morales Moreno, plantea la posibilidad de si la anulación del contrato, la indemnización de daños y perjuicios y la adaptación del contrato, pueden constituir un sistema precontractual y unitario de remedios. En relación con los PECL (art. 4:117), la autora pone de relieve cómo en los PECL y para los vicios del consentimiento se contemplan

específicamente los remedios de la anulación del contrato y la indemnización de daños y perjuicios.

En los supuestos de error (art. 4:103), dolo (4:107), intimidación, (art. 4:109) y de ventaja injusta (art. 4:109), opera en los PECL un sistema de remedios caracterizado por la anulación del contrato, con restitución de prestaciones, e indemnización de daños y perjuicios (art. 4:117).

Todo lo expuesto es útil para entender adecuadamente los criterios acogidos en la Propuesta de Modernización del Código civil de 2023, que desarrolla el tratamiento que sobre la ventaja injusta figura en la Propuesta de Modernización 2009.

La ventaja injusta aparece configurada como causa de anulación del contrato viciado, sujeta por tanto al régimen de la anulabilidad, que también se aplica al error, al dolo, a la violencia y a la intimidación. A efectos de definirla, se tienen en cuenta el aprovechamiento de la situación de la otra parte contratante para lograr un beneficio excesivo o una ventaja injusta. Como factores a tener en cuenta, se citan en particular la existencia de una relación de confianza o de dependencia entre los contratantes, que la parte contratante perjudicada fuese persona con discapacidad, que sufra extraordinarias dificultades económicas o se encuentre en una situación de necesidad apremiante, de ignorancia, de inexperiencia o de falta de previsión.

Los remedios son la anulación del contrato, que determina como efectos la desvinculación de los contratantes y la restitución de las prestaciones, y la indemnización de daños y perjuicios, muy importante en relación con la ventaja injusta, tal como es configurada, teniendo en cuenta que operan tanto la justicia sustantiva como la justicia procedimental. Con respecto al remedio indemnizatorio, se señala que la finalidad de la indemnización es colocar a la parte contratante legitimada, en aquella situación en la que se encontraría si no hubiese celebrado el contrato. A continuación, se contempla la hipótesis de que su mantenga el contrato, donde el criterio de la indemnización se traduce en aplicar las reglas de indemnización por incumplimiento contractual. Se aprecia una diferencia sustancial entre el criterio que se establece en un caso y en otro. Con criterio muy adecuado, no se admiten los pactos de exclusión y limitación de los remedios previstos legalmente cuando contravengan la ley o las exigencias de la buena fe.

Concluyo estas reflexiones señalando que las mismas ponen de relieve que en este libro se abordan múltiples problemas, habiendo reflexionado personalmente sobre algunos que me parecen especialmente importantes y controvertidos y que tienen que ver fundamentalmente con la ventaja injusta, que es una figura novedosa y muy importante. En el libro se lleva a cabo un estudio muy completo de cada una de los problemas planteados, con exhaustiva información tanto doctrinal como jurisprudencial, facilitándose de esta manera mucho la solución de los problemas planteados. De manera sintética se hace una recapitulación crítica y una valoración personal que es muy valiosa. Creo que con la incorporación de la ventaja injusta a nuestro Código civil se dará un paso muy importante para afrontar los retos que van surgiendo en nuestra sociedad, tratándose de una figura, ciertamente compleja, pero sumamente importante para solucionar con justicia problemas que surgen cotidianamente.

Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ  
Académico Senior  
Universidad Carlos III de Madrid

**MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo, *Comunidad hereditaria y Registro de la Propiedad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2024, 200 pp.**

La unidad del objeto de la sucesión, es decir, la unidad de la *hereditas*, forjada por la contemplación y tratamiento jurídico de las titularidades del difunto *sub specie unitatis*, como *universitas* o *nomen iuris*, como un objeto único, global u omnicomprendivo, engendra necesariamente la idea de comunidad en los supuestos de pluralidad de herederos. Siempre que se da la unidad, sea física o conceptual, de un objeto en concurrencia con pluralidad de titulares sobre el mismo surge necesariamente la llamada *comunidad incidental*. Pero en los casos de pluralidad de herederos, la comunidad presenta especialísimos caracteres por razón de la índole peculiar del objeto, cuya unidad se fabrica conceptualmente por abstracción y encierra el *universum ius quod defunctus habuerit*. Los derechos de los partícipes son referibles, por lo tanto, a la masa hereditaria por modo directo, y no a cada uno de los elementos (bienes, créditos o débitos, concretos e individualizados) que en ella estén contenidos.

Cuando varias personas llamadas a una herencia a título universal aceptan la misma, surge entre ellas la comunidad hereditaria (integrada también por los legatarios de parte alícuota, los legitimarios, etc.), siendo necesario proceder a la partición. En cambio, existiendo un único heredero, ni hay comunidad hereditaria, ni se precisa proceder a la partición.

Se denomina, por tanto, comunidad hereditaria a la cualidad de común resultante del llamamiento de varias personas como sucesores a título universal en una herencia, tras su aceptación, hasta el momento de la partición. Dicha comunidad dibuja una situación tendencialmente transitoria de indivisión en la que se encuentra la herencia, o una parte de ella, entre el momento de su adquisición y el momento de la partición, como pórtico de la adjudicación de bienes o derechos concretos a los partícipes. De lo anterior resulta que la comunidad hereditaria es la némesis de la partición hereditaria y viceversa.

A pesar de la importancia y trascendencia práctica que tiene la comunidad hereditaria, pues, entre otras más, no son pocas las ocasiones en la que transcurre un periodo de tiempo nada desdeñable entre la aceptación y la partición de la herencia, el Código civil no dedica una regulación específica y sistemática de la institución, lo que provoca una serie de dudas doctrinales y jurisprudenciales en torno a la misma (naturaleza jurídica, delimitación subjetiva y objetiva, régimen de administración y disposición de los bienes que la integran, o el alcance de la responsabilidad de los partícipes por la deudas del *de cuius*). Todo ello obliga –y es zona común en la doctrina– a acudir para su estudio a los preceptos dispersos en el Código civil, así como también en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la legislación hipotecaria y al Texto Refundido de la Ley Concursal.

Todo lo anterior justifica sobradamente la obra que recensamos, que tiene por objeto el estudio de la compleja comunidad hereditaria y su conexión con el Registro de la Propiedad.

El profesor Murga Fernández, tomando como caja de herramientas las bases del sistema sucesorio, la regulación del proindiviso ordinario y la legislación hipotecaria realiza un exquisito y complejo ejercicio de interpretación sistemática y de integración de vacíos en aras de la determinación de los rasgos esenciales de la comunidad hereditaria y del concreto régimen jurídico de la figura, que como afirma dicho autor, en su conexión con el Registro de la Propiedad, constituyen el objetivo esencial de la obra.

La obra se estructura en cuatro capítulos, que pasamos seguidamente a analizar:

I. En el capítulo I, intitulado *Comunidad hereditaria: concepto y elementos*, se aborda el análisis de los elementos constitutivos de la comunidad hereditaria: su objeto y los sujetos. Por lo que respecta al concepto de comunidad hereditaria, lo configura como la situación tendencialmente transitoria de indivisión en la que se encuentra la herencia, o una parte de ella, en el lapso que se comprende entre el momento de su adquisición por una pluralidad de sujetos y el momento de la partición, con la consiguiente adjudicación de bienes o derechos concretos a los partícipes.

En lo que hace al elemento objetivo, como afirma Murga Fernández, se trata de uno de los aspectos que dota de una mayor singularidad a esta compleja figura y a los derechos singulares que ostentan los copartícipes, es decir, al denominado derecho hereditario *in abstracto*. Dicho objeto viene integrado no por una cosa o derecho concreto, sino por una universalidad de Derecho, como es la herencia, integrada por el conjunto de bienes y derechos que pertenecían al causante y que no extinguen con su muerte (art. 659 CC). Igualmente, formarían parte de la comunidad los frutos –naturales y civiles– producidos por los bienes hereditarios, los incrementos y acciones, los derechos que puedan ingresar por subrogación real, así como aquellos que puedan llegar a integrarse como consecuencia de reducciones de disposiciones inoficiosas. Subraya el autor la controvertida cuestión de si se integran en la comunidad hereditaria las deudas de la herencia, concretamente las deudas hereditarias o deudas que ya existían en vida del de cuius y que no desaparecen con su óbito –las denominadas deudas en un sentido estricto– y las cargas de la herencia –aquellas que surgen a causa de la muerte del causante y consecuente apertura de la sucesión–. Se decanta Murga Fernández en favor de la posición clásica que propugna la inclusión de las deudas hereditarias en sentido estricto y las cargas de la herencia dentro del objeto de la comunidad hereditaria, posición con la que coincidimos, quedando extramuros de la comunidad hereditaria las obligaciones testamentarias que impone el testador a cargo del heredero o del legatario. También quedarían excluidos, por su propia fisionomía, aquellos bienes o derechos que el causante hubiera dispuesto a título particular, ya sean legados de cosa propia y específica o la institución de herederos *ex re certa*.

En lo que respecta a los sujetos, los mismos vienen identificados por todos aquellos a quienes corresponde la titularidad sobre una parte alícuota no concretada –total o parcialmente– del caudal hereditario. Así, se detiene el autor en los sujetos que pueden formar parte de la comunidad hereditaria, es decir, los herederos, los legatarios de parte alícuota, los legitimarios –reseñando las principales tesis existentes acerca de la naturaleza de la legítima– realizando una mención específica del cónyuge viudo y los cesionarios de la cuota sobre la herencia. Los acreedores de la herencia, pese al interés directo que presentan sobre la misma, quedan excluidos de forma acertada de la comunidad hereditaria, si bien ostentan una batería de mecanismos de defensa de sus créditos.

II. En el capítulo II se centra el profesor Murga Fernández en el estudio de uno de los aspectos más discutidos de la comunidad hereditaria, esto es su naturaleza jurídica. Cuestión para nada baladí puesto que, ante la ya reiterada ausencia de una regulación específica de la figura en el Código civil para delinear su régimen jurídico, resulta vital la concreción de su naturaleza jurídica. Además, subraya que la configuración de tal naturaleza resultará muy

útil como pauta de interpretación y sistematización para la resolución de múltiples problemas de calado práctico que se puedan presentar en relación con la comunidad hereditaria.

Como es sabido, la discusión en esta materia oscila entre los dos grandes modelos de comunidad, esto es, el romano y el germánico. No obstante, el autor afirma de forma acertada a nuestro parecer que dicho planteamiento es excesivamente reduccionista e incurre en claros apriorismos de carácter eminentemente dogmáticos, como seguidamente expone de forma detallada y rigurosa, que en muchos casos resultan poco útiles para la resolución de los problemas concretos que se plantean con la comunidad hereditaria. Lo anterior justifica que la estructura que desarrolla en su estudio tome como punto de partida el análisis de los rasgos característicos del modelo romano – donde pone como ejemplos los modelos de comunidad hereditaria de Francia y de Italia como muy fieles a la comunidad hereditaria romana–; y del modelo germánico de comunidad. Una vez abordadas las características más destacables de la comunidad germánica afirma que la misma no es más que un modelo teórico, una abstracción, pero no un instituto real operante, en términos generales en un tiempo y lugar determinados. Especial importancia otorga a la comunidad hereditaria en el Derecho alemán, a la que como acertadamente destaca se asimila la comunidad hereditaria en el Derecho español tras la evolución doctrinal y jurisprudencial.

Destaca Murga Fernández que como botón de muestra del mayor valor teórico que práctico de la comunidad germánica se presenta el modelo de comunidad hereditaria vigente en el Derecho alemán, que lejos de ajustarse al modelo de propiedad en mano común o *Gesamthand*, delinea en los parágrafos 2032 a 2063 BGB un régimen específico cuyos rasgos característicos se apartan claramente de la manida comunidad germánica. Dicho régimen jurídico autónomo de la comunidad hereditaria en el BGB resulta realmente de interés puesto que como afirma y argumenta sólidamente el profesor Murga la anatomía actual de la comunidad hereditaria en nuestro Derecho forjada por la doctrina y jurisprudencia y cristalizada en la legislación hipotecaria coincide en muchos de sus aspectos esenciales.

III. El autor dedica el capítulo III a la cuestión nuclear de la presente obra, esto es, la delimitación de los rasgos definitorios de la comunidad hereditaria en Derecho civil común. Para ello, se centra en el estudio de las desperdigadas bases normativas que ofrecen el Código civil, los preceptos concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la legislación hipotecaria en unión del extraordinario desarrollo doctrinal y jurisprudencial existente. Como consecuencia del concienzudo análisis de lo anterior subraya Murga Fernández cuatro grandes trazos que caracterizan el aspecto y conformación de la comunidad hereditaria en nuestro Derecho: i) Se trata de una situación de cotitularidad integrada por un conjunto de sujetos llamados a una parte alcuota e indeterminada de la herencia; ii) El objeto de la comunidad viene determinado por el patrimonio hereditario en su conjunto, incluyendo bienes y también deudas. Además, durante la situación de indivisión el patrimonio goza de autonomía como se evidencia en el régimen aplicable a las deudas hereditarias y el principio de subrogación real imperante; iii) Cada copartícipe ostenta un derecho sobre la herencia que no se concreta sobre bienes específicos del caudal relicto, pudiendo además disponer libremente de dicho derecho; iv) La situación de comunidad hereditaria es de naturaleza transitoria y se le puede poner fin a instancia de cualquiera de los coherederos mediante la oportuna partición de la herencia.

IV. En el último capítulo de la obra se aborda el examen de las particularidades, sustantivas y procedimentales, que plantea la constancia registral del derecho hereditario *in abstracto*. Desgrana el autor los antecedentes de la vigente regulación hipotecaria, es decir, de qué manera antes de la reforma hipotecaria de 1944-1946 el derecho hereditario *in abstracto* accedía al Registro de la Propiedad mediante un asiento de inscripción con base en el artículo 71 del Reglamento Hipotecario de 1915, lo que desde un inicio no escapó a las críticas por parte de determinados sectores que, si bien no negaban su constancia registral, abogaban porque se instrumentara a través de una anotación preventiva. Tras la citada reforma, el derecho hereditario solo puede hacerse constar en el Registro mediante anotación preventiva, tal y como se desprende de los artículos 42.6.º y 46.1.º LH, este último especialmente representativo al indicar que «el derecho hereditario, cuando no se haga especial adjudicación a los herederos de bienes concretos, cuotas o partes indivisas de los mismos, sólo podrá ser objeto de anotación preventiva», desarrollado en los artículos 146, 166, 206 y 209 LH. También examina el autor los sujetos legitimados para solicitar la práctica de la anotación preventiva, así como los títulos o procedimientos a seguir para solicitarla y sus efectos y cancelación.

V. En definitiva, el profesor Murga Fernández analiza de forma crítica, constructiva y con todo lujo de detalles una figura compleja y de una eminente transcendencia práctica para el Derecho de sucesiones como es la comunidad hereditaria y su conexión con el Registro de la Propiedad, pero con ese pretexto ofrece una excepcional autopsia de la comunidad hereditaria, estos es, de su concepto, elementos subjetivos, elementos objetivos, naturaleza jurídica, rasgos definitorios, las particularidades no solo del régimen de responsabilidad por las deudas hereditarias de los coherederos durante la comunidad hereditaria sino también el tratamiento general de dichas deudas en el Código civil, así como en el Derecho foral y en la nueva propuesta de reforma de la Comisión General de Codificación, e igualmente a la oscura regulación que el vigente Texto Refundido de la Ley Concursal dedica al concurso de la herencia. No me cabe ninguna duda que la monografía *Comunidad hereditaria y Registro de la Propiedad* resultará extremadamente útil no solo para la dogmática jurídica, sino también para cualquier profesional del Derecho que busque orientación en esta compleja cuestión.

Juan Pablo PÉREZ VELÁZQUEZ  
Profesor titular de Derecho civil  
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

**RUBIO GARRIDO, Tomás: *Derecho privado, derecho público, derecho moderno*, Atelier, Barcelona, 2024, 218 pp.**

La dicotomía entre Derecho público y Derecho privado representa la más fuerte distinción que existe en el ámbito jurídico: un sólido muro divisorio que durante siglos ha permanecido incólume frente a todos los intentos de superación. La clara separación de materias que la distinción entraña produce graves consecuencias para el entendimiento de la ciencia del Derecho y para cada uno de los ámbitos adscritos a cada área. Sin embargo, como apuntaba con razón Díez-Picazo, el problema consiste en que la concreta delimitación

de la división es una de las cuestiones que revisten mayor complejidad, oscuridad y dificultad de la teoría general del Derecho.

De la trascendencia y dificultad de la distinción es bien consciente el autor de la monografía objeto de esta reseña. En efecto, Tomás Rubio Garrido, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla, posee una sólida y dilatada trayectoria académica, de forma que en este libro suyo de tema tan central, vierte muchas lecturas de Derecho histórico y comparado que había acumulado con el paso de los años. La obra que ahora nos presenta, conformada por una totalidad de trece capítulos, se muestra así como un excelente análisis de la materia, que no destaca por pretender la formulación de nuevas teorías que prometan una solución taumaturgica al problema, sino por constituir una relectura pausada, dotada de una nítida estructura, en la que la capacidad de síntesis del autor no esconde el trabajo bibliográfico de fondo.

Tomás Rubio realiza en los primeros nueve capítulos un examen de los datos históricos que basan la dualidad Derecho público-Derecho privado. Recurrir al influjo y enseñanza de la historia se presenta como vía para entender la importancia que adquiere la distinción en la realidad jurídica, así como para comprender la razón de ser de la pluralidad de teorías y variaciones que han intentado explicar la distinción en cada época. El autor parte, a mi juicio con razón, de que sólo a través de los antecedentes históricos se podrá proceder a la reconstrucción de los cimientos sobre los que se sostiene la dicotomía en la actualidad.

Como punto de partida de este itinerario se elige el Derecho Romano, más en concreto el conocido texto de Ulpiano (D, 1, 1, 2), *publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*. Bajo esta concepción clásica de la distinción, la calificación diferencial de la misma reside en la utilidad pública o privada del Derecho. Sin embargo, Rubio Garrido no duda en esclarecer que la multiplicidad de significaciones que los conceptos «público» y «privado» poseen complica el discernimiento del sentido real de la contraposición. En su análisis, pone a la vez de manifiesto que la distinción, en cualquier caso, no se muestra como un sistema operativo en la Edad Antigua.

Los datos concernientes a la Edad Media que analiza el autor parecen apuntar en el mismo sentido que los textos romanos: la dualidad objeto de su estudio carece también en esa época de valor aplicativo. Es la cosmovisión teológica imperante en esta época, que establece al hombre como unidad básica axiológica, la que dota de valor sistemático general a otras divisiones como la tríada Derecho divino, natural y de gentes.

En continuidad con esta línea cronológica, Rubio Garrido certifica que es en la Edad Moderna cuando se produce el hecho que resulta en cierto modo determinante para el asentamiento de la dualidad tal y como se percibe en la actualidad: la generalización de un concepto de Derecho Público ya identificado con las reglas de organización política. El Renacimiento, los problemas de adaptabilidad de la Recepción en territorios germánicos o el fortalecimiento de las estructuras gubernativas son algunas de las causas que propiciaron la extensión de esta novísima concepción del «ius publicum», como detalladamente expone el autor en la obra.

Este exhaustivo y pormenorizado recorrido histórico tiene su fin en el séptimo, octavo y noveno capítulo. En ellos, el autor introduce y acentúa la consolidación en el siglo XIX de la dicotomía entre Derecho público y privado como *summa divisio* de las disciplinas jurídicas, como dos perfiles con idéntica trascendencia. El auge del iusnaturalismo racionalista, combinado con las ideas y

valores de la Revolución francesa, valió para diseñar un «horizonte jurídico y político en el que emergen con claridad dos grandes protagonistas: de una parte, el ciudadano y, de otra parte, el Estado resultante del contrato social, que encarna la *volonté générale* soberana, y que se expresa a través de la ley» (p. 78). Con todo, el establecimiento de la distinción sería objeto aún de fuertes controversias durante buena parte del siglo XIX desencadenadas por el fortalecimiento de teorías negativas y corrientes totalitarias, como el llamado «Derecho social» de Gierke que, al igual que las enraizadas en el individualismo extremo, comprometerían la integridad de la distinción.

En el décimo capítulo, el autor procede al análisis de la multiplicidad de teorías que la doctrina ha ido elaborando en el transcurso del tiempo para delimitar la distinción. Las teorías del interés, las del sujeto, las negativas, las de la jurisdicción, de la acción o de la naturaleza de la norma son algunas de las que el autor se ocupa en estas páginas, en las que se centra en rebatir cada una de ellas, exponiendo con claridad cuáles son las críticas de mayor entidad que afectan a cada teoría.

El autor expone su tesis en el undécimo capítulo, advirtiendo desde un inicio su adhesión a posturas clásicas y su recelo a recaer en posiciones a veces propiciadas por el deseo de novedad. Para él, por «Derecho público» deben entenderse todas las reglas relativas a la estructura gubernativa, la gobernación política y el ejercicio de estas potestades. Se trata de una teoría sustancial de la distinción, que toma por referencia al Estado tanto desde un plano subjetivo como material. En esta línea, nos encontramos ante el Derecho privado «cuando un ordenamiento estatuye que lo mejor para el orden social, al regularse jurídicamente una materia, consiste en partir, como premisa decisoria, de un ámbito de libertad para las personas, actuando o decidiendo unilateralmente, o en coligación con otras personas, en su caso en el seno de asociaciones o entidades creadas por la iniciativa popular, todo ello dentro de los límites y reglas generales consignadas por dicho ordenamiento» (p. 132).

El autor defiende con vehemencia su postura, encargándose de combatir todos los argumentos de peso que se oponen a ella, y llegando a convencer al lector, a pesar de que siguen existiendo algunos puntos débiles en su construcción sustantiva, de los que él es bien consciente. Así, fundamentalmente, la dificultad de concretar el propio concepto de «potestad política» sobre el que pivota en buena parte el elemento diferencial de la división. Históricamente, el fortalecimiento o el debilitamiento de las estructuras gubernativas ha traído consigo fluctuaciones en la extensión de estas potestades. En tal sentido, «potestad política» puede llegar a ser aquella que en cada época impere, condicionando ineludiblemente el sentido de la dicotomía Derecho público y Derecho privado en función de su propio ejercicio del poder.

En el penúltimo capítulo, Tomás Garrido Rubio se adentra en la articulación y ejemplificación de los denominados «puntos de transición». Término que refleja aquellas zonas que difícilmente encuentran su localización en uno de los dos ámbitos de la división. En el amplio repertorio de estos lugares sin claro cobijo se señalan, entre otros, el Derecho laboral, el de familia, la responsabilidad civil por prestaciones sanitarias defectuosas, el Derecho transitorio, el internacional privado e interregional, las normas sobre aplicación y la interpretación del Derecho, el Derecho constitucional, la nacionalidad, la reglamentación de los registros, los límites al ejercicio de derechos subjetivos, la sucesión intestada... Son un sinfín los ámbitos que en la ciencia jurídica no responden a la sistematicidad del dualismo entre Derecho público y derecho privado.

El capítulo de cierre de la monografía recoge un total de quince conclusiones que el autor ha ido obteniendo durante la elaboración del trabajo. En ellas, detalla principalmente la trascendencia técnico-aplicativa de la división, subrayando que de ella se derivan una serie de consecuencias jurídicas cuyo influjo en el ordenamiento suele pasar inadvertido para cierto sector de la doctrina: principios rectores diferenciados, implicaciones en la determinación del orden jurisdiccional, fuentes de derecho... Asimismo, destaca las incidencias políticas y sociales que la división comporta. En este mismo sentido, aboga por evitar recaer en los estériles y tautológicos enfrentamientos que siempre han dividido a privatistas y publicistas; instando a una colaboración entre actores de ambos campos del saber jurídico. A estos efectos, resulta más que adecuada la referencia a Federico de Castro y Bravo a la hora de ilustrar la incongruencia de este baldío conflicto: «ambos están en una relación de mutua dependencia, el Derecho público es el *sine qua non* del privado y el Derecho privado será el «para qué» del Derecho público».

Escasas son las críticas que se pueden realizar ante la obra. Es bien conocido el aforismo romano, al que el propio autor alude en un pasaje, conforme al cual *qui bene distinguit bene docet*, y el autor se empeña en distinguir bien y extraer de ahí las conclusiones adecuadas. La obra se presenta así como una excelente oportunidad para profundizar en una dualidad cuya permanencia e influjo en la vida jurídica es indudable. Paradójicamente, son los temas clásicos aquellos que, dadas sus implicaciones sistémicas en la totalidad del ordenamiento jurídico, deben ser tratados con mayor habitualidad por la doctrina. El bien ponderado libro de Rubio Garrido, sin necesidad de extensiones indebidas, se convierte así en una estupenda guía para adentrarse en una de las temáticas más complejas del pensamiento jurídico. y contribuye, con justeza y buen tino, al esclarecimiento de una distinción de grave trascendencia para el aplicador del Derecho

Ana Belén DOMINGUEZ SALAZAR  
Becaria de colaboración. Departamento de Derecho civil  
Universidad de Málaga

## Revistas Extranjeras

**A cargo de: Ricardo PAZOS CASTRO (Profesor propio adjunto. Universidad Pontificia Comillas de Madrid)**

**Colaboran: Remedios ARANDA RODRÍGUEZ (Profesora titular de Derecho civil. Universidad Carlos III de Madrid), Carlos CASTELLS SOMOZA (Investigador predoctoral FPI. Universidad Autónoma de Madrid), María del Rosario DÍAZ ROMERO (Profesora titular de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), Alfredo FERRANTE (Profesor titular de Derecho comparado. Universidad de Pavia [Italia]), Sebastián LÓPEZ MAZA (Profesor titular de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), Andrea MACÍA MORILLO (Profesora titular de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid).**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho hipotecario. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones. 8. Varia.—II. *Derecho Mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. 6. Derecho concursal. 7. Derecho de la competencia.—Abreviaturas.

### DERECHO CIVIL

#### PARTE GENERAL

AA.VV.: «Nouvelles technologies des horizons élargis pour le juriste», *JCP G*, 2024, núm. 21.

Número especial que recoge las ponencias del 46.º Coloquio de la Asociación Derecho y Comercio, celebrado los días 22 y 23 marzo de 2024. Se recogen ponencias sobre nuevas tecnologías y derecho; relación entre creación intelectual e inteligencia artificial; abogado y nuevas tecnologías; desmaterialización del proceso; el reglamento de servicios numéricos (DSA); la seguridad del pago; etc. (R.A.R.)

ALVISI, C.: «“La Costituzione vivente” e il diritto civile», *DFP*, 2024, núm. 4, pp. 1519-1552.

La autora reflexiona sobre la evolución del Derecho civil italiano a la luz de la Constitución. Ello le lleva a analizar la modernización que introdujo la escuela de Derecho civil de Mesina en los métodos, problemas y categorías de la ciencia jurídica civil a la luz de las normas cons-

disciplina, tales como la autonomía privada o la familia, a partir de los principios constitucionales de personalismo, solidaridad o igualdad. Finalmente, propone la aplicación directa de los principios y valores constitucionales como límite y marco de regulación para grandes retos tecnológicos de la actualidad, tales como las plataformas digitales o la IA. (A.M.M.)

LIPARI, N.: «Regole, clausole generali, principi», *RTDPC*, 2024, núm. 4, pp. 1073-1102.

Reflexión sobre la evolución del Derecho, desde una ciencia teórica, basada en principios, hasta una ciencia práctica de aplicación de normas, fundamentada e inspirada en cláusulas generales. (R.D.R.)

MINEO, J.: «Il substrato realizzativo della simulazione giuridica: considerazioni a margine di una recente pronuncia della Cassazione avente ad oggetto un contratto di cessione di quote societarie dissimulante un accordo preventivo della crisi coniugale», *DFP*, 2024, núm. 4, pp. 1411-1430.

Con ocasión del comentario de una reciente sentencia de la *Corte di Cassazione*, el artículo analiza cómo funciona la simulación y propone una reconstrucción de la institución, desde el punto de vista dogmático, que trata de resolver sus aspectos controvertidos y centrar la atención en sus elementos más relevantes. (A.M.M.)

RENDA, A.: «La Cassazione torna sulla *Verwirkung* per negarla», *NGCC*, 2024, núm. 5, pp. 1142-1151.

Ensayo sobre la recepción de la *Verwirkung* (doctrina del retraso desleal) en la jurisprudencia italiana. El autor se sirve de la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 26 de abril de 2024, núm. 11219, para explicar por qué no es necesario acoger aquella doctrina de forma generalizada en el Derecho italiano, explicando cómo los problemas que pretende resolver se pueden reconducir a la prescripción, la caducidad y la renuncia tácita de derechos, debidamente ponderadas con la máxima de la buena fe. (C.C.S.)

## DERECHO DE LA PERSONA

AA.VV.: «Il volontariato e l'amministrazione di sostegno. Testimonianze, spunti di riflessione e rilievi critici», *NGCC*, 2024, núm. 6 (suplemento digital), pp. 64-71.

Reflexión sobre el sistema de provisión de apoyos a las personas con discapacidad desde la perspectiva de las organizaciones de voluntariado. Se destaca su idoneidad para promover los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad y su papel activo en la práctica, aunque también se advierte que los servicios técnicos públicos a menudo infravaloran el papel que pueden desarrollar, y se denuncia su incapacidad para dar respuesta a la demanda creciente de medidas de apoyo con los recursos de que disponen. (C.C.S.)

ALONZO, E.: «Il risarcimento del danno per violazioni del GDPR (art. 82 REG. UE 2016/679). La tutela della persona nelle logiche del diritto privato regolatorio?», *NLCC*, 2024, núm. 3, pp. 601-626.

Se analiza el rol de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la construcción de la normativa sobre responsabilidad por daños derivados del incumplimiento de la protección de datos personales. Especial tratamiento de los requisitos de la responsabilidad: prueba, criterio de la culpa y daño resarcible. (*R.D.R.*)

ASTONE, A.: «Procreazione medicalmente assistita e dinamiche del consenso. (Riflessioni a margine di corte cost. 24 luglio 2023 n. 161)», *DFP*, 2024, núm. 2, pp. 705-745.

El artículo analiza el requisito de la prestación del consentimiento en el marco de las técnicas de reproducción humana asistida. Sobre el principio de la libertad de autodeterminación de los usuarios, el consentimiento debe distinguirse para cada uno de los tratamientos a los que se someten, pero debe coordinarse con el interés y la dignidad del embrión, lo que puede justificar su irrevocabilidad. (*A.M.M.*)

BENATTI, F.: «Una prospettiva comparatistica sulla tutela delle persone anziane in Asia», *NGCC*, 2024, núm. 4, pp. 933-942.

Ensayo sobre los modelos de protección de las personas mayores en Singapur, Corea del Sur y China, contruidos sobre el concepto de piedad filial (*xiao*), que impone a los hijos un deber de cuidado de sus padres. El autor examina cómo los tres ordenamientos han cohonestado este principio tradicional con problemas modernos, como la atomización de las familias, y apunta a la distribución de los deberes de apoyo entre el Estado y las familias como principio central que debe orientar las políticas europea e italiana. (*C.C.S.*)

BRANDI, G.: «Il patto di rifioritura distrae dalla crisi della Salute mentale», *NGCC*, 2024, núm. 6 (suplemento digital), pp. 89-90.

Brevísimas anotaciones sobre el *Patto di Rifioritura* (Proyecto de Ley núm. 1440/2019), una propuesta de reforma en materia de discapacidad que aboga por la derogación de la incapacitación y el refuerzo del sistema de provisión de medidas de apoyo. La autora critica la propuesta, que ignora o minimiza la complejidad de la salud mental, y defiende el mantenimiento de medidas de «coacción blanda» (*coazione gentile*), como las evaluaciones y tratamientos sanitarios obligatorios. (*C.C.S.*)

BUGETTI, M. N.: «Rifiuto del beneficiando di sottoporsi a CTU e applicazione della misura di protezione», *NGCC*, 2024, núm. 6, pp. 1321-1330.

Comentario al auto de la *Corte di Cassazione* de 27 de mayo de 2024, núm. 14689, relativo a los requisitos de constitución de medidas de apoyo para una persona con discapacidad. Se pone de relieve la necesidad de acreditar una discapacidad física o psíquica que afecte a la habilidad del sujeto para cuidar de sí mismo, sin que su mera falta de colaboración con el perito designado judicialmente permita presumirla, aunque sí pueda ser un factor a ponderar. (*C.C.S.*)

CAMPAGNA, M.: «Il diritto all'oblio oncologico el il diritto all'oblio nel regolamento privacy dell'UE: assonanze e dissonanze», *NLCC*, 2024, núm. 5, pp. 1167-1186.

Reflexiones sobre la ley de 7 diciembre 2023, núm. 193, y la necesidad de incluir en la normativa europea sobre protección de datos el historial oncológico de los enfermos que han superado la enfermedad, introduciendo el derecho al olvido de dichos datos entre los supuestos de datos privados y, por tanto, dentro del ámbito de protección de la norma europea. (*R.D.R.*)

CANDIDO, A.: «Il diritto all'oblio oncologico nel prisma dei diritti della personalità», *NLCC*, 2024, núm. 5, pp. 1147-1166.

Análisis de la ley de 7 de diciembre de 2023, núm. 193, y la consideración como derecho fundamental de la personalidad del derecho al olvido del historial patológico del enfermo oncológico tras su curación, para evitar su discriminación y proteger sus datos de salud (*R.D.R.*)

CARAPEZZA FIGLIA, G.: «Protezione della persona vulnerabile e limitazioni della capacità. Un caso di abuso dell'amministrazione di sostegno», *NGCC*, 2024, núm. 4, pp. 873-883.

Comentario a la STEDH de 6 de julio de 2023 (recurso núm. 46412/21), que aborda cuándo las medidas de apoyo a la persona con discapacidad pueden resultar lesivas del derecho al respeto a la vida privada y familiar sin injerencias injustificadas de la autoridad pública (art. 8 CEDH). El autor explica la situación resultante de la Convención de Nueva York de 2006, sobre derechos de las personas con discapacidad, y la importancia de garantizar la autodeterminación de la persona vulnerable sin restringir injustificadamente su capacidad, principios estos que deberían guiar la interpretación y aplicación de las normas italianas sobre provisión de apoyos. (*C.C.S.*)

CARNIATO, E.: «Diritto ad essere dimenticato o diritto ad essere informato?», *NGCC*, 2024, núm. 5, pp. 1040-1052.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 27 de diciembre de 2023, núm. 36021, en el que se analiza el conflicto entre el derecho a la información y los derechos de la personalidad –en particular, el derecho al olvido–, al caso de las peticiones de desindexación dirigidas a los motores de búsqueda. La autora pone de relieve la especial importancia del derecho al olvido en el mundo digital y el papel clave que hoy desempeñan los motores de búsqueda para conjugar ambos derechos. (*C.C.S.*)

CASSANO, G.: «Tutela della persona v. Impresa. Quando la «cessione» del dato personale potrebbe bastare. Il caso della pubblicità personalizzata», *DFFP*, 2024, núm. 4, pp. 1575-1589.

El trabajo analiza la jurisprudencia recaída sobre interpretación de las normas de protección de datos en el contexto de la publicidad personalizada, que se valora de forma crítica por su excesivo formalismo. En ese contexto, el autor estudia la posibilidad de no aplicar lo previsto por el Reglamento europeo 2016/279, 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, a algunos aspectos del procesamiento de datos en las redes sociales. (*A.M.M.*)

CENDON, P.: «Variazioni sulla fragilità umana», *DFP*, 2024, núm. 2, pp. 806-827.

El autor centra su atención sobre el concepto de la «fragilidad», que se distingue del de la discapacidad y que, aunque con fuerte relevancia en el contexto de la reproducción asistida y en relación con el concepto del «proyecto de vida», manifiesta también su incidencia sobre ámbitos tan diversos como la responsabilidad civil o el incumplimiento. (A.M.M.)

CHECCHINI, B.: «La Corte europea (ancora) tra «parto segreto» ed identità della persona», *NGCC*, 2024, núm. 4, pp. 884-896.

Comentario a la STEDH de 30 de enero de 2024 (recurso núm. 18843/20) que, en materia de adopciones, se pronuncia sobre el conflicto entre el derecho a la privacidad de la madre que opta por un parto anónimo y el derecho del hijo a la identidad y a la investigación de sus orígenes. La autora disiente de la opinión del Tribunal y considera que la regulación francesa no alcanza un equilibrio justo entre ambos derechos, toda vez que impide la averiguación de los orígenes incluso después de la muerte de la madre biológica, y reivindica la solución italiana, que permite hacer averiguaciones sobre los orígenes por razones justificadas, sin revelar la identidad de la madre hasta que hayan transcurrido cien años desde el parto. (C.C.S.)

CHIN, N. M.: «The Structural Desexualization of Disability», *Colum. L. Rev.*, 2024, vol. 124, núm. 6, pp. 1595-1659.

El artículo habla de «desexualización estructural de la discapacidad» como un elemento constitutivo en la perpetuación de la violencia sexual contra las personas con discapacidades intelectuales y del desarrollo. La autora examina la discapacidad bajo este nuevo punto de vista, enfocando la atención sobre tres aspectos: la tutela, la educación especial y el programa de exención de servicios basados en el hogar y la comunidad. Se busca replantear la sexualidad como un aspecto central de la integración comunitaria en virtud de la Ley estadounidense de las personas con Discapacidades, y como una prioridad de salud sexual y psicosocial. (A.F.)

CIANCIMINO, M.: «Arte e privacy. La tutela dei beni culturali alla luce della disciplina sulla protezione dei dati personali», *DFP*, 2024, núm. 2, pp. 627-653.

El trabajo examina la cuestión de la protección de la intimidad y de los datos personales en relación con las diversas categorías de clasificación de los bienes artísticos y de interés cultural. En concreto, se plantea si debe prevalecer el derecho a la intimidad del titular de dichos bienes o la puesta en valor del patrimonio cultural y el acceso público a su conocimiento. (A.M.M.)

CORSO, S.: «Alla frontiera del diritto privato. Nuove tecnologie e persona anziana», *NGCC*, 2024, núm. 5, pp. 1253-1263.

Ensayo sobre la protección de las personas mayores por el Derecho privado desde la perspectiva de las nuevas tecnologías, como fuente simultánea de riesgos y soluciones para mejorar sus condiciones de vida. Entre otras cuestiones, el autor reclama que el proceso de digitalización de la Administración sea inclusivo de las personas mayores y que se entienda incluida la discriminación etaria entre las prohibiciones de discriminación del Reglamento de la IA, además de analizar los efectos de la telemedicina sobre la atención de las personas mayores. (C.C.S.)

COSTANTINO, F.: «Nuovi diritti soggettivi digitali: il diritto di disconnessione e il diritto al controllo umano sull'algoritmo. Un tentativo di ricostruzione sistematica in una prospettiva costituzionalmente orientata», *DFP*, 2024, núm. 4, pp. 1600-1623.

Se propone la necesidad de reconocer dos nuevos derechos en el ámbito digital: el derecho a la desconexión y el derecho a la supervisión humana sobre el algoritmo. El autor analiza el panorama actual y los cambios que se están produciendo en la sociedad y la realidad económica bajo la presión de la digitalización y la difusión de las tecnologías inteligentes, poniendo de relieve sus riesgos desde la perspectiva de los derechos de la personalidad. (A.M.M.)

D'AVACK, L.: «La sentenza della Corte costituzionale n. 135/2024 e regole di accesso al suicidio assistito con particolare riferimento ai trattamenti sanitari salva vita», *DFP*, 2024, núm. 3, pp. 1170-1181.

El trabajo indaga sobre la doctrina constitucional relativa al suicidio asistido, a la luz de la última jurisprudencia de la *Corte Costituzionale* italiana en 2024, que desarrolla la doctrina anterior establecida en 2019. En el trasfondo, se encuentra el problema de la inactividad del legislador en la regulación de la materia, que genera la incertidumbre de si lo más adecuado es que sea la jurisprudencia la que dé una solución a esta problemática. (A.M.M.)

DESCHEEMAEKER, E.: «Legal Person and The Right to Privacy», *Cambridge L. J.*, 2024, vol. 83, núm. 3, pp. 465-489.

El autor, con particular referencia a la realidad de *common law*, analiza la posibilidad de la existencia de un Derecho a la intimidad relacionado no solo con la persona física, sino que también con la persona jurídica, aunque sea circunscrita a los aspectos informativos y de reputación. A estos efectos, se analizan cuidadosamente dos sentencias de inicio de los años 2000, a las cuales no parece haberse prestado mucha atención hasta el momento: una inglesa [*Broadcasting Standards Commission (2000) EWCA Civ 116*] y otra australiana [*Lenah Game Meats (2001) HCA 63, at 328*]. Asimismo, se hacen algunas referencias al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y al art. 8 del *Human Rights Act 1998*. (A.F.)

DI ROSA, G.: «Diritto al nome e rapporti di filiazione», *DFP*, 2024, núm. 4, pp. 1662-1682.

El artículo realiza una revisión de la regulación italiana sobre el nombre y el apellido, que toma en cuenta tanto problemáticas ya tradicionales como otras más actuales. Se pone de relieve en el análisis la tensión entre la dimensión privada individual del nombre y su relevancia jurídica pública. (A.M.M.)

DRIGO, C.: «Lo sportello per l'amministrazione di sostegno: analisi di un'esperienza e del modello costruito», *NGCC*, 2024, núm. 6 (suplemento digital), pp. 72-76.

Breves notas sobre el rol de las oficinas para la provisión de apoyos a las personas con discapacidad para favorecer la implementación de este sistema, especialmente destacado en regiones donde se pueden presentar solicitudes de constitución de estas medidas sin asistencia legal. Se pone de relieve la diversidad de experiencias de estas oficinas en el territorio nacional, y se utiliza el caso de la oficina de Portogruano para explicar cómo se crean y sus

características, los servicios que ofrecen y su efecto positivo sobre el sistema general de medidas de apoyo. (C.C.S.)

FASSASSI, T.: «La loi sur la garantie du respect du droit à l'image des enfants: entre sensibilisation et innovation», *Gaz. Pal.*, 2024, núm. 17, pp. 14-18.

La trivialización de la difusión en línea de imágenes de niños por sus padres plantea nuevos desafíos a la hora de preservar la intimidad del niño. Frente a los riesgos de desvíos y ciberacoso, el legislador se esfuerza por adaptar el derecho positivo para preservar la integridad de la vida privada de los más jóvenes. La aprobación de la ley de 19 de febrero de 2024 sobre el derecho a la imagen del niño es una etapa significativa en este proceso. Esta ley trata de conciliar los imperativos de protección de la intimidad del menor con los derechos legítimos de los padres, en relación con los usos mediáticos contemporáneos. (R.A.R.)

FIORITTI, A.: «Il patto di rifioritura: argomenti a favore», *NGCC*, 2024, núm. 6 (suplemento digital), pp. 86-88.

Brevísimas anotaciones sobre el *Patto di Rifioritura* (Proyecto de Ley núm. 1440/2019), una propuesta de reforma en materia de discapacidad que aboga por la derogación de la incapacidad y el refuerzo del sistema de provisión de medidas de apoyo. El autor da argumentos a favor de dicha reforma, que favorecería decretos judiciales a medida según las necesidades de la persona con discapacidad, una mayor concienciación y responsabilidad de los ciudadanos y una mejor coordinación de la familia y los entes locales. (C.C.S.)

FRANCESCHINI, B.: «Trust e patrimonio vincolato», *NGCC*, 2024, núm. 6 (suplemento digital), pp. 94-96.

Breves notas sobre el *trust* y el patrimonio protegido como posibles salvaguardas para las personas con discapacidad. La autora expone la recepción del *trust* en el ordenamiento italiano, sus ventajas para la protección de personas vulnerables y su interacción con la provisión de medidas de apoyo. También propone la introducción en Italia de los patrimonios protegidos, cuya administración se confiere a un sujeto para que los gestione en exclusivo beneficio de la persona con discapacidad. (C.C.S.)

FRANZINA, P.: «L'amministrazione di sostegno nei casi internazionali: l'attesa più che ventennale di risposte coerenti all'attuale paradigma giuridico della fragilità», *NGCC*, 2024, núm. 6 (suplemento digital), pp. 37-48.

Ensayo sobre las dificultades del sistema de provisión de medidas de apoyo en casos que presentan elementos extranjeros, derivadas de la deficiente regulación italiana de Derecho Internacional Privado en la materia. Se critica la vinculación de la protección de las personas con discapacidad a su ley nacional, pues tal solución no es coherente con los valores del sistema vigente, y se reclama la ratificación por Italia de la Convención de La Haya de 2000, que establece una disciplina completa de competencia judicial, ley aplicable y reconocimiento de sentencias. (C.C.S.)

GENOVESE, F. A.: «L'amministrazione di sostegno e la Corte di cassazione: verso un diritto mite», *NGCC*, 2024, núm. 6 (suplemento digital), pp. 17-25.

Breve repaso de la jurisprudencia de la *Corte di Cassazione* y los principios que se destilan de la misma en cuanto a las medidas de apoyo de las

personas con discapacidad. Entre otras cosas se destaca la flexibilidad y proporcionalidad del sistema, debiendo el juez adaptar las medidas a las necesidades de la persona, la colocación de la voluntad del beneficiario de los apoyos en el centro del sistema, y los principios de necesidad y subsidiariedad, que obligan a interpretar restrictivamente las situaciones de necesidad y las medidas que deben establecerse. (C.C.S.)

GIAIMO, G.: «Le correzioni genetiche alla linea germinale umana. Questioni aperte e prospettive di disciplina», *DFP*, 2024, núm. 3, pp. 1207-1245.

Cualquier intervención sobre la línea germinal humana es transmisible a las generaciones futuras, lo que plantea importantes cuestiones éticas y legales que carecen de respuesta legal en muchas ocasiones. El trabajo plantea en qué medida y bajo qué condiciones se podrían admitir investigaciones y aplicaciones clínicas de la edición genética de la línea germinal humana. (A.M.M.)

GRILLO, E.: «Sulla conservazione sistematica e generalizzata di dati genetici e biometrici per finalità di polizia», *NGCC*, 2024, núm. 4, pp. 832-845.

Comentario a la STJUE (Gran Sala) de 31 de enero de 2024, *Direktor na Glavna direktsia «Natsionalna politsia» pri MVR – Sofia*, C-118/22, ECLI:EU:C:2024:97, relativa a la compatibilidad de la normativa búlgara con el derecho a la protección de datos de los investigados en procesos penales frente a las autoridades nacionales (RGPD y Directiva 2016/680). El artículo comparte la opinión de TJUE sobre la limitación de los datos que pueden tomar y conservar las autoridades a los mínimos necesarios, y critica la regulación búlgara en cuanto permite la recogida sistemática de datos biométricos y genéticos y su conservación indefinida con independencia de la naturaleza y gravedad del delito investigado. (C.C.S.)

INFANTINO, D.: «Il consenso informato ai trattamenti sanitari e l'amministrazione di sostegno», *NGCC*, 2024, núm. 6 (suplemento digital), pp. 53-57.

Apuntes sobre los conflictos entre la autonomía del paciente y las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. Se parte de la distinción entre el caso en que la persona con discapacidad hubiera preconstituido las medidas de apoyo y adoptado instrucciones previas sobre los tratamientos, en cuyo caso el proveedor actúa como un nuncio; y el supuesto en que se le haya nombrado *ex post*, en cuyo caso podrá consentir o denegar los tratamientos médicos si se le autoriza en el acto de constitución, pero siempre teniendo en cuenta la voluntad del beneficiario, según su capacidad de entender y querer. (C.C.S.)

JACOPIN, S.: «Réformer «l'excuse de minorité», un exercice périlleux», *Gaz. Pal.*, 2024, núm. 39, pp. 11-15.

Frente a algunos casos particularmente graves en los que se ven implicados jóvenes menores, el tema de la minoría de edad y la no responsabilidad ha vuelto al centro de los debates en favor de su adaptación o supresión. El autor se plantea los retos. (R.A.R.)

KLESTA-CHABAUD, L.: «La riforma costituzionale francese in materia di interruzione volontaria di gravidanza», *NGCC*, 2024, núm. 5, pp. 1264-1269.

Ensayo sobre la constitucionalización del derecho al aborto en Francia. El autor explica el contexto que motivó dicha reforma, y la vincula al retroceso de las libertades civiles en un contexto global puesto de relieve por la sentencia *Dobbs*

del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, aunque reconoce las diferencias institucionales y de tradición jurídica entre ambos ordenamientos. (C.C.S.)

LENZI, R.: «Il ruolo dell'autonomia privata nel nuovo sistema di protezione degli adulti vulnerabili», *NGCC*, 2024, núm. 6 (suplemento digital), pp. 97-103.

Breve ensayo sobre el papel central de la autonomía de la voluntad en el nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad, sobre todo a raíz de la Convención de Nueva York de 2006, sobre derechos de las personas con discapacidad. En particular advierte que aquella autonomía privada exige que el ordenamiento permita a las personas dejar preordenadas las medidas de apoyo que desean para el caso de discapacidad, lo que en Italia se han articulado principalmente por medio de mandatos preventivos. (C.C.S.)

LEROY-BLANVILLAIN, C., MAYER, L., NICHOLAS, A., STARCEVIC, A., BEAUSIEUR, C., SIBY POLLET, I.: «L'intelligence artificielle, une alliée inattendue des inégalités de genre ?», *JCP G*, 2024, núm. 45, pp. 1845-1851.

Influencia negativa de la inteligencia artificial en el género. Perjuicios para la mujer en los casos de igualdad. (R.A.R.)

MÉSA, R.: «Le renforcement des droits du gardé à vue par la loi du 22 avril 2024: mise en conformité avec le droit de l'Union européenne, mais encore ?», *Gaz. Pal.*, 2024, núm. 24, pp. 14-17.

La ley de 22 de abril de 2024 tiende a adaptar al derecho francés sobre la detención policial las prescripciones de la directiva europea núm. 2013/48/UE, de 22 de octubre de 2013. Con este fin, refuerza el derecho a ser informado y comunicarse con un tercero, así como la efectividad del derecho a la asistencia de un abogado. (R.A.R.)

PALADINI, M.: «Il diritto all'oblio oncologico: obblighi e divieti contrattuali», *NLCC*, 2024, núm. 5, pp. 1063-1084.

Reflexiones sobre la ley de 7 de diciembre de 2023, núm. 193, que da respuesta a las reclamaciones de pacientes oncológicos que han superado la enfermedad, para preservar sus datos de salud e impedir que se produzca discriminación contractual por su historial médico, especialmente en la evaluación de riesgos: aplicación a negocios relativos con servicios bancarios, financieros, seguros (R.D.R.)

PARICARD, S., MOUTON, S.: «Les enjeux juridiques soulevés par la constitutionnalisation de l'IVG», *D.*, 2024, núm. 40, pp. 1966-1973.

Los derechos fundamentales de la mujer y los problemas jurídicos actuales en los casos de interrupción voluntaria del embarazo. (R.A.R.)

PICCINNI, M.: «Principio di sussidiarietà e protezione di fatto», *NGCC*, 2024, núm. 6 (suplemento digital), pp. 104-113.

Ensayo sobre el principio de subsidiariedad en el sistema de medidas de apoyo a las personas con discapacidad, que se plantea si, cuando estas se ven suficientemente protegidas *de facto*, es realmente necesaria la constitución de medidas de apoyo legales. El autor defiende que debe minimizarse la intervención de los poderes públicos en la vida de las personas vulnerables, lo que pasa por respetar las medidas de apoyo informales, y reclama una reforma legal que las regule y reconozca. (C.C.S.)

POLO, D.: «Per una protezione giuridica aderente alle necessità della persona. Ipotesi di lavoro nell'ottica delle famiglie e dei servizi sociali», *NGCC*, 2024, núm. 6 (suplemento digital), pp. 58-63.

Breve ensayo en el que se plasman algunas denuncias sociales sobre el cuidado de personas vulnerables, advirtiendo que los familiares no comprenden por qué es necesario un proceso judicial previo para acceder a pensiones estatales, la importancia de la rendición de cuentas o la necesidad de constituir estas medidas para poder consentir tratamientos médicos rutinarios que necesite la persona con discapacidad. Se denuncian también algunos problemas de los servicios sociales, y se hacen propuestas de *lege ferenda* (o de cambios jurisprudenciales o administrativos) para afrontarlos. (C.C.S.)

RICCI, A.: «Introduzione al regolamento europeo sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo», *NLCC*, 2024, núm. 4, pp. 799-825.

Análisis del cambio en la línea de protección de datos personales según criterios de valoración, a la luz de la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 9 de noviembre de 2023, sobre la propuesta de Reglamento sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización (Ley de Datos, *Data Act*): valoración de tres tipos de datos (personales, no personales y mixtos), para favorecer la competitividad de las empresas europeas. (R.D.R.)

RIGAMONTI, R.: «Diffusione e novità per gli sportelli. Il modello Alto Adige», *NGCC*, 2024, núm. 6 (suplemento digital), pp. 77-79.

Breves notas sobre el rol de las oficinas para la provisión de apoyos a las personas con discapacidad para favorecer la implementación de este sistema, centrado en la experiencia de la oficina del Alto Adige (Tirol del Sur), una de las primeras de Italia. Se destaca que el modelo adoptado en su creación es tricéfalo, orientándose a dar soporte a los ciudadanos, a los jueces y a los proveedores de apoyos, y se reconoce el papel crucial de las asociaciones privadas en el funcionamiento del sistema. (C.C.S.)

Rossi, R.: «Un imperativo cogente: abrogare l'interdizione», *NGCC*, 2024, núm. 6 (suplemento digital), pp. 80-85.

Ensayo sobre la incapacitación en Italia y la necesidad de derogar esta institución, tras haberse demostrado la aptitud del sistema de provisión de medidas de apoyo para ofrecer una protección jurídica más eficaz y respetuosa de la dignidad de las personas con discapacidad. Se denuncia la opacidad del procedimiento de incapacitación y se repasa la jurisprudencia de la *Corte di Cassazione* sobre la integración de ambos modelos de protección, que relegan aquella posibilidad a un papel tan marginal que no hay razones para preferirla a la constitución de medidas de apoyo en ningún caso. Se apuntan algunas propuestas legislativas en este sentido y, en particular, el *Patto di Rifioritura* (Proyecto de Ley núm. 1440/2019), que se propone reforzar el sistema de provisión de apoyos. (C.C.S.)

SABATO, R.: «L'amministrazione di sostegno a confronto con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo», *NGCC*, 2024, núm. 6 (suplemento digital), pp. 13-16.

Breve ensayo sobre la compatibilidad de la regulación italiana de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad con la interpretación del

Convenio Europeo de Derechos Humanos por el TEDH, influida por la Convención de Nueva York de 2006, sobre derechos de las personas con discapacidad. El autor repasa sentencias relativas a diversos ordenamientos europeos, que parten siempre del deber de los Estados de favorecer la integración de las personas con discapacidad en la comunidad y el respeto de su autonomía. (C.C.S.)

SARTOR, A.: «Rapporti di conto corrente ed amministrazione di sostegno, fra ordinaria e straordinaria amministrazione», *NGCC*, 2024, núm. 4, pp. 763-770.

Reflexión sobre la *amministrazione di sostegno* (provisión de medidas de apoyo a una persona con discapacidad) y las facultades del prestador de apoyos. Tomando como referencia el laudo del *Arbitro Bancario Finanziario* de 12 de enero de 2024, núm. 593, en el que se resuelve si el cierre de la cuenta corriente de que es titular una persona con discapacidad constituye un acto de administración ordinaria o extraordinaria, a efectos de valorar si es precisa la autorización judicial, el autor advierte de la disparidad de criterios doctrinales. (C.C.S.)

SCHIAVON, B., LA MURA, C.: «Oneri, compiti e divieti: un amministratore di sostegno di professione?», *NGCC*, 2024, núm. 6 (suplemento digital), pp. 49-52.

Breves notas sobre las cargas, deberes y prohibiciones que entraña la provisión de apoyos, que pueden justificar que al designar un tercero para prestarlos, sobre todo en casos de soledad o relaciones familiares conflictivas, se designe a un profesional del ámbito jurídico. En concreto, se advierte que los abogados tienen habilidades técnico-jurídicas, una formación multidisciplinar y que están sujetos a un Código deontológico que garantiza su comportamiento ético, por lo que pueden ser especialmente aptos para desarrollar aquellas funciones. No obstante, también llama a reflexionar sobre el sistema de compensación para los prestadores de apoyo y a establecer características y requisitos precisos para desempeñar esa función. (C.C.S.)

VENCHIARUTTI, A.: «Amministrazione di sostegno, autonomia e interesse del beneficiario», *NGCC*, 2024, núm. 6 (suplemento digital), pp. 26-33.

Ensayo sobre los conflictos entre la autonomía de la voluntad y las necesidades de protección de la persona con discapacidad. El autor destaca que es un sistema más amplio y flexible que la incapacitación e inhabilitación, que permite dar apoyos adecuados a personas con discapacidades físicas y psíquicas, temporales o permanentes. (C.C.S.)

## PERSONA JURÍDICA

RENNA, M.: «L'art. 21, comma 2, cod. civ. annienta il Regolamento del MoVimento 5 Stelle», *NGCC*, 2024, núm. 4, pp. 820-831.

Comentario al auto de la *Corte di Cassazione* de 8 de febrero de 2024, núm. 3575, que reconoce la aplicabilidad de la normativa del *Codice civile* sobre personas jurídicas a los partidos políticos y, en particular, el quórum y

mayoría necesarios para la modificación del acto constitutivo y los estatutos, si los fundadores no establecieron otros. En consonancia con aquel pronunciamiento, advierte el autor que la no participación de los inscritos en la fase deliberativa no implica una aceptación tácita del acuerdo modificativo, y comparte la conclusión de que la modificación debe reputarse nula. (C.C.S.)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

ATTANASIO, C.: «Inadempimento dello smart contract, sistema rimediabile e tutela effettiva», *RDC*, 2024, núm. 4, pp. 719-743.

Revisión de los caracteres y estructura de los *smart contracts* y la tecnología *blockchain* (inmutabilidad y autoaplicabilidad), ante los posibles y diferentes supuestos de incumplimiento: la insuficiente regulación de los remedios resarcitorios y tutela efectiva. (R.D.R.)

BAKOUCHÉ, D., SERINET, Y. M.: «Responsabilité du débiteur à l'égard des tiers: où va la chambre commerciale?», *JCP G*, 2024, núm. 37, pp. 1501-1506.

El 3 de julio de 2024, la sala comercial del Tribunal de Casación dictó una sentencia muy importante en el contexto de la línea jurisprudencial iniciada por la decisión *Boot shop* o *Myr'ho* (Cass., ass. plén. 6 oct. 2006). Cuando el tercero invoque un incumplimiento contractual que le ocasione un daño sobre la base del derecho consuetudinario, a este pueden oponérsele las cláusulas limitativas de responsabilidad previstas entre las partes.

BARBIERI, S.: «Il doppio volto del regolamento UE 2024/1028 sulla raccolta e condivisione dei dati relativi ai servizi di locazione a breve termine, tra libertà e regolamentazione pubblica del mercato», *NLCC*, 2024, núm. 5, pp. 1187-1211.

Observaciones sobre el ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2024/1028 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, sobre la recogida y el intercambio de datos relativos a los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración, y su intromisión en el mercado interno de los países miembros; al introducir normas comunes para la creación de registros públicos de este tipo de inmuebles, plataformas *on line* de contratación, e intervención de las autoridades públicas para la concesión de licencias de este tipo de actividad. (R.D.R.)

BAYLIS, E.: «Looted Cultural Objects», *Colum. L. Rev. Forum*, 2024, vol. 124, núm. 8, pp. 183-220.

La autora aborda la cuestión ético-jurídica relativa a los bienes culturales que están presentes en los museos y que fueron sustraídos a sus países o las comunidades de origen bajo los auspicios del colonialismo. Se estudian algunos aspectos en relación con el ordenamiento estadounidense, prestándose particular atención a la Ley de Protección y Repatriación de Tumbas de Nativos Americanos (*Native American Graves Protection and Repatriation Act*, cuyo acrónimo es NAGPRA). Constatado que, normalmente, la protección jurídica se aplica a los bienes culturales robados o exportados ilegalmente después de su fecha de vigencia, se observa que, en ausencia de una legislación similar en los Estados Unidos existe la NAGPRA, que exige la repatria-

ción de bienes culturales y restos humanos de los nativos americanos, incluso cuando hayan sido obtenidos antes de que la Ley entrara en vigor. La autora pugna por que dicha Ley sea utilizada como un ejemplo valioso, dado que este modelo basado en la repatriación ha permitido la devolución de millones de objetos a las comunidades nativas americanas. (A.F.)

BÉNOUVILLE, S.: «*Sécret professionnel des avocats, vers une protection européenne renforcée ?*», *JCP G*, 2024, núm. 36, pp. 1472-1474.

El abogado es uno de los profesionales que debe guardar secreto profesional de todos los asuntos que tenga por su oficio. Europa ha puesto el foco en el tema y ha señalado una serie de requisitos que aumentan dicha obligación. El autor analiza la situación. (R.A.R.)

CABRILLAC, S., PELLIER, J. D.: «*Disputatio: pour ou contre la nature contractuelle du recours du donneur d'ordre envers le bénéficiaire d'une garantie autonome ?*», *D.*, 2024, núm. 35, pp. 1731-1734.

Análisis de la naturaleza contractual o extracontractual en las garantías autónomas cuando el ordenante se dirige al beneficiario de la garantía. (R.A.R.)

CALOIARO, L. A.: «*Le clausole claims made nell'assicurazione della responsabilità civile e sanitaria*», *NGCC*, 2024, núm. 5, pp. 1285-1299.

Estudio sobre las cláusulas *claims made* en seguros de responsabilidad civil médica. El autor destaca que estas cláusulas modifican el esquema tradicional del seguro y que, si bien ello no conlleva necesariamente su lesividad (art. 1341 del *Codice civile*), pueden ser nulas si determinan un vicio en la causa concreta o una lesión de los intereses de los contratantes (art. 1322 del *Codice civile*). También advierte que, en el ámbito concreto del seguro de responsabilidad civil médica, y por contraposición a otros seguros de responsabilidad civil, el siniestro se identifica *ex lege* con la reclamación y no con el evento dañoso, lo que presenta problemas desde la óptica del riesgo putativo y el cómputo del plazo de prescripción. (C.C.S.)

CAMARDI, C.: «*Il doppio saggio degli interessi legali nell'art. 1284 cod. civ. Modelli di lettura*», *NGCC*, 2024, núm. 5, pp. 1152-1162.

Ensayo sobre cómo se coordinan las dos reglas del artículo 1284 del *Codice civile* relativas al cálculo de los intereses legales, en virtud de la cual se aplica un tipo de interés desde el vencimiento de la obligación y otro superior después de la presentación de la demanda correspondiente. En concreto, se trata de determinar el tipo de interés que debe aplicar el juez en un proceso de ejecución si no se ha especificado en un proceso declarativo previo en qué consiste el «interés legal». El autor examina la sentencia del pleno de la *Corte di Cassazione* de 7 de mayo de 2024, núm. 12449, de la que extrae que los intereses reforzados tienen carácter excepcional y, por tanto, si no concurren sus presupuestos exactos debe prevalecer el tipo general. (C.C.S.)

CAMILLIERI, E.: «*Intesa sugli EIRD e finanziamenti indicizzati all'Euribor: il magnetismo resistibile della nullità*», *NGCC*, 2024, núm. 5, pp. 1065-1085.

Ensayo sobre las repercusiones de la STJUE de 12 de enero de 2023, *HSBC Holdings y otros/Comisión*, C-883/19 P, ECLI:EU:C:2023:11, que reveló la existencia de un cartel de productos financieros derivados tendente a manipular el Euríbor (EIRD), sobre la validez otros contratos de financia-

ción vinculados a dicho índice. El estudio analiza de forma crítica el auto de la *Corte di Cassazione* de 13 de diciembre de 2023, núm. 34889, y sus sentencias de 3 de mayo de 2024, núm. 12007, y de 19 de julio de 2024, núm. 19900, y sostiene que la decisión de la Comisión Europea sobre la manipulación del Euríbor no constituye una prueba privilegiada de la nulidad de los contratos de financiación indexados al Euríbor, pues estos contratos operan en un mercado distinto a los acuerdos EIRD y, por tanto, de su nulidad no puede deducirse la de aquellos. En su lugar, propone articular la protección del cliente sobre las acciones de anulación por vicios del consentimiento y de reclamación de daños y perjuicios, si se demuestra que la entidad financiera se aprovechó de la manipulación del índice.

CASCAVAL, D.: «Cancellazione del volo, pagamento della «compensazione pecuniaria» mediante buoni viaggio e «accordo firmato» del passeggero», *NGCC*, 2024, núm. 6, pp. 1398-1407.

Comentario a la STJUE de 21 de marzo de 2024, C-76/29, *Cobult UG*, ECLI:EU:C:2024:253, relativa a los acuerdos por los que, en caso de cancelación de un vuelo, se sustituye la indemnización en efectivo por un bono de viaje. La sentencia vincula la validez del acuerdo a que el pasajero hubiera tenido posibilidad de tomar una decisión libre e informada, aunque no descarta que se articule por medio de un formulario en línea. El comentarista subraya la importancia del derecho a la información y critica que el TJUE haya desaprovechado la oportunidad de reafirmar que la misma debe darse en un idioma conocido por el pasajero. (C.C.S.)

CHIRICALLO, N.: «Il richiamo dei prodotti pericolosi e i nuovi rimedi civilistici esperibili dall'acquirente-consumatore. L. art. 37 del regolamento UE 2023/988 sulla sicurezza générale dei prodotti», *NLCC*, 2024, núm. 3, pp. 669-707.

Análisis del artículo 37 del Reglamento UE 2023/988 sobre la falta de conformidad de productos peligrosos, en materia de protección de consumidores y usuarios: ámbito de aplicación objetivo y subjetivo y remedios resarcitorios, entre el reembolso y la indemnización o la reparación y cambio del producto. (R.D.R.)

COPPOLA, R.: «Centralità della persona e tecnica clinica. Dal «curare» al «prendersi cura» del malato», *DFP*, 2024, núm. 4, pp. 1590-1599.

Desde una perspectiva bioética, se analiza el contenido de la relación entre médico y paciente en el contexto actual, caracterizado por la irrupción de la cibernética y la IA. El autor propone una puesta en valor de la relación humana de base y del principio de la continuidad en la atención sanitaria prestada, incluso cuando la curación ya no es posible. (A.M.M.)

D'ADDA, A.: «Riflessioni sulle obbligazioni plurisoggettive: un «ritorno» alle ragioni del vincolo di solidarietà», *RDC*, 2024, núm. 5, pp. 813-835.

Defensa del régimen de solidaridad en las obligaciones con pluralidad de deudores. Una reinterpretación de los artículos 1294 y 2055 CC. (R.D.R.)

DUPOUY, S.: «Les sanctions du droit commun des contrats face au devoir de bon comportement environnemental de l'entreprise contractante», *D.*, 2024, núm. 29, 1426-1430.

El efecto invernadero con la formalización de los contratos en la actualidad. La autora se plantea la posibilidad de sancionar por no respetar las nor-

mas de medio ambiente y sostenibilidad con la formalización en papel de los contratos. (R.A.R.)

FAILLA, C.: «Il buy now, pay later, nella nuova disciplina su contratti di credito ai consumatori», *NLCC*, 2024, núm. 6, pp. 1423-1456.

La necesaria protección del consumidor ante las estrategias comerciales de las ofertas crediticias en los mercados digitales y la nueva Directiva (UE) 2023/2225 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre de 2023, relativa a los contratos de crédito al consumo: compra ahora, paga después. Defensa del consumidor ante prácticas comerciales abusivas o fraudulentas. (R.D.R.)

FELL, A., FIELD, I.: «The Actual Loss Illusion», *Cambridge L. J.*, 2024, vol. 83, núm. 2, pp. 301-333.

La *Supreme Court* inglesa afirma que «no se logra justicia si un demandante recibe menos o más de su daño emergente (*actual loss*)» [*Sainsbury's Supermarkets vs Visa* (2020) UKSC 24, at (217)], debiéndose, en consecuencia, posicionar al demandante en la posición en la que realmente se habría encontrado si no se hubiera encontrado en la situación que sufrió. Los autores critican esta tipología tradicional de indemnización al considerarla defectuosa. Esto se debería a que los demandantes nunca son realmente compensados por su pérdida real y, contrariamente a la creencia popular, las principales teorías sobre la indemnización en Derecho privado (la justicia correctiva y la tesis de la continuidad) sugieren que no es deseable un principio de indemnización por daño emergente. Por ello, los autores defienden que la indemnización que se base sobre un daño razonable (*reasonable loss*) es preferible, ya que se adaptaría más a un entendimiento adecuado del principio compensatorio en el Derecho privado. Todo ello, debido a que existirían muchas situaciones en las que el demandante recibe una compensación que es mayor o menor que su daño emergente, puesto que, en ciertas ocasiones, es difícil probarlo con precisión o cuantificarlo en términos monetarios: por ejemplo, piénsese en los casos donde entran en juego aspectos de causalidad o mitigación. (A.F.)

FLORENA, M.: «La figura della chance: appunti e riflessioni sulla sua risarcibilità», *DFP*, 2024, núm. 2, pp. 828-846.

El trabajo versa sobre la doctrina de la pérdida de la oportunidad, centrándose en las controversias que subsisten en relación con su cuantificación y su valor real de resarcimiento del daño. Aplicado al ámbito sanitario, como pérdida de la oportunidad de curación, se examinan cuestiones críticas, tales como la distinción del daño indemnizado respecto de la lesión de la salud o la posible duplicación en la indemnización de los mismos daños. (A.M.M.)

FLORIO, A.: «Le clausole arbitrali nei contratti dei consumatori», *NGCC*, 2024, núm. 6, pp. 1339-1345.

Notas sobre el auto de la *Corte di Cassazione* de 5 de marzo de 2024, núm. 5936, que aborda la validez de las cláusulas de sumisión a arbitraje en contratos de consumo. Tras analizar la normativa europea y su interpretación por el TJUE en cuanto al carácter abusivo de las cláusulas que limitan el acceso del consumidor a la justicia, se cuestiona si la transposición italiana no resulta excesiva al imponer una presunción indiscutible de abusividad de las cláusulas arbitrales, proponiendo su revisión. (C.C.S.)

GINESTRI, M.: «La giusta tutela del contraente debole nei contratti di finanziamento in valuta straniera», *NGCC*, 2024, núm. 4, pp. 956-968.

Ensayo sobre la problemática de los contratos de financiación en moneda extranjera, en particular a partir de la jurisprudencia del TJUE. La autora apunta que a menudo el consumidor desconoce los riesgos que asume a raíz de aquellas cláusulas, y se pregunta si su mera anulación tiene suficiente efecto disuasorio, o si podrían implementarse técnicas sancionadoras con base en la Directiva 93/13/CEE para proteger a los consumidores. También se plantea las posibilidades de integración del contrato y el distinto papel que pueden jugar las disposiciones legales supletorias e imperativas a este respecto. (C.C.S.)

GORDLEY, J., JIANG, H.: «The Lost Doctrines of Causa and the Incoherence of Contemporary Contract Law», *Tul. L. Rev.*, 2024, vol. 98, núm. 5, pp. 1023-1075.

Reflexiones críticas sobre el entendimiento de la causa contractual que han tenido los juristas occidentales y de los positivistas del siglo XIX. Los autores consideran que debieran repensarse varios aspectos y conceptos, con independencia de la utilización de la palabra «causa» para reforzar la teoría del contrato como justicia conmutativa voluntaria. (A.F.)

GOUËZEL, A.: «L'application dans le temps des nouveaux textes sur l'obligation d'information de la caution», *D.*, 2024, núm. 43, pp. 2118-2122.

La aplicación en el tiempo de la Ordenanza de 2021 sobre la obligación de información en la fianza. Plazo temporal y desaparición de los datos. (R.A.R.)

GRIMALDI, M., GIJSBERS, C.: «Negotium et instrumentum», *RTD civ.*, 2024, núm. 3, pp. 577-588.

Acuerdo de voluntad y forma o instrumento donde se concreta. Diferenciación y valor de cada uno. (R.A.R.)

GRULIER, P.: «Le contrat de prestation de services a-t-il sa place dans le code civil?», *D.*, 2024, núm. 36, pp. 1786-1792.

La extensión del contrato de prestación de servicios que encuadra tanto el contrato de obra (art. 1710); como la prestación de servicios (art. 1780), como el mandato (art. 1984). La duda es si debe hacerse una regulación general en el Código o debería sacarse de allí. (R.A.R.)

KASSOUL, H.: «Le commerce de «colis perdus»: un jeu de qualification périlleux», *D.*, 2024, núm. 42, pp. 2072-2076.

Durante determinadas épocas, como en vacaciones de fin de año, el reparto de paquetes y su pérdida es una constante. Se ha puesto de moda el comercio de los «paquetes perdidos», en los que puede haber un regalo inesperado. Los comerciantes ofrecen paquetes misteriosos a los compradores en busca de magia y sorpresas. Las celebraciones de 2024 han visto, pues, depositadas, a los pies de los árboles de Navidad, «paquetes perdidos». Sin embargo, detrás de esta novedad lúdica se esconde una compleja cuestión jurídica: ¿son verdaderas ventas, transacciones aleatorias o esconden un sistema de lotería prohibida? (R.A.R.)

LACHIÈZE, C.: «Janus, ou le double visage de l'accord du cédé dans la cession de contrat», *D.*, 2024, núm. 41, pp. 2021-2024.

Estudio a propósito de la sentencia de 24 de abril de 2024, de la Sala Comercial del Tribunal de Casación, donde se aporta una respuesta clara a las dudas surgidas tras la reforma de 2016 sobre el papel del acuerdo del cedido en la cesión de contrato y, en particular, sobre la sanción aplicable en caso de incumplimiento de dicho acuerdo. (R.A.R.)

LORRAI, G.: «La rilevanza della condotta del danneggiato nella responsabilità da cose in custodia ex art. 2051 cod. civ.», *NGCC*, 2024, núm. 5, pp. 1300-1308.

Estudio sobre los efectos de la conducta de la víctima sobre la responsabilidad por daños causados por las cosas (art. 2051 del *Codice civile*). El autor razona que se trata de una hipótesis de responsabilidad civil objetiva, según la doctrina mayoritaria, de modo que debe analizarse si la conducta de la víctima se puede subsumir en el caso fortuito como causa de exoneración de responsabilidad. Tras un repaso de la doctrina y jurisprudencia, se pronuncia a favor de este encuadre cuando la conducta era imprevisible e inevitable, acudiendo a la concurrencia de culpas cuando no revista estos caracteres. (C.C.S.)

MACMAHON, P.: «The Costs of Contractual Certainty: *RTI v MUR Shipping*», *Mod. L. Rev.*, 2025, vol. 88, núm. 2, pp. 404-417.

Comentario de la sentencia de la *Supreme Court* inglesa: *RTI Ltd v MUR Shipping BV* [(2024) *UKSC* 18; (2024) 2 *WLR* 1350] relativa a la interpretación del concepto de fuerza mayor y sus efectos en un contrato sometido a arbitraje. La decisión es particularmente interesante, dado que la visión de la Corte difiere de la que han tenido los árbitros. Frente a un enfoque e interpretación de los árbitros, que podría considerarse más moderna, la Corte asume una postura más tradicional para la interpretación de los contratos mercantiles. En particular, la interpretación se refería a una cláusula que establecía que un evento impeditivo solo podía constituir fuerza mayor si «no puede superarse mediante esfuerzos razonables». En concreto, el pago, que debía realizarse en dólares estadounidenses, es retrasado a causa de ciertas sanciones por parte del Gobierno. Por ello, la parte que paga propone superar el impedimento enviando la cantidad de euros que sea necesaria para garantizar que el destinatario reciba la suma especificada en el contrato en dólares y reembolsar cualquier cargo por cambio de moneda. El *quid* es si puede obligarse a la otra parte a aceptar una oferta de beneficios no contractuales alternativos, pero equivalentes, en lugar de utilizar la cláusula de fuerza mayor. Los árbitros, contrariamente a lo que piensa la *Supreme Court*, consideran que esta oferta puede superar los impedimentos. Lectura que debe complementarse con otro interesante comentario de la sentencia: HOSE, C.: «You get What you pay for: Reasonable Endeavours and *Force Majeure*», *Cambridge L. J.*, 2024, vol. 83, núm. 3, pp. 433-436. (A.F.)

MANDELLI, G.: «L'art. 65-bis cod. cons.: il rinnovo tacito dei contratti di servizi e il diritto di recesso», *NGCC*, 2024, núm. 6, pp. 1566-1575.

Ensayo sobre la renovación tácita de los contratos de servicios y el derecho de desistimiento del consumidor en el nuevo artículo 65 bis del *Codice del consumo*. En particular, el autor advierte que el profesional tiene el deber de advertir al consumidor de la renovación del contrato con cierta antelación a la fecha

límite, y que su incumplimiento atribuye al segundo un nuevo derecho de desistimiento *ad nutum* que podrá ejercitar en cualquier momento hasta la siguiente fecha de vencimiento. Se analiza la conexión de esta regla con los deberes de información precontractual, si solo se aplica a casos de renovación del contrato o también a los de prórroga, y los efectos del desistimiento sobre las prestaciones realizadas después del vencimiento del contrato. (C.C.S.)

MATULIONYTE, R.: ««AI is not an Inventor»: *Thaler v Comptroller of Patents, Designs and Trademarks* and the Patentability of AI», *Mod. L. Rev.*, 2025, vol. 88, núm. 1, pp. 205-218.

Comentario de la sentencia de la *Supreme Court: Thaler vs. Comptroller of Patents, Designs and Trademarks* [(2023) UKSC 49 (Thaler (SC))] relativa a la posibilidad de que la inteligencia artificial (IA) se considere inventora y propietaria de las creaciones generadas. La decisión hace aún más difícil introducir los sistemas de IA como posibles inventores al considerar que la Ley de Patentes actual (*Patents Act 1977*) se basa en la invención humana y que, por lo tanto, las invenciones generadas por la IA no pueden patentarse al carecer de una contribución humana significativa. Ahora bien, se considera que esta decisión pone en evidencia las lagunas existentes en la legislación sobre patentes en el caso de las invenciones asistidas por la IA. Esta lectura debe completarse con otra que efectúa una metáfora entre la independización de la IA y el deseo de Pinocho de llegar a ser un ser humano: JOWITT, J.: «Tomorrow you shall cease to be a Marionette, and You shall become and inventor», *Cambridge L. J.*, 2024, vol. 83, núm. 2, pp. 226-229. (A.F.)

MAUCERI, T.: «Satira, potere giurisdizionale e ingiustizia del danno», *DFP*, 2024, núm. 2, pp. 847-864.

Al hilo de una reciente sentencia de la *Corte di Cassazione*, el trabajo revisa la doctrina y jurisprudencia italiana existente sobre sátira e indemnización por responsabilidad civil en caso de daño, y plantea la posibilidad de establecer matices y ajustes en los supuestos en los que los destinatarios de la sátira son magistrados. (A.M.M.)

MUSTO, A.: «Atti «neuronal» di disposizione patrimoniale», *DFP*, 2024, núm. 2, pp. 865-899.

Se examinan cuestiones del ámbito del derecho notarial español relativas a la autodeterminación individual en materia de contratos, en el contexto de una comunicación no verbal sin intermediación de asistencias no técnicas. (A.M.M.)

NATOLI, C.: «La validità del mutuo ipotecario in funzione solutoria», *NGCC*, 2024, núm. 6, pp. 1367-1375.

Notas sobre la validez de la hipoteca constituida para refinanciar deudas preexistentes a raíz del auto de la *Corte di Cassazione* de 10 de julio de 2024, núm. 18903, por el que se propone remitir la cuestión al Pleno para la unificación de la jurisprudencia. La autora analiza los argumentos a favor y en contra de los contratos de préstamo hipotecario en que la suma recibida se aplica automáticamente al pago de deudas preexistentes con la misma entidad que le concede el préstamo, sin llegar el prestatario a entrar en posesión real del dinero. Concluye argumentando que la solución debe venir dada por la causa concreta de estas operaciones, y advierte del riesgo de que se realicen en fraude de acreedores. (C.C.S.)

PERROTTA, S.: «La controversa natura della ristrutturazione del debito del consumatore», *RTDPC*, 2024, núm. 4, pp. 1321-1335.

Análisis de los requisitos para acceder a la reestructuración de deuda de consumidores en situaciones de vulnerabilidad, tras las modificaciones a las leyes sobre insolvencia introducidas por la ley de 27 de enero de 2012, núm. 3. (*R.D.R.*)

PESCE, E.: «Valori affettivi e interessi patrimoniali nella compravendita di animali», *RTDPC*, 2024, núm. 3, pp. 1001-1032.

Consideraciones sobre la regulación de la venta de animales y garantías por vicios ocultos en el Código Civil italiano y el rol de los usos y costumbres, ante el cambio de categoría de los animales como objeto del contrato por la necesidad de tutelar sus derechos como seres vivos. (*R.D.R.*)

PETRUSO, R., SMORTO, G.: «Il Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale: una prima lettura», *NGCC*, 2024, núm. 4, pp. 989-999.

Análisis inicial del Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea, en el que se da cuenta de sus aspectos clave. Los autores sintetizan las razones que justifican la intervención normativa del legislador europeo, los objetivos que persigue y el enfoque adoptado, además de examinar las definiciones básicas que contiene y el régimen de los operadores de inteligencias artificiales. (*C.C.S.*)

POUMARÈDE, M.: «La réception dans l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux. Champ d'application et nature juridique», *RDI*, 2024, núm. 10, pp. 496-507.

Estudios sobre el anteproyecto de reforma de los contratos en particular del Código civil francés. Ámbito de aplicación y naturaleza jurídica de las diferentes figuras. (*R.A.R.*)

PRÉTOT, S.: «Abus sexuels dans l'Église. Étude des conditions de l'action en réparation», *RTD civ.*, 2024, núm. 3, pp. 553-576.

El autor analiza todos los requisitos necesarios de la acción de responsabilidad civil en los supuestos de abusos sexuales por parte de la Iglesia y las condiciones para conseguir una reparación de los daños sufridos. (*R.A.R.*)

QUIEVY, J. F.: «La clause de substitution dans les promesses unilatérales de vente immobilière: une stipulation de promesse pour autrui», *Gaz. Pal.*, 2024, núm. 36, pp. 14-16.

El autor realiza un nuevo estudio dentro de la reforma del derecho de obligaciones, respecto de la cláusula que se inserta, normalmente, en la cesión anticipada de contrato; que a pesar de su denominación no puede entenderse como cláusula de sustitución de beneficiario de una promesa unilateral de venta inmobiliaria, puesto que no organiza un traspaso cualquiera (de contrato, crédito u opción) a favor de un tercero. Se refiere más bien a la figura de la estipulación de contrato por terceros. (*R.A.R.*)

RAUNET, M., GOUHIER, F., DOREY, A. L.: «La garantie permis de construire est-elle une solution?», *RDI*, 2024, núm. 9, pp. 439-446.

La seguridad jurídica de los proyectos inmobiliarios es un tema multidimensional. La solución de un seguro «garantía de permiso de construcción» consti-

tuye un elemento a tener en cuenta. Este seguro permite evitar la paralización contra los recursos que afectan a las autorizaciones de urbanismo. La garantía del permiso de construcción permite así al titular del proyecto avanzar en la operación sin esperar la purga de los recursos. Los autores analizan todas las ofertas existentes en este seguro y las condiciones de aplicación. (R.A.R.)

REDACCIÓN DE LA REVISTA: «The Paradox of Precedent about Precedent», *Harv. L. Rev.*, 2025, vol. 138, núm. 3, pp. 797-818.

En aquellas ocasiones en las que la Corte Suprema revoca o se niega a revocar una decisión anterior (supuesto de *horizontal precedent* y de posible *overruling*), normalmente, se invocan los «precedentes sobre precedentes». En este trabajo, se analiza el papel que tienen las sentencias que han fijado precedente, teniendo precisamente como objeto de análisis el mismo valor del precedente judicial (*precedent about precedent*). Se destaca que pueden surgir ciertas paradojas, dado que los razonamientos de los tribunales no siempre son constantes ni coherentes entre sí. Para poner en evidencia este aspecto, se comparan dos sentencias que han marcado pautas importantes: *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* [505 U. S. 833 (1992)] y *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* [142 S. Ct. 2228 (2022)]. La paradoja consistiría en que, si bien la sentencia *Dobbs* invalida algunos aspectos fijados por la sentencia *Casey*, lo hace utilizando argumentaciones fijadas por la misma sentencia que ha sido *overruled* por *Dobbs*. En este sentido, la sentencia *Dobbs* habría utilizado el mismo concepto de *stare decisis* de la sentencia *Casey* para decir que esta misma es errónea. Por ello, se sostiene que el precedente sobre precedente es único dentro del sistema de *stare decisis*, porque el *precedent about precedent* no tendría la fuerza de *stare decisis* que, en cambio, el precedente tendría en todos los demás casos. En definitiva, no se le podrá aplicar el principio de *stare decisis* a las sentencias que tienen como objeto el valor del precedente. (A.F.)

REGAZZONI, L.: «Finzioni di avveramento della condizione e gestione del rischio contrattuale», *RTDPC*, 2024, núm. 4, pp. 1165-1202.

Estudio de la figura de la condición como herramienta de gestión del riesgo contractual, desde el artículo 139 CC. (R.D.R.)

RISSE, J.: «Faut-il réécrire l'article 2284 du code civil?», *RTD civ.*, 2024, núm. 4, pp. 831-845.

El artículo 2284 del Código civil recoge la responsabilidad patrimonial universal de toda persona. El autor duda si esto aún está vigente dadas las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad. (R.A.R.)

SANTUCCI, M.: «Ammortamento alla francese. Per le Sezioni Unite il contratto è valido», *NGCC*, 2024, núm. 5, pp. 1026-1039.

Comentario a la sentencia del Pleno de la *Corte di Cassazione* de 29 de mayo de 2024, núm. 15130, relativo al régimen de amortización aplicable al préstamo hipotecario. De la sentencia se extrae que no indicar expresamente que se aplica un sistema de amortización francés, ni definir qué significa que el interés es compuesto, no hace que el objeto sea indeterminado e indeterminable, ni vulnera las normas sobre transparencia bancaria. Consecuentemente, se deduce la admisibilidad de este tipo de pactos en Derecho italiano. (C.C.S.)

SANTUCCI, M.: «Effettività della tutela nell'imposizione indiretta. Le addizionali sull'energia», *NGCC*, 2024, núm. 6, pp. 1346-1354.

Notas sobre la sentencia del Tribunal de Apelación de Nápoles de 6 de junio de 2024, relativa a las consecuencias para el consumidor de la introducción de un impuesto indirecto sobre la energía incompatible con el Derecho de la Unión Europea. La autora desgana las razones por las que el consumidor no puede reclamar al profesional la restitución de las cantidades indebidamente pagadas, al no ser este responsable de la introducción por el legislador de una tasa inadmisibles, debiendo dirigirse contra las autoridades fiscales o demandar al Estado por infracción del ordenamiento europeo. (C.C.S.)

SARTORI, F.: «L'applicazione integrale del diritto straniero in materia di risarcimento del danno non patrimoniale», *NGCC*, 2024, núm. 6, pp. 1355-1366.

Apuntes sobre la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 6 de febrero de 2024, núm. 3448, y la doctrina que de ella resulta sobre la aplicación del ordenamiento extranjero en reclamaciones de daños no patrimoniales. Advierte la autora que dicha remisión al Derecho extranjero es global y se extiende, no solo a los presupuestos de la indemnización, sino también a los criterios para su valoración, y que el límite del orden público internacional no opera cuando ambos ordenamientos comparten unos valores y principios comunes en materia de Derecho de daños. (C.C.S.)

SENIGAGLIA, R.: «Consumatore, vulnerabilità e principio di trasparenza tra razionalità e bias cognitivi», *NGCC*, 2024, núm. 6, pp. 1522-1534.

Ensayo sobre la vulnerabilidad de los consumidores que deriva de las asimetrías informativas en sus relaciones con profesionales, y los mecanismos establecidos para tratar de solventarla. El autor destaca que el modelo actual descansa sobre el principio de transparencia y los deberes de información, modelados en torno al consumidor medio, pero advierte que debería adaptarse para tener en cuenta los sesgos y limitaciones cognitivos que influyen en las tomas de decisión de los consumidores. También destaca el potencial y los riesgos de la inteligencia artificial para la adopción de decisiones informadas por los consumidores. (C.C.S.)

SIRENA, P.: «La sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa: dall'equità alla giustizia», *NGCC*, 2024, núm. 6, pp. 1456-1459.

Crítica a la jurisprudencia italiana sobre la acción de enriquecimiento sin causa en el ordenamiento italiano con ocasión de la sentencia del Pleno de la *Corte di Cassazione* de 5 de diciembre de 2023, núm. 33954. El autor repasa el origen histórico de la acción, de carácter excepcional y fundada en la equidad, pero descarta que tras su positivización en el ordenamiento italiano deba mantenerse esta concepción y su carácter subsidiario. En su lugar, aboga por considerarla compatible con las acciones de resarcimiento del daño, permitiendo al perjudicado optar por la que considere más oportuna. (C.C.S.)

SOLER-COUTEAUX, P.: «L'instruction des autorisations d'urbanisme ou le risque du permis furtif», *RDI*, 2024, núm. 12, pp. 608-614.

Los límites y rigidez de las autorizaciones en materia de urbanismo pueden llevar a los contratistas a evitar tales límites no pidiendo los permisos, o encubriendo determinadas actividades. (R.A.R.)

TORMEN, L.: «Ancora incertezze giurisprudenziali sulla disciplina degli hosting provider: i contenziosi amministrativi sulla pubblicità del gioco d'azzardo», *NGCC*, 2024, núm. 6, pp. 1441-1455.

Comentario al pronunciamiento del *Consiglio di Stato* de 13 de mayo de 2024, núm. 4277, relativo a la responsabilidad de los proveedores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos por publicidad de juegos de azar. El autor critica la posición de aquel órgano y argumenta que los proveedores de servicios de *hosting* están exentos de responsabilidad por la publicidad de terceros que alojen, y queda a la espera de la respuesta que dé el TJUE a las cuestiones prejudiciales planteadas por el *Consiglio di Stato*. (C.C.S.)

VIRICEL, V.: «Les conducteurs des systèmes de conduite automatisés à l'épreuve de la Convention de Vienne de 1968», *JCP G*, 2024, núm. 46, pp. 1890-1896.

Las nuevas tecnologías han llegado también a la automoción. Uno de los grandes hándicaps actualmente es la conducción de vehículos automatizados, nivel 4 o 5 que no necesitan, realmente, un conductor. ¿Quién responde en caso de accidente? ¿Cómo se relaciona esta nueva práctica con la Convención de Viena sobre conducción por carretera? (R.A.R.)

ZITO, E.: «Appalto tra rimedi generali e speciali nella prospettiva del recedente», *NGCC*, 2024, núm. 4, pp. 771-782.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 8 de enero de 2024, núm. 421, mediante el cual la autora aborda el problema de cómo se coordina la regulación especial del arrendamiento de obra con la disciplina general de Derecho de contratos. En particular, se ocupa de la opción por el comitente entre el desistimiento y la resolución por incumplimiento, así como la posibilidad en ambos casos de reclamar las cantidades anticipadas y la responsabilidad del contratista por los daños causados. (C.C.S.)

## DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

AA.VV., «Discussioni: Rinuncia allá proprietà immobiliare», *NGCC*, núm. 6, pp. 1465-1483.

En esta sección, bajo la rúbrica «Discusiones», dos autores abordan los efectos de la renuncia a la propiedad de un bien inmueble. Mediante su análisis se proponen adelantarse a la respuesta que dé la *Corte di Cassazione* a las cuestiones planteadas por los Tribunales de L'Aquila y de Venecia (autos de 15 de enero y 22 de abril de 2024, respectivamente), discutiendo la validez del negocio de renuncia y su causa concreta, sus posibles efectos de fraude de ley y las deficiencias en su regulación legal. (C.C.S.)

ANDREOLA, E.: «La *street art* tra diritto privato e diritto d'autore», *NGCC*, 2024, núm. 5, pp. 1270-1284.

Ensayo sobre los conflictos que surgen entre el derecho de autor del artista callejero y los derechos de propiedad sobre los inmuebles afectados. La autora advierte de la amplitud del Derecho del arte y centra su examen en la vertiente del Derecho privado. Tras razonar que el arte callejero encaja en el concepto de obra de arte e identificar la norma aplicable, se plantea la tutela

que merece una obra creada sin autorización del dueño del soporte material sobre el que se plasma. En particular, si bien sostiene que la ilicitud de su conducta no afecta al contenido y titularidad de los derechos de autor, advierte que el soporte utilizado impide la circulación separada de la obra de arte y puede afectar a los derechos de explotación económica. (C.C.S.)

ANSELMO, G.: «La confusione concettuale sul «diritto all'immagine» del bene culturale. Una necessaria rilettura secondo il paradigma proprietario», *DFP*, 2024, núm. 4, pp. 1435-1469.

El trabajo analiza la posibilidad de reconocerle un derecho a la imagen al patrimonio cultural. La autora valora de manera crítica tal teoría, considerando por ello preferente un enfoque basado en la función social y colectiva de estos bienes, que resulta más coherente a su naturaleza y al papel que desempeñan en el ordenamiento. (A.M.M.)

BARILE, G.: «Il fenomeno litisconsortile nel giudizio di rivendica a tutela di un bene in comproprietà», *RTDPC*, 2024, núm. 4, pp. 1337-1358.

Estudio del litisconsorcio activo necesario en el ejercicio de la acción reivindicatoria en los supuestos de comunidad de bienes. Análisis crítico del artículo 948 CC. (R.D.R.)

BRONDI, K.: «L'intérêt d'une médiation spécialisée pour les litiges en propriété intellectuelle», *Gaz. Pal.*, 2024, núm. 27, pp. 15-18.

El auge de los métodos alternativos de resolución de conflictos y, en particular, la mediación, pone de relieve la creciente necesidad de mediadores especializados. Es el caso, en particular, de la propiedad intelectual, debido a la tecnicidad de las cuestiones planteadas y a las especificidades propias de los sectores de la creación. Esta experiencia del mediador, piedra angular del proceso, permite en efecto ayudar a las partes a encontrar soluciones adaptadas a sus necesidades, pero también innovadoras y a veces creadoras de oportunidades. (R.A.R.)

ERCOLANI, S.: «L'Autore e la sua opera nell'era dell'Intelligenza Artificiale», *Dir. Aut.*, 2024, núm. 1, pp. 1-17.

El artículo se refiere a la producción de contenidos a través de la inteligencia artificial generativa. La autora se pregunta, en primer lugar, cuándo se justifica que tales contenidos tengan la calificación de obra. Trata el tema partiendo de la creación de obras a través de programas de ordenador. Incluye un apartado donde se comentan las resoluciones de la *Copyright Office* estadounidense relativas los intentos de registro de productos generados por inteligencia artificial. La autora diferencia también entre la inteligencia artificial asistida y la inteligencia artificial generativa, entendiendo que la solución en cuanto a la protección del producto resultante no puede ser la misma. Acaba considerando la transparencia como un requisito fundamental, pero insuficiente. (S.L.M.)

LAMBERT, T.: «Il n'y a pas de propriété industrielle «verte»», *D.*, 2024, núm. 29, pp. 1431-1434.

El problema de la protección del medio ambiente con la industrialización en Francia. La falta de cumplimiento de las normas obliga a hablar de la inexistencia de una propiedad industrial o intelectual verde. (R.A.R.)

LE RUDULIER, N.: «Codification des troubles anormaux du voisinage. De la perte de fondement à la perte de sens», *RTD civ.*, 2024, núm. 4, pp. 813-830.

El autor analiza la nueva codificación de la teoría de las molestias anormales de vecindad y la regla de la anterioridad, dentro de un litigio entre vecinos por los ruidos excesivos. Se analizan las ventajas e inconvenientes de tal regulación. (R.A.R.)

LEYRAT, H.: «L'exercice de l'action en justice par les titulaires des droits démembrés», *JCP G*, 2024, núm. 48, pp. 2002-2008.

La articulación del artículo 31 del Código de Procedimiento Civil con el régimen del desmembramiento de la propiedad puede plantear dificultades. En efecto, si bien del estudio de los textos y de la jurisprudencia se desprende el principio de un ejercicio compartido de la acción judicial entre los titulares de derechos desmembrados, no siempre es así, sobre todo en presencia de un cuasi usufructo. (R.A.R.)

MAUPERTUIS, G.: «Le copie offline nei servizi di streaming musicale in abbonamento: parte del diritto esclusivo di sfruttamento oppure eccezione al diritto d'autore», *Dir. Aut.*, 2024, núm. 1, pp. 37-51.

El objeto de estudio en este artículo lo constituyen las copias *offline* de obras musicales que se producen en determinadas plataformas de *streaming*. Comienza destacando el autor la posición incierta de este tipo de copias dentro del Derecho europeo, debatiéndose entre la aplicación de los derechos de explotación a través de la praxis contractual o la aplicación de la excepción de copia privada. El autor alerta del peligro de entender que la compensación equitativa por copia privada serviría para indemnizar los posibles perjuicios ocasionados a los titulares de derechos en la industria musical. (S.L.M.)

MORETTI, M.: «Intelligenze artificiali «generative», attività di estrazione dati tramite «web scraping» e diritti dei creatori di banche dati», *Dir. Aut.*, 2024, núm. 1, pp. 18-36.

El autor trata el tema de la inteligencia artificial generativa y la labor de rastreo de obras y prestaciones que deben hacer esos sistemas para producir contenidos (*web scraping*). Tras unas primeras consideraciones sobre inteligencia artificial y Derecho, se centra en el entramado de los sistemas de inteligencia artificial y en el adiestramiento de algoritmos, partiendo del ejemplo de ChatGPT. Finaliza el trabajo tratando la posibilidad que tienen los titulares de derechos de impedir que sus obras y prestaciones sean utilizadas para minería en estos sistemas. (S.L.M.)

PELET, D.: «L'occupation transitoire dans le montage d'opérations immobilières», *RDI*, 2024, núm. 11, pp. 552-573.

Si bien la situación económica actual obliga a veces a los operadores a aplazar la ejecución de las obras proyectadas en sus inmuebles, la ocupación transitoria constituye una palanca para optimizar el transporte de los activos durante la fase de montaje y comercialización de una operación. Además de permitir el traspaso de la custodia del bien y la prevención de ocupaciones ilícitas, la instalación de un ocupante provisional puede constituir una fuente de ingresos, o bien ser consentida a título gratuito y dar derecho, en determinadas condiciones, a la reducción de impuestos del mecenazgo en especie. Al revés de los estatutos de alquiler imperativos, existen varias

soluciones contractuales para enmarcar esta puesta a disposición temporal de inmuebles y, sobre todo, asegurar al operador durante la fase preparatoria de su proyecto. (R.A.R.)

QUIRICONI, G.: «Sulle ali dell'arte. Nella gabbia dell'algoritmo», *Dir. Aut.*, 2024, núm. 2, pp. 1-80.

El artículo se centra en la generación de contenidos a través de inteligencia artificial y su posible protección a través del derecho de autor. Comienza el autor definiendo la inteligencia artificial, para proceder, a continuación, a tratarla desde el punto de vista de la filosofía del Derecho. Posteriormente, entra de lleno en analizar el objeto del artículo a partir de las orientaciones internacionales que se han dado, del Derecho europeo, de la jurisprudencia del TJUE, del Reglamento europeo 2024/1689 y de la normativa italiana. El trabajo profundiza en los dos problemas más importantes planteados por esta cuestión: 1) el requisito de la creatividad y la originalidad; 2) la determinación del autor de ese contenido generado por inteligencia artificial. Finalmente, destaca las dificultades de aplicar el sistema dual de derechos (patrimoniales y morales) a tales contenidos. (S.L.M.)

RATTI, M.: «Paradossi legislativi nella tutela dell'acquirente di beni immobili da costruire», *NGCC*, 2024, núm. 6, pp. 1509-1521.

Ensayo sobre las contradicciones legislativas en la protección del adquirente de bienes inmuebles sobre plano, condensada particularmente en el *Testo Único sull'Acquisto di Immobili da Costruire*. La autora expone el ámbito de aplicación de dicha norma y las diferencias de trato injustificadas que resultan de ella para distintos tipos de compradores, que no tendrían suficientemente en cuenta la situación de debilidad del comprador sobre plano, y propone una reflexión sobre el sistema para rectificar la asimetría entre los contratantes. (C.C.S.)

ROMA, U.: «*Commoditas, realitas* e servitù di parcheggio: i «distinguo» delle sezioni unite», *NGCC*, 2024, núm. 5, pp. 1197-1211.

Comentario a la sentencia del pleno de la *Corte di Cassazione* de 13 de diciembre de 2024, núm. 3925, que reconoce definitivamente la validez de las servidumbres voluntarias de estacionamiento de vehículos sobre la base del artículo 1027 del *Codice civile*. El autor comparte el razonamiento de la *Corte* sobre el carácter real de esta servidumbre, siempre que se configure como una utilidad inherente al fondo dominante (*realitas*) y no como una mera ventaja para el propietario del vehículo (*commoditas*), y destaca la necesidad de concretar el contenido de la servidumbre en el título sin vaciar el derecho de propiedad del predio sirviente. (C.C.S.)

## DERECHO DE FAMILIA

AZZARRI, F.: «Il termine finale di efficacia dell'unione civile tra persone non più dello stesso sesso, «o sia L'inutile precauzione»», *NGCC*, 2024, núm. 5, pp. 1113-1127.

Comentario a la sentencia de la *Corte Costituzionale* de 22 de abril de 2024, núm. 66, que declara la inconstitucionalidad de las normas que,

en caso de rectificación del sexo de uno de los miembros de una unión civil entre personas del mismo sexo, determinaba la extinción automática del vínculo. El autor critica la solución adoptada por la *Corte*, que opta por conceder a la pareja la facultad de convertir su unión en matrimonio en el plazo de los ciento ochenta días siguientes a la sentencia de rectificación del sexo (plazo previsto por el art. 99 del *Codice civile* para contraer matrimonio tras la publicación del expediente), y entiende que la conversión automática del vínculo es una opción más sencilla y respetuosa con los derechos de la pareja. A su parecer, los requisitos de constitución, el procedimiento de disolución y los deberes personales son tan similares que no se justifica exigir a las partes que confirmen su voluntad de transformar su vínculo. (*C.C.S.*)

BARBA, V.: «La famiglia nell'ordine giuridico: concetto e rilevanza», *DFP*, 2024, núm. 2, pp. 746-772.

El trabajo analiza el concepto de familia en el contexto actual, con especial énfasis en la función que cumple en los diversos sistemas jurídicos. A juicio del autor, aunque las tipologías pueden variar, el concepto, centrado en el ámbito en que el individuo puede desarrollarse y expresar su propia personalidad, es único. Esto le lleva a valorar cuándo merece protección un determinado tipo familiar y a poner en cuestión el artículo 29 de la Constitución italiana. (*A.M.M.*)

BARONE, I.: «Assegnazione della casa familiare e tutela della prole maggiorenne», *DFP*, 2024, núm. 2, pp. 773-805.

El artículo examina de forma crítica las reglas italianas de atribución de la vivienda familiar en casos de crisis matrimonial, poniendo en cuestión la doctrina jurisprudencial unánime de valoración prioritaria y casi exclusiva del interés de los descendientes. En concreto, en el caso de hijos mayores de edad, se plantea la posible incidencia de otros principios, como el de autorresponsabilidad en las relaciones familiares, que pueden tomarse en cuenta para resolver los conflictos mediante la técnica de la ponderación, atendiendo, por tanto, a la razonabilidad y la proporcionalidad en relación con los intereses existenciales del resto de miembros de la familia. (*A.M.M.*)

BENIAMINO, P.: «Di nuovo alla consulta la questione della riconoscibilità del minore da parte della madre intenzionale: contro un'interpretazione conforme, in favore di una sentenza di accoglimento», *NLCC*, 2024, núm. 6, pp. 1457-1488.

Revisión de la posibilidad de reconocimiento de filiación por la madre de intención de menores nacidos por gestación subrogada, contra lo sentenciado por la Corte Constitucional italiana: interés superior del menor, relación estable con los padres de intención. (*R.D.R.*)

CANONICO, M.: «Riconoscimento di nullità matrimoniali canoniche e rito applicabile», *DFP*, 2024, núm. 4, pp. 1553-1574.

Se trata de un análisis del procedimiento de reconocimiento de sentencias eclesíásticas de nulidad matrimonial que tiene en cuenta especialmente ciertos aspectos procesales a la luz de la jurisprudencia y de la evolución normativa. (*A.M.M.*)

CANONICO, M.: «Il sereno dopo la tempesta sulla sospensione feriale dei termini processuali», *DFP*, 2024, núm. 2, pp. 602-619.

El trabajo examina una sentencia de la *Corte di Cassazione* que reafirma el criterio de la suspensión estival de los plazos procesales en el marco de los procedimientos relativos a la manutención del cónyuge o los hijos, y que resuelve así el conflicto surgido por una decisión previa de la Sala que contradecía la jurisprudencia anterior constante. (A.M.M.)

CINQUE, M.: «La «nuova» adozione del maggiorenne a servizio della genitorialità di fatto», *NGCC*, 2024, núm. 6, pp. 1484-1493.

Ensayo sobre la reformulación de la adopción del mayor de edad en el Derecho italiano. El autor destaca el cambio en la función de este instituto, que ya no obedece tanto a la función tradicional de dar descendencia a quien no la tiene por medios biológicos como al reconocimiento legal de una paternidad *de facto* o social, y explica de este modo la doctrina de la *Corte Costituzionale* sobre este instituto, que ha venido a modular el requisito de diferencia mínima de edad y a conferir al adoptado la facultad de anteponer su apellido originario al de su adoptante. (C.C.S.)

COSCO, G.: «L'incidenza delle funzioni dell'assegno post-matrimoniale. Estinzione e disponibilità del diritto», *DFP*, 2024, núm. 3, pp. 1139-1169.

El artículo analiza de forma crítica la materia relativa al reconocimiento y cuantificación de la pensión alimenticia tras la crisis matrimonial. Su controvertida naturaleza afecta a la interpretación y aplicación de su régimen jurídico, como muestra la jurisprudencia existente sobre la materia, caracterizada por fuertes vaivenes y vacilaciones. A juicio del autor, todo ello pone de relieve la necesidad de una reforma de la regulación existente, acorde a las nuevas realidades sociales. (A.M.M.)

DE SENNA, A. B.: «Locazione ad uso abitativo, ospitalità, detenzione e disponibilità dell'immobile secondo l'art. 29 del d. lgs. n. 286/1998 per il ricongiungimento familiare: il caso del minore straniero non accompagnato divenuto maggiorenne», *DFP*, 2024, núm. 3, pp. 1308-1327.

Se analiza la situación del menor extranjero no acompañado que pide la reagrupación familiar una vez que alcanza la mayor edad y que indica como domicilio el inmueble en el que aún convive con el titular de un derecho de alquiler. Ello lleva a examinar la trascendencia de relaciones basadas en la solidaridad y su importancia de cara a cumplir con los requisitos establecidos por la legislación italiana al respecto. (A.M.M.)

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: «Animali domestici e crisi familiari: criteri interpretativi della l. n. 17/2021 del 15 dicembre», *DFP*, 2024, núm. 4, pp. 1624-1661.

Tras la reforma llevada a cabo en España por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, el trabajo estudia la nueva regulación, así como la jurisprudencia española más reciente sobre atribución del cuidado de los animales domésticos en situaciones de crisis familiar. (A.M.M.)

DI NAPOLI, N.: «Brevi riflessioni a margine di Corte cost. 25 luglio 2024 n. 148», *DFP*, 2024, núm. 4, pp. 1343-1386.

Tomando de partida una reciente sentencia de la *Corte Costituzionale* italiana, que declara que entre la convivencia *more uxorio* y la relación conyugal pueden encontrarse características tan comunes que podrían justificar una misma regulación, se examina el régimen de las parejas de hecho desde una perspectiva sociocultural, normativa y jurisprudencial que atiende tanto al derecho italiano como al derecho comparado europeo. Se analizan algunas normas relativas a esa realidad de hecho que podrían modificarse desde la perspectiva del principio de solidaridad, para aproximarlas a la situación de los cónyuges. (A.M.M.)

DI ROSA, G.: «La riconosciuta eguale tutela del convivente di fatto nell'impresa familiare», *NGCC*, 2024, núm. 6, pp. 1421-1440.

Comentario a la sentencia de la *Corte Costituzionale* de 25 de julio de 2024, núm. 148, que interpreta evolutivamente los artículos 230 *bis* y *ter* del *Codice civile* para extender la protección de los parientes que colaboran con la empresa familiar al conviviente *more uxorio*. El autor celebra esta equiparación, que enmarca en un contexto más amplio de evolución del ordenamiento italiano. (C.C.S.)

DI ROSA, G.: «Il primo ventennio della legge sulla procreazione medicalmente assistita», *NGCC*, 2024, núm. 6, pp. 1494-1508.

Retrospectiva sobre el estado de aplicación de la ley italiana núm. 40/2004, de 19 de febrero, sobre procreación médicamente asistida, a los veinte años de su publicación. El autor examina la estructura y finalidades de la ley, así como su evolución a raíz de diversas sentencias de la *Corte Costituzionale* en cuestiones como el número máximo de embriones que se pueden crear, la utilización de material genético heterólogo o la realización del diagnóstico genético preimplantacional. También advierte de algunas cuestiones aún no resueltas que precisan nuevos pronunciamientos o una reforma legislativa. (C.C.S.)

FLERES, G.: «Assegnazione della casa familiare: cointeressenza genitori-figli e progressivo ridimensionamento del «dogma» della continuità abitativa», *DFP*, 2024, núm. 3, pp. 1108-1123.

El trabajo examina de manera crítica la materia de la atribución de la vivienda familiar en el contexto de crisis matrimonial. Tras analizar las diversas corrientes jurisprudenciales sobre la atribución de la vivienda familiar y su crítica por parte de un sector de la doctrina italiana, se reflexiona acerca de cómo las necesidades patrimoniales y familiares de los padres en el contexto concreto pueden resultar de relevancia, y se subraya la necesidad de acometer una reforma en ese ámbito. (A.M.M.)

FRANZINA, P.: «Il riconoscimento in Italia delle adozioni pronunciate all'estero: la Cassazione fa chiarezza sulle norme applicabili e sui contorni dell'ordine pubblico», *NGCC*, 2024, núm. 4, pp. 859-872.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 19 de diciembre de 2023, núm. 35437, que desgrana el régimen italiano de reconocimiento de adopciones constituidas en el extranjero. En particular, se trata de determinar si la adopción se rige por la normativa común o por la de adopción internacional,

advirtiendo la *Corte* que el criterio decisivo es el cambio de lugar de residencia habitual del menor adoptado (*sradicamento*), con independencia de la nacionalidad o país de residencia de los adoptantes. También se apunta que el hecho de no estar casados los adoptantes, como exige la ley italiana, no constituye una razón de orden público suficiente para denegar el reconocimiento, siendo este un límite que debe ser interpretado de forma estricta. (C.C.S.)

FULCHIRON, H.: «Projet parental, engagement et responsabilité: réflexions sur les fondements de la filiation», *D.*, 2024, núm. 37, pp. 1827-1831.

El modelo biológico sobre el que se construyó la normativa de la filiación está actualmente en crisis dadas las nuevas técnicas de reproducción y el progreso de la ciencia. Por ello se pregunta el autor si hemos de cambiar los fundamentos básicos de la institución. Más que de poder parental debería atenderse a las ideas de compromiso y responsabilidad civil por parte de los hijos. (R.A.R.)

GIACOBBE, E.: «Rettificazione di attribuzione di sesso e scioglimento dell' unione civile: differenziare equiparando», *DFP*, 2024, núm. 3, pp. 955-993.

Se trata del comentario de una sentencia de la *Corte Costituzionale*, que, a juicio de la autora, mantiene la distinción entre el matrimonio y unión civil. La autora realiza una valoración crítica de esta doctrina, que convierte a las uniones civiles en vínculos «de segunda clase». (A.M.M.)

IRTI, C.: «Allungamento della aspettativa di vita e istituti familiari», *DFP*, 2024, núm. 3, pp. 1246-1267.

El trabajo analiza algunas de las principales instituciones del derecho de familia a la luz del fenómeno del incremento de la esperanza de vida y del envejecimiento de la población mundial. Se trata de determinar si dichas instituciones responden adecuadamente o no a esta nueva situación. (A.M.M.)

KAMENI, C. G.: «Regard d'un praticien sur le mariage des majeurs protégés», *Gaz. Pal.*, 2024, núm. 19, pp. 13-15.

Todas las personas físicas tienen la libertad de contraer matrimonio, ya sean mayores de edad capaces o mayores protegidos. En lo que respecta a los mayores de edad protegidos, su libertad para contraer matrimonio ha sido revisada por la ley de 23 de marzo de 2019. Ahora, antes de la celebración nupcial, la autorización del juez encargado de las tutelas ha sido sustituida por la información del mandatario judicial para la protección de los mayores. (R.A.R.)

MARINI, R.: «Protezione degli adulti, tendenza espansiva dell'Unione Europea e diritto «delle persone e della famiglia». Riflessioni sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle misure e alla cooperazione in materia di protezione degli adulti COM (2023) 289 del 31 maggio 2023», *DFP*, 2024, núm. 2, pp. 935-943.

El trabajo estudia la propuesta de Reglamento de la Unión Europea, que, en el contexto de situaciones transfronterizas, pretende reforzar la protección de los derechos de las personas adultas con facultades deterioradas. El trasfondo del análisis lo forman cuestiones tales como la subsidiariedad y proporcionalidad de la intervención de la Unión Europea y su competencia en

una cuestión que, más que de cooperación judicial civil, es un tema propio de Derecho de familia. (A.M.M.)

MORMILE, L.: «L'interesse del minore fra paradigmi (e stereotipi) sostanziali e profili processuali», *DFP*, 2024, núm. 4, pp. 1683-1719.

Tras la reforma del proceso civil llevada a cabo en Italia y su impacto sobre el juicio de familia, se suscitan una serie de dudas sobre la relación entre las medidas destinadas a garantizar el interés superior del menor involucrado en un conflicto familiar y el proceso. El autor pone en duda que el contexto contradictorio de un proceso sea la mejor base para resolver el conflicto. (A.M.M.)

MOROTTI, E.: «La successione dell'adottato in casi particolari: profili di diritto intertemporale», *DFP*, 2024, núm. 4, pp. 1720-1747.

En el año 2022, la *Corte Costituzionale* italiana reconoció el vínculo de parentesco entre el adoptado y la familia del adoptante en determinados casos particulares, con las consiguientes consecuencias sucesorias. El trabajo analiza la posibilidad de aplicar esta doctrina de forma retroactiva, en ausencia de una norma que haya consagrado tal solución. (A.M.M.)

MYUNG, L., KASPER, W. P.: «Sex, Drugs & Innovation Law: Regulating the Legality of «Poppers»», *CLR*, 2024, vol. 112, núm. 4, pp. 1399-1460.

Interesante y ameno artículo que se preocupa de analizar en Estados Unidos un marco regulatorio y jurídico del «popper». Este inhalante, inicialmente creado y utilizado para tratar problemas respiratorios, actualmente, tiene *de facto* un uso recreativo y como droga sexual, poseyendo una fuerte asociación con la comunidad LGBTQ+. No obstante, aunque su utilización sea ilegal, su comercialización es una realidad y se vende enmascarándolo bajo la presentación de productos tales como ambientadores, limpiadores de cuero o quitaesmaltes. El artículo se ocupa también de analizar las implicaciones relativas a la propiedad intelectual, ya que, en realidad se muestra que las empresas están registrando marcas comerciales relacionadas con estos productos. Se ofrece también una panorámica relativa a lo que ocurre con respecto a este fenómeno en Inglaterra y Australia: si en el primer caso existe lo que podría considerarse una zona gris, en el segundo se ha procedido a su regulación mediante su incorporación en el sistema farmacológico, procediendo *de facto* a la legalización del «popper». Se concluye que, dado que este fenómeno es una realidad, se debería regular y legalizar la utilización del «popper» y no solamente darle protección bajo la vertiente de la propiedad intelectual. Esto permitiría una mayor transparencia gracias a una ley innovadora que proporcionaría una mayor protección a los consumidores. (A.F.)

NARDONE, E.: «Sull'adozione piena: è il minore ad essere abbandonato o i genitori?», *NGCC*, 2024, núm. 5, pp. 1009-1016.

Anotaciones al auto de la *Corte di Cassazione* de 19 de marzo de 2024, núm. 7309, relativo al requisito de abandono para considerar adoptable a un hijo sin consentimiento de los padres biológicos. La autora destaca el carácter prioritario del derecho del niño a crecer en su familia de origen y que la adopción debe ser una solución extraordinaria, justificada suficientemente por sus necesidades de desarrollo. También predica dicho carácter excepcional de la *adozione mite* (forma de adopción en la que se mantiene el vínculo

jurídico con la familia de origen), y advierte que debe acompañarse de un régimen de reversión para el caso de que los padres biológicos recuperen su idoneidad parental. (C.C.S.)

RENDA, A.: «Il diritto all'oblio oncologico e l'adozione», *NLCC*, 2024, núm. 5, pp. 1086-1123.

Comentarios sobre la ley de 7 de diciembre de 2023, núm. 193, que contiene disposiciones para la prevención de la discriminación y para la protección de los derechos de las personas que han padecido enfermedades oncológicas, garantizando el denominado derecho al olvido, con tratamiento especial de los supuestos de solicitudes de adopción, en los que el transcurso de diez años desde la finalización del tratamiento activo debe dar derecho al olvido de la patología oncológica en los expedientes de adopción. (R.D.R.)

RIEUBERNET, C.: «De la prise en compte des obligés alimentaires mariés dans la fixation de l'aide sociale à l'hébergement des personnes âgées», *Gaz. Pal.*, 2024, núm. 34, pp. 13-15.

El matrimonio de un hijo del beneficiario de la ayuda social al alojamiento puede ser tenido en cuenta, tanto por el juez administrativo competente para los litigios relativos a la admisión a la asistencia social, incluso en presencia de obligados a alimentos, como por el juez judicial, que conoce del contencioso relativo al cobro contra los obligados a alimentos. (R.A.R.)

SCUDERI, S.: «La nuova stagione dell'autonomia privata nelle relazioni familiari», *DFP*, 2024, núm. 4, pp. 1748-1774.

Tomando como objeto de análisis la reforma del proceso civil llevada a cabo en Italia, la autora enfoca su estudio sobre la controvertida cuestión de la autonomía de los cónyuges en el ámbito familiar. La nueva regulación, centrada en las crisis matrimoniales, reconoce un margen de actuación a los cónyuges que lleva a la autora a reflexionar sobre si resulta conveniente replantearse algunos de los principios sostenidos en general respecto de su poder de decisión en el ámbito familiar. (A.M.M.)

SENIGAGLIA, R.: «La circolazione dello status filiationis, discendente da pratica di maternità surrogata, costituito in paesi extra UE e in paesi intra UE. Le ragioni di una soluzione differenziata», *DFP*, 2024, núm. 3, pp. 1285-1307.

El artículo plantea si la jurisprudencia italiana sobre la obligación de registrar el certificado de nacimiento expedido en el extranjero tras un procedimiento de maternidad subrogada debe aplicarse también a un supuesto intracomunitario. Para ello, se valoran los principios de orden público internacional del Estado miembro y de orden público europeo, lo que conduce al autor a distinguir según las diversas situaciones. (A.M.M.)

ZAPPALÀ, R.: «Nuove nozze e assegno divorzile: l'obbligato può rinunciare alla riduzione?», *NGCC*, 2024, núm. 4, pp. 783-789.

Reflexión sobre la validez de los pactos insertos en el convenio regulador relativos al *assegno divorzile* (compensación que la ley reconoce al excónyuge por los sacrificios económicos realizados durante el matrimonio, distinta de la pensión compensatoria o *assegno di mantenimento*). En particular, al hilo del auto de la *Corte di Cassazione* de 15 de marzo de 2024, núm. 7029, la autora defiende que el derecho del cónyuge deudor a pedir la reducción del

*assegno* en caso de que su capacidad económica se vea reducida es materia de orden público y, por ende, irrenunciable; pero advierte que dicha disminución debe ser probada, sin que se constate por el mero hecho de haber contraído nuevas nupcias. (C.C.S.)

## DERECHO DE SUCESIONES

BALLERINI, L.: «Sull'incerto rapporto fra inventario e dichiarazione di accettazione beneficiata», *NGCC*, 2024, núm. 4, pp. 977-988.

Análisis de la discusión doctrinal sobre la relación entre la declaración de aceptar la herencia a beneficio de inventario y la concreta operación de formación del inventario. El autor expone tanto la teoría del procedimiento, que considera que ambos actos son elementos autónomos de un mismo procedimiento, como las distintas teorías de la formación progresiva, que entienden que la exoneración de responsabilidad del heredero tiene un supuesto de hecho complejo, en el que se aúnan la aceptación y la redacción del inventario sin un orden concreto. (C.C.S.)

CALVO, R.: «La successione digitale tra logiche panproprietary ed extrapatrimonialità», *NLCC*, 2024, núm. 6, pp. 1378-1388.

Análisis del art. 2 del decreto legislativo de 30 de junio de 2003 (núm. 196), y los arts. 15 a 22 del Reglamento General de Protección de Datos, referentes a los datos y derechos personales de fallecidos y el ejercicio póstumo por interesados o mandatarios: patrimonio digital e intereses en conflicto. (R.D.R.)

CIRILLO, G.: «La donazione sottoposta a clausola di premorienza: liberalità donativa o successoria?», *DFP*, 2024, núm. 2, pp. 513-541.

Se trata del comentario de una sentencia en la que se indaga sobre las razones que laten tras la prohibición que contiene el artículo 458 del Código civil italiano. El trabajo presta especial atención a la cuestión de la causa, para determinar si la donación sometida a cláusula de premorienza tiene o no naturaleza sucesoria. (A.M.M.)

DI NAPOLI, N.: «Convivenze di fatto, tutela dei legittimari e principio solidaristico: spunti di riflessione e proposte interpretative», *DFP*, 2024, núm. 3, pp. 1182-1206.

El trabajo examina las razones por las que el conviviente supérstite de una unión de hecho no es considerado heredero forzoso en el derecho italiano, a diferencia de lo que ocurre en el caso de las uniones civiles. Ello lleva a indagar sobre el principio de solidaridad familiar, como fundamento que late tras la diferencia, así como a formular propuestas para tratar de garantizar cierta protección al conviviente supérstite. (A.M.M.)

DINI, N.: «Vincolo testamentario di destinazione: natura giuridica e requisiti di validità della disposizione», *DFP*, 2024, núm. 3, pp. 1068-1087.

El objeto del trabajo es el estudio de las cláusulas testamentarias a través de las cuales el causante pretende limitar *mortis causa* el destino de alguno de sus bienes. La autora examina la aplicabilidad del artículo 1379 del Cód-

go civil italiano y cómo tales previsiones pueden afectar a la validez de la cláusula misma. (A.M.M.)

FERRI JR., G. B.: «Donazione con condizione «*si praemoriar*»: ratio del divieto dei patti successori e natura degli atti *mortis causa*», *NGCC*, 2024, núm. 4, pp. 790-798.

Estudio sobre la validez de la donación con condición suspensiva de pre-moriencia y su relación con la prohibición de pactos sucesorios del artículo 458 del *Codice civile*, con ocasión de la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 13 de diciembre de 2023, núm. 34858. El autor aborda los criterios que permiten distinguir los actos *mortis causa* de los actos *inter vivos* con efectos *post mortem*, para justificar la admisibilidad de la donación *si praemoriar* en el ordenamiento italiano. (C.C.S.)

GUARDIGLI, E.: «La liquidazione giudiziale post mortem: separazione patrimoniale, concorso di procedure e azioni revocatorie», *RDC*, 2024, núm. 5, pp. 852-888.

Consideraciones sobre el fenómeno sucesorio y la crisis de empresa: los efectos de la liquidación del patrimonio del causante para el heredero y los acreedores. (R.D.R.)

PARINI, A.: «Il testamento olografo della persona cieca: riflessioni sulla rilevanza della forma e interferenze di soggetti terzi», *DFP*, 2024, núm. 2, pp. 567-592.

Con ocasión del comentario de una sentencia de la *Corte di Cassazione*, la autora reflexiona sobre el requisito de la firma en el testamento ológrafo y el posible auxilio que puede prestar un tercero para su ejecución. Como marco general, se trata también el tema de los diversos mecanismos que pueden emplearse para influir sobre la voluntad del testador. (A.M.M.)

PATTI, F. P.: «Pianificazione ereditaria e divieto dei patti successori», *NGCC*, 2024, núm. 4, pp. 910-919.

Examen de los acuerdos entre padres e hijos sobre cómo ajustar o compensar las diferencias de valor de los bienes recibidos en vida por donación y su encaje en la prohibición de pactos sucesorios del artículo 458 del *Codice civile*. El autor comenta el auto de la *Corte di Cassazione* de 9 de enero de 2024, núm. 722, que afirma la validez de aquellos pactos en tanto que no afecten a los derechos de una futura sucesión *mortis causa* y que obedezcan a necesidades de planificación hereditaria, y sostiene que la diferencia no reside en la finalidad de aquellos acuerdos, que es análoga a la de los pactos sucesorios, sino en la estructura y efectos. (C.C.S.)

## VARIA

BRUSCHI, J., GIRARD-GAYMARD, T.: «Les voies d'exécution sur crypto-actifs», *D.*, núm. 34, 1686-1690.

Los criptoactivos están muy desarrollados en el ámbito penal, y cuando se comete alguna falta o delito hay medidas para su embargo y ejecución. No ocurre igual en el ámbito civil. Civilmente hay medidas, pero la tecnología

tiene una serie de particularidades que complican el embargo y ejecución. Es necesaria una regulación, a nivel nacional y europeo, que permita la defensa del acreedor. (R.A.R.)

FROST, N.: «The Impoverished Publicness of Algorithmic Decision Making», *Oxford J. Legal Stud.*, 2024, vol. 44, núm. 4, pp. 780-807.

La autora se pregunta si las decisiones públicas que se alcancen utilizando un sistema de aprendizaje automático (*machine learning*) que opere mediante algoritmos pueden considerarse verdaderamente «públicas». Se considera que las tecnologías digitales y la Inteligencia Artificial transforman el tejido de nuestra existencia democrática. La autora sugiere que el uso de modelos de aprendizaje automático en la toma de decisiones públicas genera, inevitablemente, un empobrecimiento de su carácter público, socavando el potencial de las administraciones públicas para funcionar como un lugar de construcción democrática. (A.F.)

RICHEFEU, L.: «Loi Abitbol renforçant la protection des mineurs et l'honorabilité dans le sport: un (petit) pas en attendant le grand saut ?», *Gaz. Pal.*, 2024, núm. 20, pp. 16-19.

La ley n° 2024-201 del 8 de marzo de 2024, denominada ley Abitbol, tiene como objetivo principal reforzar el control de la honorabilidad de algunos actores deportivos e instaurar nuevas obligaciones de notificación para las federaciones y los operadores de establecimientos deportivos. Como parte del objetivo actual de luchar mejor contra la violencia sexual en el deporte, esta nueva ley plantea sin embargo algunas dificultades en cuanto a su aplicación; dificultades que ponen de relieve los retos pendientes para mejorar la prevención y represión de la violencia en el deporte. (R.A.R.)

## DERECHO MERCANTIL

### PARTE GENERAL. EMPRESA

BLANDIN, Y.: «Les entreprises confrontées au développement des normes environnementales», *Gaz. Pal.*, 2024, núm. 29, pp. 13-18.

Las empresas tienen que hacer frente a un aumento considerable de las normas ambientales. Estas normas van desde simples reglas de buena conducta hasta obligaciones legales, oscilando en cuanto a su imperatividad. También oscilan en cuanto a sus incidencias sobre la actividad de las empresas. Las normas medioambientales, que a menudo constituyen una barrera debido a los límites y limitaciones que generan, a veces representan una oportunidad para las empresas, en particular mediante la utilización de instrumentos fiscales. (R.A.R.)

CELAYA, M., GRIMALDI, C.: «Les incohérences d'évaluation de préjudice en cas de rupture brutale d'une relation établie», *JCP G*, 2024, núm. 38, pp. 1545-1553.

Hasta la reforma de 2019, cuando un socio comercial rompía abruptamente, sin previo aviso escrito o con preaviso insuficiente, una relación comercial

estable y seguida, se podía exigir responsabilidad civil siempre que se demostrase la existencia de un perjuicio relacionado con la brutalidad de la ruptura y se actuase dentro de los cinco años siguientes. Esto cambia con la reforma del artículo L. 442-1 del Código de comercio operada por la ordenanza 2019-359. Los autores analizan los efectos del cambio. (R.A.R.)

GALLOIS-COCHET, D., GRUNDELER, G.: «Faut-il consacrer la loi de la minorité?», *D.*, 2024, núm. 33, pp. 1629-1632.

Estudio sobre las sociedades de responsabilidad limitada y la posibilidad de adopción de acuerdos por mayoría de los socios que hayan emitido su voto en dicha junta sin requerirse una mayoría cualificada ni unanimidad. Esto ha llevado a discutir si es o no necesario un cambio legal. (R.A.R.)

QUIEVY, J. F.: «Sérieux doutes sur la nature «délictuelle» de la responsabilité pour rupture brutale de relations commerciales établies», *Gaz. Pal.*, 2024, núm. 32, pp. 11-13.

En otro tiempo discutida en la doctrina, la naturaleza de la responsabilidad incurrida por ruptura brusca de relaciones comerciales establecidas parece sellada por el Tribunal de Casación desde 2008: una responsabilidad delictual especial. Sin embargo, la jurisprudencia más reciente carece de coherencia e incluso contradice el postulado, pues hace pensar que «la ruptura brusca es ante todo el desconocimiento de una obligación contractual específica»; y tras la reforma del artículo L. 442-1 del Código de Comercio no puede ser sino un caso especial de responsabilidad contractual. (R.A.R.)

STOFFEL, J. N., WATRIN, L.: «Focus sur les premières décisions relatives au nouveau statut d'entrepreneur individuel», *Gaz. Pal.*, 2024, núm. 18, pp. 14-17.

Desde hace casi dos años, el nuevo estatuto de empresario individual se aplica automáticamente a toda persona física que ejerza en su propio nombre una actividad económica independiente. El presente estudio tiene por objeto examinar las primeras decisiones adoptadas en relación con esta nueva figura. (R.A.R.)

TIDJANI, I. O.: «La confusion des patrimoines de l'entrepreneur individuel: le critère d'utilité source de confusion», *Gaz. Pal.*, 2024, núm. 41, pp. 13-18.

A la luz de la reforma del estatuto del empresario individual, el legislador había instituido una dualidad patrimonial en beneficio de este empresario, que se convierte en titular de dos patrimonios. No obstante, la línea de demarcación entre el patrimonio personal y el profesional no siempre es clara y la zona gris es amplia. Por lo tanto, la separación basada en «el criterio de utilidad de los bienes para la actividad profesional» es confusa. El riesgo de confusión de los patrimonios es entonces muy plausible. (R.A.R.)

## DERECHO DE SOCIEDADES

AA.VV.: «La protection des administrateurs des sociétés anonymes. L'exemple américain des clauses limitatives de responsabilité», *JCP G*, 2024, núm. 40, pp. 1642-1648.

El recurso a las cláusulas limitativas está permitido tanto en Francia como en los Estados Unidos, pero sujeto a ciertas restricciones que, muy a menudo,

son impuestas por el legislador en aras de la protección del consumidor o para preservar la lealtad y el equilibrio de las relaciones comerciales. Sin embargo, la libertad contractual está mucho menos obstaculizada en los Estados Unidos y los contratos informáticos sometidos al derecho estadounidense pueden contener cláusulas de responsabilidad especialmente favorables a los profesionales. (R.A.R.)

CALABRESE, G.: «*Actioni nondum natae non praescribitur*: il caso del revisore legale», *NGCC*, 2024, núm. 6, pp. 1558-1565.

Ensayo sobre el régimen de prescripción de las acciones de responsabilidad contra los revisores de cuentas en el ordenamiento italiano, a raíz de la sentencia de la *Corte Costituzionale* de 1 de julio de 2024, núm. 115. El autor critica la solución de la *Corte*, que se centra en la definición del hecho dañoso, y propone que se alcanzarían resultados más justos con una correcta aplicación de la doctrina de la *actio nata* que, en lugar de atender al tiempo de realización del hecho dañoso, se fije por referencia al momento en que deviene cognoscible. (C.C.S.)

DEPAEPE, T.: «*Société par actions simplifiée: une clause d'unanimité peut-elle être supprimée par une majorité des associés ?*», *D.*, 2024, núm. 44, pp. 2175-2180.

La resolución colectiva de los socios de una sociedad anónima simplificada, prevista por los estatutos o impuesta por la ley, sólo podrá ser válidamente adoptada si reúne al menos la mayoría de los votos emitidos; toda cláusula estatutaria contraria se considerará no escrita. Así se manifiesta la Asamblea plenaria de la Corte de casación el 15 de noviembre de 2024. (R.A.R.)

LAZZARA, F.: «*L'autonomia statutaria e la disponibilità convenzionale del recesso ad nutum nelle società per azioni*», *NGCC*, 2024, núm. 4, pp. 846-858.

Ensayo sobre el derecho de desistimiento *ad nutum* en contratos de sociedad, a raíz de la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 29 de enero de 2024, núm. 2629. El autor sintetiza la discusión doctrinal sobre si este derecho, previsto legalmente para las sociedades por tiempo indefinido, debe restringirse a este ámbito por razones de estabilidad de la sociedad y protección de su patrimonio, o si también puede extenderse convencionalmente a las sociedades por tiempo determinado. (C.C.S.)

NADJAR, H.: «*Plaidoyer pour une société à durée indéterminée*», *D.*, 2024, núm. 44, pp. 2171-2174.

En derecho positivo, las sociedades dotadas de personalidad jurídica se ven necesariamente afectadas de un plazo que no puede exceder de noventa y nueve años. Al llegar a este término, la sociedad es en principio disuelta por derecho propio. Esta situación, que conduce a que una sociedad perfectamente sana financiera puede desaparecer sin el conocimiento de los socios, no es satisfactorio. Autorizar a los socios para constituir una sociedad de duración indeterminada, a la que ninguna norma jurídica obstaculiza seriamente, impediría casos de disolución involuntaria. Esta innovación legislativa contribuiría, además, aumentar el atractivo del derecho francés sin perjudicar los intereses de los socios minoritarios. (R.A.R.)

PIAIA, F.: «Responsabilità del revisore ed *exordium praescriptionis*: il primato del danno», *NGCC*, 2024, núm. 6, pp. 1385-1397.

Comentario a la sentencia de la *Corte Costituzionale* de 1 de julio de 2024, núm. 115, que da una interpretación conforme del plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad contra el revisor de cuentas (art. 15 del Decreto Legislativo núm. 39/2010). El autor critica el régimen binario que resulta de dicha sentencia, según la acción la interponga la sociedad o un tercero (incluyendo a los socios), así como la vinculación del *dies a quo* al momento de producción del año, en lugar de diferirlo al momento en que se manifieste o sea cognoscible. (*C.C.S.*)

SEGA, D.: «La gestione dell'impresa nel nuovo art. 2086 cod. civ.: assetti, crisi e business judgment rule», *NGCC*, 2024, núm. 6, pp. 1547-1557.

Ensayo sobre el impacto del nuevo artículo 2086 del *Codice civile* en diversos aspectos de la gestión empresarial, sobre todo en situaciones de crisis. Se destacan los nuevos deberes y responsabilidades de los órganos de administración para garantizar la adecuación de los activos a las actividades empresariales y la detección temprana de situaciones de crisis, con la consecuente reducción del ámbito de la discrecionalidad empresarial (*business judgment rule*). (*C.C.S.*)

## INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

### CONTRATOS MERCANTILES

#### DERECHO CAMBIARIO

#### DERECHO CONCURSAL

BACCETTI, N.: «Il pagamento dei crediti anteriori nella crisi e nell'insolvenza», *NLCC*, 2024, núm. 6, pp. 1389-1422.

Estudio del problema que supone, en el procedimiento de concurso de acreedores, el pago de créditos anteriores a las medidas complementarias y correctoras de la ley concursal, introducidas por el decreto legislativo de 13 de septiembre de 2024, núm. 136: procedimientos alternativos al concurso de acreedores y herramientas de resolución de la crisis y de la insolvenca, convenios con acreedores y liquidación judicial. (*R.D.R.*)

### DERECHO DE LA COMPETENCIA

D'AURIA, M.: «Il fenomeno delle recensioni nel prisma della concorrenza sleale», *NGCC*, 2024, núm. 6, pp. 1408-1420.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Milán de 21 de marzo de 2024, que analiza las reseñas falsas o manipuladas como posible práctica de competencia desleal. A juicio del autor, las reseñas de productos no son ya una práctica descentralizada, espontánea y colaborativa, sino un auténtico mercado, y, si bien el contrato de recopilación y suministro de reseñas puede tener

un interés legítimo, se plantea si la remuneración o reembolso del precio a cambio de una reseña positiva compromete su autenticidad. (C.C.S.)

### ABREVIATURAS

Cambridge L. J.	Cambridge Law Journal.
CLR	California Law Review.
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review.
Colum. L. Rev. Forum	Columbia Law Review Forum.
D.	Recueil Dalloz.
DFP	Il Diritto di Famiglia e delle Persone.
Dir. Aut.	Il Diritto di Autore.
Gaz. Pal.	Gazette du Palais.
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review.
JCP G	Jurisclasseur périodique (La semaine juridique), édition générale.
Mod. L. Rev.	Modern Law Review.
NGCC	La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata.
NLCC	Le Nuove Leggi Civili Commentate.
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies.
RDC	Rivista di Diritto Civile.
RDI	Revue de Droit Immobilier.
RTD civ.	Revue Trimestrielle de Droit Civil.
RTDPC	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review.

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

## Constitución de curatela en caso de prodigalidad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Civil) 1143/2024, de 18 de septiembre\*

**JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE**

Catedrático de Derecho civil

Universidad de Valencia

### RESUMEN

*En el presente trabajo, a propósito de una reciente Sentencia del Tribunal Supremo, se reflexiona, a la luz de la jurisprudencia, sobre una serie de cuestiones que suscita la regulación de la curatela surgida de la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021. Se analiza el alcance de la voluntad de la persona con discapacidad, las diversas clases de curatela, los principios de necesidad y de proporcionalidad y el encaje de la figura de la prodigalidad.*

### PALABRAS CLAVE

*Curatela, prodigalidad, voluntad de la persona con discapacidad, principios de necesidad y de proporcionalidad.*

---

\* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación «Impacto social de la tutela civil de las personas con discapacidad» (PID2023-151835OB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España, del que son Investigadores principales los Profesores José Ramón de Verda y Beamonte y Pedro Charro Matamoros; así como en el Proyecto de Investigación «Criterios interpretativos de la reforma del Código Civil en materia de discapacidad (REFDIS)» CIAICO/2023/024 financiado por la Conselleria de Educación, Universidades y Empleo de la Generalidad Valenciana, del que son Investigadores principales los profesores José Ramón de Verda y Beamonte y María José Reyes López.

Algunas ideas expuestas en este comentario tienen su origen en un previo trabajo del autor, que lleva por título «Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia», publicado en la *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 115, 2022, pp. 11-116. Dichas ideas han sido debidamente contextualizadas, repensadas y complementadas, en particular, con posteriores pronunciamientos jurisprudenciales.

## Curatorship appointment in case of prodigality. Commentary to the of the Supreme Court Judgement (Civil) 1143/2024, of 18<sup>th</sup> September

### ABSTRACT

*In this paper, with regard to a recent Supreme Court ruling, we reflect, in the light of case law, on a series of issues raised by the regulation of guardianship arising from the reform carried out by Law 8/2021. It analyzes the scope of the will of the person with a disability, the different types of guardianship, the principles of necessity and proportionality, and the systematic fitting of the figure of prodigality.*

### KEYWORDS

*Curatorship, prodigality, will of the disabled person, principles of necessity and proportionality.*

SUMARIO: I. *Introducción.* 1. Marco legal en el que se encuadra el comentario. 2. Cuestiones suscitadas por la sentencia comentada.–II. *Supuesto de hecho.*–III. *Alcance de la voluntad de la persona con discapacidad en orden al establecimiento y ejercicio de las medidas de apoyo.* 1. Posibilidad de establecer medidas judiciales de apoyo contra la voluntad del afectado. 2. ¿Existe un interés superior de la persona con discapacidad que pueda prevalecer sobre su voluntad? 3. El respeto a la voluntad de la persona apoyada en el nombramiento de curador.–IV. *Tipos de curatela en la actual regulación del Código civil.*–V. *Los principios de necesidad y de proporcionalidad.* 1. Alcance general de los principios. 2. Consecuencias que derivan de los principios mencionados en orden a la determinación del tipo de curatela que en cada caso deba constituirse. 3. La curatela en los casos de prodigalidad. 3.1 La insuficiencia objetiva de la guarda de hecho para apoyar a la persona con tendencia desmesurada al gasto. 3.2 El tipo de curatela adecuada al supuesto de hecho.–Jurisprudencia.

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. MARCO LEGAL EN EL QUE SE ENCUADRA EL COMENTARIO

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad

en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha llevado a cabo una profunda reforma de la legislación española para ajustarla a los parámetros de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 30 de marzo de 2007.

Más concretamente, al artículo 12 de la Convención, que, bajo la rúbrica «Igual reconocimiento como persona ante la ley», prevé el reconocimiento, por parte de los Estados firmantes, del principio de que «las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida» (núm. 2) y la obligación de proporcionarles «las medidas de apoyo» que puedan necesitar para ejercerla (núm. 3), mediante el establecimiento de un sistema de «salvaguardas», que respete «los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona» (núm. 4).

El vigente artículo 249. I CC, con el que se inicia la regulación de las medidas de apoyo, dice, así, que las mismas se establecerán en favor de las personas «que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad», debiendo estar «inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales» y «ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad».

Añade el artículo 249. II CC que «Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro».

Por lo tanto, se observa un claro cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad, la cual ya no se contempla desde un punto de vista negativo o restrictivo de la tradicionalmente denominada capacidad de obrar; por el contrario, se contempla en positivo, es decir, propugnándose la creación de un sistema de apoyos y salvaguardas en favor de las personas con discapacidad, que les permita el ejercicio, por sí mismas, de los derechos de que son titulares en virtud de su capacidad jurídica.

En el Preámbulo de la Ley se habla del «cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como

regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones» (I); y se observa que «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» (III).

Desde esta perspectiva, la novedad más importante es, sin duda, la supresión de la incapacitación (además de la prodigalidad) y, en el ámbito de las medidas judiciales, la sustitución de la tutela por la curatela, que solo excepcionalmente, comprenderá facultades de representación (la tutela, queda ahora circunscrita a los menores de edad, no sujetos a la patria potestad o que se hallen en situación de desamparo, conforme al art. 199 CC).

Conforme al artículo 250. I CC, actualmente, las medidas de apoyo son, «además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial», habiéndose suprimido la patria potestad prorrogada y rehabilitada.

a) «Las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance» (art. 250. III CC), siendo las más importantes los poderes de representación con cláusula de subsistencia, los poderes preventivos y la autocuratela.

Estas medidas de apoyo prevalecen, tanto respecto de las medidas formales, como informales (art. 249. I CC).

b) «La guarda de hecho es una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente» (art. 250. IV CC).

La Ley 8/2021 ha tratado de reforzar esta figura, previendo que, cuando exista una guarda de hecho que funcione adecuadamente y sea suficiente para satisfacer las necesidades de la persona con discapacidad, no se establezcan medidas formales de apoyo, en particular, una curatela (arts. 263 y 269. I CC).

c) La curatela es una medida formal, de carácter judicial y subsidiario (sólo se acude a ella en defecto de medidas voluntarias o de existencia de guarda de hecho adecuada y suficiente), «que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado», cuya extensión se determinara «en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo» (art. 250. V CC); y, como veremos en su momento, puede ser asistencial, complementadora o representativa, esto último, excepcionalmente.

d) El defensor judicial es también una medida formal, pero, a diferencia de la curatela, se acudirá a ella «cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente» (art. 250. VI).

## 2. CUESTIONES SUSCITADAS POR LA SENTENCIA COMENTADA

La STS 18 de septiembre de 2024 (P. Ignacio Sancho Gargallo, ECLI: ES: TS:2024:4400) resuelve un recurso de casación contra una sentencia, que, confirmando la de primera instancia, había establecido una curatela con facultad de representación en apoyo de una persona que sufría una enfermedad psíquica de carácter estable, que le inducía a realizar gastos desmesurados, con riesgo de incurrir en comportamientos propios de la prodigalidad.

Esta sentencia nos da pie a reflexionar sobre tres cuestiones.

a) El alcance de la voluntad de la persona con discapacidad en orden al establecimiento de las medidas de apoyo de carácter judicial, a los criterios a los que debe ajustarse la actuación de quien las desempeña y a la determinación de quién haya de ser nombrado curador.

b) La concreción de los tipos de curatela admitidas, en el Código civil, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021, de 8 de junio.

c) El juego de los principios de necesidad y de proporcionalidad, en particular, con relación a la prodigalidad.

## II. SUPUESTO DE HECHO

En el origen de la litis se halla una demanda presentada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, en la que la madre de una persona con discapacidad pedía que se declarara la incapacidad parcial de su hijo y que el mismo fuera sujeto a curatela.

Las sentencias recaídas en el procedimiento se ajustaron a las normas reformadas por la referida Ley, por aplicación de la disposición transitoria sexta de la misma, a cuyo tenor «Los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán por lo dispuesto en

ella, especialmente en lo que se refiere al contenido de la sentencia, conservando en todo caso su validez las actuaciones que se hubieran practicado hasta ese momento».

Tanto en primera, como en segunda instancia, se estimó procedente la pretensión de la demandante, estableciéndose una curatela con facultad de representación en apoyo del hijo para los actos de administración y de disposición patrimonial de carácter complejo, nombrándose curadora a la Fundación Malagueña de Tutela.

La sentencia de primera instancia entendió que, si bien la enfermedad mental que padecía el hijo no había afectado hasta el momento a la administración de su patrimonio (sólo tenía una pensión de 400 euros mensuales), al recibir la herencia de su padre (unos 70.000 euros), se había puesto de manifiesto «una inadecuada capacidad para gestionar sus bienes y que podría llevar a terceras personas a aprovechar su vulnerabilidad, solidaridad o bondad natural». Se refería, así, a «la compra de una furgoneta de unos 20.000 euros, que siendo el vendedor allegado o amigo de la familia (que), afortunadamente resulto frustrada»; a una reforma en su vivienda, «constando facturas por dobles aparatos sanitarios, y cuya deficiencia o inexistencia de reforma exigió que se realizase por segunda vez más adelante, suponiendo un doble gasto»; así como a algunas liberalidades que mostraban que «fácilmente abusan de él (dar 800 euros para evitar que una persona ingrese en prisión o alojar gratuitamente a personas en su vivienda)».

La sentencia de segunda instancia recalcó que en el informe forense se había señalado que la dolencia que padecía la persona con discapacidad le podía «producir trastornos de estabilidad, con riesgo de comportamientos de prodigalidad, dado que estas personas son influenciables y pueden entregarse a quienes les ayudan, siendo imprescindible un determinado control ante el riesgo de gastos desmesurados». Así mismo, que en declaración testifical otro hijo de la demandante había relatado, «con un alto grado de credibilidad», «los actos de dispendio realizados por su hermano antes de que se adoptasen las medidas de apoyo y control de gasto, poniendo de manifiesto un riesgo evidente de que determinadas personas que rodean a su hermano puedan aprovecharse de su enfermedad y de su propensión al dispendio si no tiene control sobre sus bienes».

Obsérvese que, en puridad, se estaba concediendo más de lo pedido, pues la demandante pretendía la constitución de una curatela, regulada con anterioridad a la Ley 8/2021, la cual tenía, exclusivamente, un carácter meramente complementador de la capacidad de la persona apoyada; en cambio, la curatela establecida en

las dos instancias era representativa, esto es, sustitutiva de la voluntad de la persona con discapacidad.

Los dos motivos principales del recurso de casación fueron:

a) de un lado (primero), la infracción del artículo 268 CC, por entenderse que se estaba imponiendo una curatela a quien había «manifestado de forma clara su voluntad de oponerse a las medidas judiciales de apoyo», cuando «La ley insiste en el valor central de la voluntad del interesado, que ha de ser respetada, sin que permita que esa voluntad pueda ser interpretada, ni mucho menos tergiversada»;

b) de otro (segundo), la infracción del artículo 269 CC y, más, concretamente, de los principios de necesidad y de proporcionalidad, afirmándose que «la aplicación al caso de la curatela representativa» era «absolutamente desproporcionada».

El primer motivo no fue estimado; en cambio, el segundo (formulado conjuntamente, con el tercero) sí lo fue.

### **III. ALCANCE DE LA VOLUNTAD DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN ORDEN AL ESTABLECIMIENTO Y EJERCICIO DE LAS MEDIDAS DE APOYO**

Conforme al artículo 250. II CC, «La función de las medidas de apoyo consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias».

La atención a «la voluntad, deseos y preferencias de la persona» con discapacidad como criterio de inspiración de las medidas de apoyo ha planteado problemas prácticos, alguno de los cuales han llegado al Tribunal Supremo e, incluso, al Tribunal Constitucional.

#### **1. POSIBILIDAD DE ESTABLECER MEDIDAS JUDICIALES DE APOYO CONTRA LA VOLUNTAD DEL AFECTADO**

El primero de dichos problemas es el de determinar si es posible establecer medidas judiciales de apoyo en beneficio de una persona que las rechaza expresamente, lo que, obviamente, supone ir en contra de su voluntad.

Dicho problema, como se ha dicho, se planteó en el primero de los motivos del recurso de casación interpuesto por la sentencia que nos ocupa.

En realidad, esta cuestión ya había sido resuelta por la STS (Sala 1.<sup>a</sup>) 8 de septiembre de 2021 (P. Ignacio Sancho Gargallo, ECLI: ES: TS:2021:3276), afirmativamente, considerando que es posible adoptarlas, a pesar de la clara oposición de la persona con discapacidad, cuando existe una necesidad asistencial, cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal y una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente, con sus vecinos.

Afirma que lo que el artículo 268 CC «prescribe es que en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado»; y que «El empleo del verbo “atender”, seguido de “en todo caso”, subraya que el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida que sea posible) la voluntad de la persona con discapacidad destinataria de los apoyos, así como sus deseos y preferencias, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado»; añade que «El texto legal emplea un término polisémico que comprende, en lo que ahora interesa, un doble significado, el de “tener en cuenta o en consideración algo” y no solo el de “satisfacer un deseo, ruego o mandato”».

Concretamente, consideró adecuado sujetar a curatela a una persona que sufría el síndrome de Diógenes. Dice, así que «El trastorno no sólo le provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda»; y añade: «No intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno (mental) no es consciente del proceso de degradación personal que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración de que, si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal».

El Tribunal Supremo invocó otro argumento de carácter procesal, que me parece incuestionable, al constatar que la propia Ley de Jurisdicción Voluntaria, «Al regular como procedimiento común para la provisión judicial de apoyos un expediente de jurisdicción voluntaria (arts. 42 bis a], 42bis b] y 42 bis c] LJV), dispone que cuando, tras la comparecencia del fiscal, la persona con discapaci-

dad y su cónyuge y parientes más próximos, surja oposición sobre la medida de apoyo, se ponga fin al expediente y haya que acudir a un procedimiento contradictorio, un juicio verbal especial (art. 42 bis b]. 5 LJV)»; y añade que «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, lo que presupone que ese juicio pueda concluir con la adopción de las medidas, aun en contra de la voluntad del interesado».

La sentencia comentada crea jurisprudencia, al reiterar la misma doctrina, apoyada en idénticos argumentos que la anteriormente citada, estimando procedente establecer una curatela en apoyo de una persona que sufría un trastorno psíquico persistente, que le provocaba una tendencia desmesurada al gasto. Observa que «También en este caso la enfermedad o trastorno que provoca la discapacidad y la necesidad apreciada de un apoyo para la realización de actos de administración y disposición complejos, afecta a la conciencia de esa necesidad y de los riesgos que sufre en las concretas circunstancias que ahora vive»; y «De ahí que, sin perjuicio de ajustar el alcance de la medida para respetar al máximo su autonomía, pueda acordarse la medida aun en contra de la voluntad del interesado».

Esta doctrina, favorable a fijar medidas de apoyo en favor de quien las rechaza, cuando es su propia enfermedad la que le impide tener conciencia de la necesidad objetiva de establecerlas, es ampliamente seguida por la jurisprudencia de instancia.

La SAP Santander (Sección 2.<sup>a</sup>) 29 de octubre de 2021 (P. Milagros Martínez Rionda, ECLI: ES: APS:2021:1237) ha resuelto el caso de una persona con patología dual (esquizofrenia paranoide y consumo de drogas), que sufría un incremento de las alteraciones conductuales con varios ingresos hospitalarios, así como una exposición recurrente a situaciones de riesgo derivadas de una conducta desorganizada (sin domicilios estables, vivía en la calle) con gastos innecesarios y excesivos, desatendiendo su propio bienestar personal (alimentación, tratamientos médicos y seguridad). Ha mantenido la curatela acordada por una anterior sentencia (recaída en otro procedimiento), en orden a la asistencia de las decisiones que afectarían al lugar de residencia, salud y autocuidado y a la gestión de los recursos sociosanitarios o residenciales que le fueran reconocidos; y, en la esfera patrimonial, respecto de la administración o disposición de sus bienes, salvo el manejo de dinero de bolsillo. Dice, así, que «El propósito de abandonar autónomamente el consumo de sustancias tóxicas fuera del centro en el que se encuentra

actualmente ingresada —que ha sido verbalizado de manera vehementemente por la actora— se patentiza irreal, siendo, una vez más, expresión de la ausencia de una aquilatada percepción de la gravedad y alcance de su afectación». Ha nombrado curadora a una fundación ante «la imposibilidad de recurrir al control y a la asistencia de familiares y a la demostrada insuficiencia de la antecedente supervisión externa del curador».

La SAP Valladolid (Sección 1.<sup>a</sup>) 2 de noviembre de 2021 (P. José Ramón Alonso-Mañero Pardal, ECLI: ES: APVA:2021:1565) ha constituido una curatela de carácter asistencial contra la voluntad de la persona con discapacidad, que sufría «un deterioro cognitivo moderado de posible causa mixta degenerativa-vascular, con episodios ansioso-depresivos e ideación delirante de perjuicio (alteración de comportamiento) que puede considerarse persistente y afectante a sus habilidades para desenvolverse de forma autónoma y socialmente adaptada de forma que su suspicacia y desconfianza hacia su entorno determinan un progresivo aislamiento social, destacando asimismo la nula conciencia que tiene del trastorno que padece, de sus evidentes limitaciones físicas y de sus consecuencias, en concreto, no se percata de las graves carencias de seguimiento de un tratamiento médico adecuado a su situación, mayor higiene y más correcta alimentación». En definitiva, como consecuencia de su enfermedad, la Audiencia considera «algo objetivo» que la situación en que se encuentra «está degenerando en una degradación personal, sin que sea consciente de ello», lo que hace necesario establecer medidas judiciales de apoyo. Extiende la curatela al «apoyo y supervisión para realización de las actividades elementales de la vida cotidiana, seguimiento de pautas de alimentación, higiene personal, salud, seguimiento de tratamientos médicos». Por el contrario, excluye que la curatela deba extenderse a los actos de carácter económico, en atención a la concreta situación de la persona con discapacidad, por no haberse acreditado «que en el momento presente tenga gravemente limitadas sus facultades cognitivas, ni afectada su capacidad de gestión de su patrimonio».

La SAP Asturias (Sección 5.<sup>a</sup>) 22 de diciembre de 2021 (P. José Luis Casero Alonso, ECLI: ES: APO:2021:4036) ha contemplado el supuesto de una persona que, según el informe médico forense realizado en sede de apelación, «padece un trastorno de la personalidad y mental debido al consumo de opiáceos desde la adolescencia requiriendo de forma permanente tratamiento médico psiquiátrico y de deshabitación; que en su estado actual de aparente normalidad psicopatológica tiene conservada la capacidad para realizar las actividades cotidianas de la vida diaria e instrumental,

como el manejo de su exigua pensión, pero que requiere supervisión para actividades». Ha mantenido la medida judicial de apoyo, pues «sigue presente la necesidad de dotarle de apoyos, pues su trastorno de la personalidad por consumos, tóxicos y el peligro de recaer en ello sigue presente», precisándose que «En este contexto la medida de apoyo de la curatela no debe ser vista por el recurrente como alienante de su persona, todo lo contrario, ejercitada con criterio asistencial, persigue la conservación de ese estado psicopatológico de normalidad que permita al recurrente desarrollarse y participar socialmente como individuo». Sustituyó, no obstante, la tutela establecida en primera instancia (antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021) por una curatela no representativa, tanto en el ámbito de la salud, como para la realización de actos complejos de carácter patrimonial y administrativo.

La SAP Alicante (Sección 6.<sup>a</sup>) 20 de octubre de 2022 (P. María Dolores López Garre, ECLI: ES: APA:2022:2955) ha establecido una curatela, limitada al estricto apoyo del tratamiento médico y farmacológico contra la voluntad de una persona que padecía un trastorno mixto de personalidad y un trastorno adaptativo mixto reactivo a problemas de carácter sociofamiliar. Describe el núcleo de la cuestión litigiosa en los siguientes términos: «se trata de valorar si las manifestaciones de voluntad que realiza la persona son totalmente conscientes y voluntarias o pueden estar determinadas por el trastorno que padece de manera que le impide manifestar de forma libre su voluntad, deseos o preferencias, de manera que necesita un apoyo para controlar su tratamiento médico y farmacológico». Entiende probado que no seguía, «de forma constante el tratamiento psiquiátrico y psicológico»; y resalta que ella misma había manifestado que no tomaba «la medicación pautada por la mañana ya que luego necesita conducir». Concluye, así, que «El estado psicofísico que presenta repercute sobre la adecuada aptitud para expresar libremente su voluntad, deseos y preferencias» y considera «necesarios apoyos para dar cumplimiento a las prescripciones médicas pautadas».

Por supuesto, no procederá establecer las medidas judiciales de apoyo, cuando la enfermedad que padece la persona no impida a ésta tomar conciencia de su conveniencia o, incluso, necesidad, pero, aun así, en ejercicio de su libertad, decida rechazarlas.

Es ilustrativa la SAP Badajoz (Sección 3.<sup>a</sup>) 8 de octubre de 2021 (P. Jesús Souto Herreros, ECLI: ES: APBA:2021:1318), que consideró improcedente establecer medidas de apoyo respecto de una persona de 41 años que, según los informes médicos aportados, sufría «alcoholismo crónico, con episodios de abstinencia y priva-

ción alcohólica, *delirium tremens* y trastorno límite de personalidad, habiendo ingresado en múltiples ocasiones en centros de Salud Mental y Adicciones, tomando medicación para dichos trastornos, además de antidepresivos y ansiolíticos, y habiéndosele concedido un grado de discapacidad del 67 %, por lo que percibía una renta mínima de unos 535 euros mensuales; pues todo ello «no impide que pueda gobernar su persona y patrimonio» por sí misma. Según el informe forense, «Es consciente de su situación y pronóstico, manifestando intenciones futuras de mejoría y siendo consciente de la dificultad que ello conlleva, tanto por la propia idiosincrasia de su patología como por su historia pasada de fracasos», comprendiendo «sin dificultades el alcance del procedimiento en el que se encuentra inmersa, manifestando de forma clara su oposición al mismo», concluyéndose que no existe patología alguna que le impida «gobernar su persona y bienes por sí misma». En definitiva, la Audiencia entiende que no puede decirse que «esté afectada en su plena capacidad de volitiva, de obrar y decidir por sí misma. Sabe lo que tiene y sabe lo que quiere, asume sus consecuencias y toma las decisiones conforme a esa voluntad y entendimiento».

También la SAP Palma de Mallorca (Sección 4.<sup>a</sup>) 17 enero de 2022 (P. Gabriel Agustín Oliver Koppen, ECLI: ES: APIB:2022:8), en relación con una persona de edad avanzada y con una situación de salud precaria, con serias limitaciones por sus dificultades de movilidad y por la hipoacusia que padecía, pero que «es conocedora de su situación y se encuentra capacitada para solicitar las ayudas que precisa y que en la actualidad recibe para el desarrollo de su vida ordinaria, encontrándose en la actualidad correctamente atendida» (una persona de los servicios sociales acude a su domicilio por la mañana durante los días laborables, se le facilita la comida a través de la Cruz Roja y, por la tarde y los fines de semana, tiene contratada una persona que la ayuda). Por ello, la Audiencia no considera justificada la adopción de medidas de apoyo dado que, conforme al artículo 249 CC, «las medidas de origen judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate».

## 2. ¿EXISTE UN INTERÉS SUPERIOR DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD QUE PUEDA PREVALECER SOBRE SU VOLUNTAD?

El segundo de los problemas, íntimamente ligado con el anterior (por lo que parece necesario plantearlo, aunque la sentencia comentada no lo haga) es decidir si, en las ocasiones en que la

persona sujeta a medidas de apoyo tiene gravemente mermada su capacidad para tomar decisiones, por padecer una enfermedad de carácter mental, es posible acudir al principio del interés superior de la persona con discapacidad para adoptar decisiones que objetivamente se consideren convenientes para su bienestar, en contra de su voluntad.

El problema surge porque el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en sus Observaciones, de 19 de mayo de 2014 (más, concretamente, en la Primera) ha declarado que «El principio del interés superior no es una salvaguardia que cumpla con el artículo 12 [de la Convención] en relación con los adultos», afirmando que «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» (núm. 21).

Sin embargo, no es esta la posición que ha seguido la STS (Sala 1.<sup>a</sup>) 6 de mayo de 2021 (P. José Luis Seoane Spiegelberg, ECLI: ES: TS:2021:1894), que ha considerado procedente someter a curatela a una persona que sufría una esquizofrenia paranoide, en atención a su enfermedad, que le había provocado un grado parcial de autonomía limitada. Al sistematizar los principios inspiradores de la regulación contenida en la Ley 8/2021 (aunque todavía no se hallaba en vigor), se refiere al «Principio del interés superior de la persona con discapacidad», que explica del siguiente modo: «El interés superior del discapacitado se configura como un principio axiológico básico en la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de las medidas de apoyo, que recaigan sobre las personas afectadas. Se configura como un auténtico concepto jurídico indeterminado o cláusula general de concreción, sometida a ponderación judicial según las concretas circunstancias de cada caso. La finalidad de tal principio radica en velar preferentemente por el bienestar de la persona afectada, adoptándose las medidas que sean más acordes a sus intereses, que son los que han de prevalecer en colisión con otros concurrentes de terceros».

A mi parecer, es claro que, cuando una persona tenga afectada su capacidad para formar libremente su voluntad, por sufrir una enfermedad que le impida tomar conciencia del estado en que se halla y comprender que necesita la ayuda que rechaza, será posible, en su interés, adoptar decisiones que contraríen sus deseos. En definitiva, será necesario acudir a un parámetro objetivo, que, obviamente, no estará basado en «la voluntad, deseos y preferencias de la persona» con discapacidad.

Ahora bien, a estos efectos, en vez de recurrir a un principio que categoriza a una clase de personas, las que sufren una discapacidad, quizás, sería más conveniente invocar el principio constitucional, de alcance general, de dignidad de la persona (art. 10.1 CE) (de toda persona), que trasciende a su pura voluntad, pero cuya aplicación se modula en atención a las circunstancias concretas en que ha de ser aplicado. No puede olvidarse que, conforme al nuevo artículo 249.1 CC las «medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales», cuyo disfrute ha de ser especialmente amparado por los poderes públicos a los que sufren una discapacidad (art. 49 CE).

Es de gran interés la interpretación que la STC 30/2023, de 20 de abril (ECLI: ES: TC:2023:30), hace del 9.6 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, a cuyo tenor «En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho (...) la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente».

Interpretando el referido número del precepto, ha declarado la constitucionalidad del auto judicial que había acordado administrar la vacuna contra el Covid-19 a una persona aquejada de Alzheimer contra la voluntad del hijo tutor (hoy curador con facultad de representación). Afirma que el artículo 9.6 de la Ley 41/2002 no es «un precepto que permita al juez civil actuar contra la voluntad válidamente manifestada de la persona afectada para la mejor realización de las políticas públicas sanitarias. No se legitima al juez para actuar contra la voluntad del paciente sino en ausencia de esa voluntad, entendida como verdaderamente libre, clara y consciente, en un contexto concreto de peligro para la salud de la persona con discapacidad. Se habilita legalmente a la autoridad judicial a autorizar una actuación sanitaria determinada cuando así resulta necesario para asegurar la mejor protección de los intereses de una persona vulnerable que puede no estar siendo adecuadamente asistida»; y añade que la «misión de la persona llamada a prestar apoyo no es la de sustituir las convicciones de la persona con discapacidad por las suyas propias sino velar por el respeto a la “voluntad, deseos y preferencias de aquella”. Más allá de esa actuación vicarial, como portavoz de los deseos de la persona afectada, la capacidad decisoria de quien presta apoyo queda circunscrita a la búsqueda de la realización del interés de la persona afectada, lo que ha de responder, como ya se ha dicho, a criterios objetivos que son plenamente fiscalizables por la autoridad judicial».

Con mayor razón, será necesario acudir a parámetros objetivos de actuación, cuando la persona con discapacidad no hubiera tenido nunca la oportunidad de formar libremente su voluntad, por padecer una enfermedad de nacimiento, que excluya su capacidad de discernimiento.

Ciertamente, para el caso de que hubiera perdido posteriormente dicha capacidad, o como dice el artículo 249. III CC, «no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona», según prevé el mismo precepto, para el ejercicio de las funciones de representación, «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».

Sin embargo, esta previsión legislativa no excluye de manera absoluta la necesidad de acudir a criterios objetivos en defensa de la dignidad y derechos fundamentales de la persona con discapacidad, pues, dejando aparte la dificultad de decidir qué es lo que habría querido actualmente, si hubiera podido formar y expresar su voluntad libremente, será raro que pueda averiguarse cuál hubiera sido su presunta voluntad para todas y cada una de las actuaciones que deban realizarse en su interés.

### 3. EL RESPETO A LA VOLUNTAD DE LA PERSONA APOYADA EN EL NOMBRAMIENTO DEL CURADOR

Otra cuestión que también suscita la atención a «la voluntad, deseos y preferencias de la persona» con discapacidad, es la de determinar hasta qué punto el juez ha de atenerse a ella a la hora de nombrar curador.

En el presente caso no se plantea, porque la madre no pretendía ser curadora y el hijo no manifestó ninguna preferencia respecto de la persona que quería que fuera nombrada para ejercer la medida de apoyo, pero creo que merece la pena realizar alguna reflexión al respecto.

Conforme al artículo 276. I CC, el juez nombrará curador «a quien haya sido propuesto para su nombramiento por la persona que precise apoyo» o por quien ésta hubiera delegado en la escritura de autocratela, salvo lo previsto en el artículo 272. II CC, es decir, salvo que existan «circunstancias graves desconocidas» por el otorgante de la escritura o «alteración de las causas expresadas» en ella o que «presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones»; y siempre –claro está– que en el designado no concurra una causa de inhabilidad.

En defecto de propuesta, el artículo 276. II CC establece un orden sucesivo de personas en quienes deberá recaer el nombramiento de curador.

Sin embargo, el artículo 276. III CC prevé que el juez pueda alterar dicho orden, «una vez oída la persona que precise apoyo»; y ello se entiende que para averiguar quién prefiere que sea nombrado curador, también entre personas que se hallen en el mismo ordinal.

La SAP Ciudad Real (Sección 2.<sup>a</sup>) 29 de noviembre de 2021 (P. José María Tapia Chinchón, ECLI: ES: APCR:2021:1470) revocó la sentencia recurrida, que había nombrado a la Comisión de Tutelas de Castilla La Mancha curadora de una persona con un deterioro cognitivo de perfil cortical (que, además, sufría de otras enfermedades, trombosis pulmonar, glaucoma, diabetes mellitus tipo 2, entre ellas). Por el contrario, consideró procedente designar al sobrino como curador con facultades de representación, en atención a lo manifestado por el interesado en la vista, siendo aquél quien «se ha venido ocupando, tras la pandemia, de su cuidado tanto personal como en la administración de su patrimonio, que no es escaso, adecentando su vivienda y llevando un control telemático».

La SAP Asturias (Sección 6.<sup>a</sup>) 25 de junio de 2024 (P. Jaime Riaza García, ECLI: ES: APO:2024:2453) nombró curadora con facultad de representación a una de las hijas, con la que había venido conviviendo la persona con discapacidad, con preferencia a los hermanos, que pretendían que la madre ingresara en una residencia. El informe del médico forense había constado que madre sufría «un deterioro cognitivo leve, fallaba en operaciones de cálculo básicas, mostrando desorientación temporal y lagunas de memoria, pero concluye que, pese a lo que se lleva expuesto, su estado mental era sorprendentemente bueno para su edad, entendiendo con claridad el fin u objeto del presente procedimiento». La Audiencia afirma que, sentada esa primera premisa, se constata «que la anciana manifestó por activa y por pasiva su disgusto y rechazo a la alternativa residencial planteada por el resto de sus hijos y su deseo de continuar conviviendo con su hija».

El artículo 276. IV CC añade que, cuando, oída la persona necesitada de apoyo, «no resultare clara su voluntad, la autoridad judicial podrá alterar el orden legal, nombrando a la persona más idónea para comprender e interpretar su voluntad, deseos y preferencias».

La STS (Sala 1.<sup>a</sup>) 24 de septiembre de 2024 (P. Ignacio Sancho Gargallo, ECLI: ES: TS:2024:4661) observa que la audiencia de la persona con discapacidad se exige «con idea de conocer su voluntad y para actuar en función de ella».

La redacción del precepto es confusa, pues pudiera interpretarse en el sentido de que, siempre que resultara clara la voluntad de la persona con discapacidad, el juez, inexorablemente, habría de atenerse a ella y sólo cuando no lo fuera, podría apartarse de ella, lo que no es correcto, pues, en ocasiones, podrá prescindir de la misma, pero siempre, de manera suficientemente motivada.

Exige motivación fundada la STS (Sala 1.<sup>a</sup>) 23 de diciembre de 2021 (P. José Luis Seoane Spiegelberg, ECLI: ES: TS:2021:4879), que revoca la sentencia recurrida (dictada antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021), estimando un recurso extraordinario de infracción procesal, por entender que hubo falta de motivación suficiente de la decisión de «prescindir de la voluntad exteriorizada del demandado de que sea designado como curador la persona por él elegida y nombrada por el juzgado», estableciendo, en cambio, una tutela en favor de la Agencia Madrileña de Tutela de Adultos, «pues es organismo preparado, técnico, profesional y objetivo»; y ello, frente a la mujer, «que se lleva mal o regular actualmente» con el demandado, y frente a la hija, «que se lleva mal o regular con su madre; y parece ser, aún en formación».

Pero lo cierto es que la sentencia revocada no explicaba por qué no se había nombrado tutor a la persona querida por la persona con discapacidad, la cual no era, ni su mujer, ni su hija, más allá de constatar la adecuación de la Agencia para ejercer el cargo. El Tribunal Supremo afirma, así, que, para «prescindir de la voluntad exteriorizada por el demandado, dada la trascendencia que se le otorga en la nueva ley», se «requiere una motivación especial que brilla por su ausencia, con lo que, en la nueva sentencia que se dicte, se deberá manifestar expresamente al respecto, explicitando las concretas razones por las que, en su caso, se prescinde de la voluntad y preferencia en tal aspecto exteriorizada por el demandado».

La STS (Sala 1.<sup>a</sup>) 24 de septiembre de 2024 (P. Ignacio Sancho Gargallo, ECLI: ES: TS:2024:4661) observa también que, «para separarse de la voluntad manifestada por la persona sobre la que se constituye la curatela, se requiere una motivación especial que explicita las concretas razones por las que se prescinde de la voluntad y preferencia manifestada por el demandado».

En el caso por ella resuelto la sentencia recurrida había incurrido en un error, al entender que el informe en que se había considerado que una de las hermanas no era idónea para desempeñar la curatela era la hermana por la que la persona con discapacidad había mostrado su preferencia. Constatado el error, se procedió a nombrar a esta última como curadora, en sustitución de la AMTA.

A mi parecer, podrá prescindirse de la voluntad de la persona con discapacidad en los siguientes supuestos:

a) Cuando la voluntad expresada, aun siendo «clara», no haya sido rectamente formada, al sufrir quien la manifiesta una enfermedad que excluya o merme gravemente su capacidad de discernimiento.

b) Cuando la persona por la que expresa una preferencia esté incurso en una causa de inhabilidad o no quiera, fundamente, asumir el cargo (invocando una causa legal de excusa).

La SAP Valencia (Sección 10.<sup>a</sup>) 16 de septiembre de 2021 (P. María Antonia Gaitón Redondo, ECLI: ES: APV:2021:3274) nombró a una fundación como curadora de una persona que padecía un trastorno esquizo-afectivo y de la personalidad grupo B y consumo tóxico. La Audiencia se apartó de la voluntad manifestada por aquella, de que se designara como curadores a sus hermanos, porque éstos estaban asustados, constatando la existencia de una situación de riesgo familiar, por haber tenido lugar numerosos incidentes violentos.

La SAP Madrid (Sección 22.<sup>a</sup>) 4 de junio de 2024 (P. José María Prieto y Fernández-Layos, ECLI: ES: APM:2024:8450) confirmó la sentencia recurrida, desestimando el recurso de la hermana de la persona apoyada, en el que se pedía que fuera nombrada curadora de la misma, afirmando que, aunque hubiera «afecto» y un «estrecho e intenso vínculo», existía un conflicto de intereses entre ambas, pues la apelante había recibido un préstamo de su hermana, por importe de 50.000 euros, del cual restaba por devolver, la cantidad de 20.212,96 euros, resaltando que «el entonces tutor no pidió la preceptiva autorización judicial para realizar este préstamo y desde luego la apelante tampoco observó la diligencia debida para aceptarlo»; concluye que «los posibles deseos de la persona con discapacidad (verbigracia, artículos 249 o 268 del CC) no pueden en este caso atentar contra su propio interés, que es el que debe primar».

c) Cuando el juez considere que la persona querida como curadora, no sea idónea, no sólo (como dice el 276. IV CC) para «comprender e interpretar» la «voluntad, deseos y preferencias» del discapaz (suponiendo que pueda exteriorizarlas), sino, más en general, para el correcto desempeño de la medida de apoyo, cuyo ejercicio debe también estar inspirado «en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales» (art. 249. I CC), que ha de procurar hacer efectivos.

La SAP La Coruña (Sección 3.<sup>a</sup>) 11 de noviembre de 2021 (P. María-Josefa Ruiz Tovar, ECLI: ES: APC:2021:2586) designó a una entidad pública curadora de una persona que sufría una esquizofrenia paranoide, la cual pretendía que fuera curador su hermano, deseo expresado, tanto en el escrito del recurso de apelación, como en el acto del juicio en segunda instancia. Prescindió de su voluntad, porque «no ha existido una implicación familiar», necesitando «supervisión diaria de medicación, comidas, manejo del dinero, y ello no lo podría realizar su hermano, al cual solo ve esporádicamente», quien, además, «reconoce que su hermano está muy bien en el centro y atendido por la asociación», que dirigía el piso tutelado en el que residía.

La SAP Madrid (Sección 22.<sup>a</sup>) 27 de octubre de 2023 (P. María Carmen Royo Jiménez, ECLI: ES: APM:2023:16771) desestimó el recurso de apelación interpuesto por la persona con discapacidad, en el que solicitaba el nombramiento de su hijo como curador representativo, en lugar de la AMAPAD. La desestimación del recurso se basó en que el hijo, que tenía 70 años, no se ocupaba «lo suficiente de su madre pues aun cuando dice que la acompaña al médico ha quedado acreditado que no acude a las visitas médicas que le prescriben, que no sabe el nombre de la medicación que debe tomar su madre, no acepta la situación que presenta la misma considerando que no necesitan ayuda, y poniendo trabas e impedimentos para la asistencia social».

La SAP Vizcaya (Sección 4.<sup>a</sup>) 18 de diciembre de 2023 (P. María de los Reyes Castresana García, ECLI: ES: APBI:2023:1129) revocó la sentencia recurrida, que, atendiendo a lo manifestado por la persona con discapacidad, había nombrado como curadora con facultades de representación a su madre. Por el contrario, la Audiencia afirma la «falta de idoneidad» de la madre, «ya que durante la práctica totalidad de la vida de su hijo no le ha prestado los cuidados y atenciones», habiendo estado «desde su corta edad tutelado por instituciones públicas». Dice, así, que «atender los deseos» del hijo «respecto del nombramiento de curador, iría en contra de su interés y beneficio, puesto que en la actualidad cuenta con todos los apoyos adecuados que precisa y que son proporcionados en base a las ayudas que recibe en el centro tutelado por el Instituto Tutelar de Bizkaia en el ámbito personal, de la salud, residencial, social y de ocio, laboral y económico».

En los casos expuestos, en principio, el juez deberá atenerse al orden previsto el artículo 276. II CC, pero, motivadamente, podrá alterarlo para nombrar a la persona que, objetivamente, considere más idónea para ejercer la curatela, siendo en la práctica frecuente

que sea nombrado el familiar que venía ejerciendo la guarda de hecho; y lo mismo cuando sean varios quienes están en el mismo ordinal y pretendan ser curadores.

La SAP Castellón (Sección 4.<sup>a</sup>) 20 de junio de 2022 (P. José Luis Conde-Pumpido García, ECLI: ES: APCS:2022:1551) nombró curadora a una de las hermanas de la persona con discapacidad, desestimando la pretensión de otro de los hermanos de que fuera él el designado para ejercitar la medida de apoyo. Para ello, tuvo en cuenta que la hermana designada había hecho gestiones ante los Servicios Sociales y la Seguridad Social en beneficio de la persona apoyada; había suscrito en nombre del hermano discapaz el contrato de ingreso en su actual residencia; había sido la persona de referencia y contacto de dicha residencia; y había tenido una participación activa en las cuestiones médicas.

#### **IV. TIPOS DE CURATELA EN LA ACTUAL REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL**

La principal medida judicial que actualmente se contempla es la curatela, que, sin embargo, tiene carácter subsidiario, dado que sólo podrá acudir a ella cuando no existan medidas voluntarias establecidas por el propio interesado, que se extiendan a todos los ámbitos en que necesite ser apoyado, o no haya una guarda de hecho que funcione adecuadamente.

Esto es así, al menos, teóricamente, pues, en la práctica, las curatelas se constituyen en multitud de ocasiones, no porque la guarda de hecho, objetivamente considerada, no sea una medida de apoyo adecuada en el caso concreto, sino por las dificultades con las que, en la práctica, se encuentra el guardador para ser reconocido como tal en las actuaciones representativas cotidianas para las que el artículo 264. III CC le legitima directamente.

Las SSTS (Sala 1.<sup>a</sup>) 20 de octubre de 2023 (P. María Ángeles Parra Lucán, ECLI: ES: TS:2023:4129), 20 de octubre de 2023 (P. Ignacio Sancho Gargallo, ECLI: ES: TS:2023:4212) y 18 de junio de 2024 (P. Ignacio Sancho Gargallo, ECLI: ES: TS:2024:3527) han validado, así, la tesis sustentada por un creciente sector de la jurisprudencia de instancia, que entiende procedente la constitución de una curatela, cuando la enfermedad que padece la persona con discapacidad es muy severa; y ello, a pesar de existir un guardador de hecho, que se ocupa eficazmente de aquélla, por conside-

rar que, concurriendo una discapacidad severa, la guarda de hecho no puede funcionar correctamente.

El argumento en que reposa esta orientación jurisprudencial es el de que la gravedad de la enfermedad que padece la persona con discapacidad le imposibilita para exteriorizar su voluntad, por lo que es necesario que el apoyo se realice a través de reiteradas actuaciones de carácter sustitutivo, lo cual exige el nombramiento de un curador con facultades de representación, con el fin de evitar que el guardador de hecho tenga que pedir repetidas autorizaciones judiciales para actuar en nombre de la persona a la que apoya.

Este argumento olvida que el guardador de hecho tiene atribuidas directamente facultades de representación por el artículo 264. III CC y que, si bien es cierto que, para realizar actos no contemplados en dicho precepto, deberá recabar autorización judicial en los términos del artículo 264. I CC, sin embargo, también lo es que el curador con facultades de representación tendrá que pedir autorización, cuanto menos, para realizar todos los actos enunciados en el artículo 287 CC. Por otro lado, una cosa es que una persona no pueda prestar su consentimiento habitualmente, como consecuencia de la discapacidad que padece, y otra, muy distinta, que, para apoyarla, sea necesario llevar a cabo constantes actuaciones representativas no previstas en el artículo 264. III CC: esto último no tiene por qué suceder, por ejemplo, si no tiene un cuantioso patrimonio que administrar.

Seguramente, el legislador ha errado, al no haber previsto medios de prueba adecuados de la condición de guardador de hecho en el tráfico jurídico, pero, en cualquier caso, la relativización del carácter subsidiario de la curatela, se explica también por la mayor seguridad jurídica que ésta ofrece a quienes apoyan a las personas con discapacidad y a los operadores jurídicos; y, no sólo, porque es una medida constituida por una resolución judicial que concreta los actos en los que la intervención del curador es necesaria, sino, sobre todo, porque se trata de una figura con la que se está tradicionalmente familiarizado y de la que, por lo tanto, no se desconfa.

En cualquier caso, el Preámbulo de la Ley 8/2021, se refiere a la curatela como «la principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad», explicándose que «El propio significado de la palabra curatela –cuidado–, revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda; por tanto, como principio de actuación y en la línea de excluir en lo posible las figuras de naturaleza representativa, la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial»; pero, con evidente sentido común, se añade que, «No obstante, en los casos en los que sea preciso, será posible

atribuir al curador funciones representativas, que solo de manera excepcional y ante casos especialmente graves de discapacidad, podrán tener alcance general» (III).

Por lo tanto, suprimida la tutela, a la persona con discapacidad no se le nombrará ya un tutor que actúe en su nombre, sino, cuando sea necesario, un curador que la asista, apoyándola en el ejercicio de sus derechos, de acuerdo con «su voluntad, deseos y preferencias» (art. 283. III CC), y procurando que «pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones» (art. 283. IV CC); sólo, excepcionalmente, podrá representarla.

En el Preámbulo de la Ley 8/2021 se contraponen la curatela «asistencial» a la curatela «representativa».

Sin embargo, desde un punto de vista conceptual, me parece que cabe diferenciar tres tipos posibles de curatela, en atención a la intensidad jurídica del apoyo que de ella resulta:

a) La curatela «asistencial», orientada a la atención cotidiana de la persona con discapacidad (alimentación, vestido, higiene personal) y al de su salud (toma de medicamentos, visitas médicas, análisis clínicos), conservando ésta la facultad de actuar en su propio nombre en el tráfico jurídico, sin necesidad de que los actos que realice sean consentidos por el curador.

b) La curatela «complementadora» del ejercicio de la capacidad jurídica, comúnmente proyectada en la esfera patrimonial, la cual suele convivir con la estrictamente asistencial en el ámbito de la salud, y que exige el consentimiento del curador a los actos y contratos concluidos por la persona a la que apoya, como requisito de validez de los mismos.

Este era el rasgo que, con anterioridad a la reforma de 2021, principalmente definía a la curatela frente a la tutela, que otorgaba la representación legal del incapacitado a quien ejercía el cargo de tutor; y ello, a diferencia del curador, cuya intervención era necesaria para la validez del acto, pero no tenía carácter sustitutivo.

A mi parecer, en la actualidad, este tipo de curatela sólo debe operar cuando expresamente se prevea en la sentencia que la constituya, no bastando para afirmar su existencia que se asignen al curador facultades de supervisión o de control del patrimonio de la persona con discapacidad.

Así lo hace la sentencia comentada, que ha considerado procedente establecer una curatela, observando que su contenido se concreta en asistir a la persona apoyada para la «realización de actos

de administración y disposición complejos, para cuya validez requerirán de la autorización del curador».

Es digna de alabar la concreción con la que en esta sentencia se manifiesta el Tribunal Supremo; y es que no se puede presuponer que la mera calificación como «asistencial» de una curatela comporte la atribución al curador de la facultad de complementar el ejercicio de su capacidad jurídica, porque los términos «asistir» y «complementar» no son sinónimos.

Sin embargo, en la mayoría de ocasiones, las sentencias se limitan a calificar las curatelas no representativas, como «asistenciales», produciéndose una gran inseguridad jurídica, respecto del concreto alcance de la intervención del curador, probablemente, para no contravenir el principio, previsto en el artículo 249. II CC, de que el mismo actúe «atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias» de la persona apoyada; pero, de esta manera, se constituyen curatelas que no son una medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad (concretamente, para la protección de su patrimonio).

La SAP Madrid (Sección 22.ª) 21 de mayo de 2024 (P. José María Prieto y Fernández-Layos, P. ECLI: ES: APM:2024:8439) es un ejemplo de ello. Conoció del caso de una personada con discapacidad, que, según relata, «cobra su pensión y se gasta todo el dinero», «se administra mal», «pide créditos continuamente», «le gusta consumir, comprar por comprar», «en cuanto ve dinero, compra algo» y «debe dinero a los vecinos». Considera insuficiente una guarda de hecho, pero revoca la sentencia apelada, afirmando que, por respeto a los principios de necesidad y proporcionalidad, la curatela en la esfera patrimonial debe ser «asistencial, y no representativa», «a fin de observar las reglas de intervención mínima y mantenimiento de la autonomía que prevé la nueva ley». Sin embargo, no prevé que la validez de los actos requiriera el consentimiento del curador, razón por la cual la curatela establecida no garantiza suficientemente la protección de una persona, que, como la apoyada, realizaba gastos desmedidos.

A veces, aunque la curatela se califica como «asistencial», por los términos en los que se describe la actuación del curador, parece que, en realidad, es «complementadora».

La SAP Valencia (Sección 10.ª) 20 de octubre de 2021 (P. Carlos Esparza Olcina, ECLI: ES: APV:2021:3651), por ejemplo, constituyó una curatela calificada como «asistencial» para supervisar «los actos patrimoniales de mayor trascendencia, que son los de naturaleza económica enunciados en el artículo 287 del Código Civil», frase esta última de la que parece deducirse que se estaba

encomendando al curador una función de complemento de ejercicio de la capacidad de la persona apoyada.

c) La curatela «representativa», que, excepcionalmente, faculta al curador para actuar, sustitutivamente, en nombre de la persona sujeta a curatela.

Son evidentes las analogías de la curatela representativa con la antigua tutela, pero no se pueden identificar ambas figuras, puesto que, de un lado, el curador deberá actuar, teniendo «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» (art. 249. II CC); y, de otro, los principios de necesidad y de proporcionalidad imponen una estricta determinación de los concretos actos de representación que el curador puede llevar a cabo (art. 269. III CC).

Conforme al artículo 249. II CC, sólo «En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas».

En este punto, con evidente sentido común, el legislador español se aparta de las Observaciones Generales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 19 de mayo de 2014 (en particular, de la Primera de ellas), que se manifiesta en términos tales, de los que es posible deducir que propone la supresión de todo tipo de medidas de apoyo de carácter sustitutivo. Dice, así, que «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» (núm. 28).

Pudiera pensarse que, dado lo previsto por la Ley 8/2021, la mayoría de las nuevas curatelas habrían de ser asistenciales o complementadoras; sin embargo, en la mayoría de los casos en los que se constituye una curatela, por lo general, se hace con carácter representativo, quizás, porque sólo los casos más graves llegan a los juzgados, y los que no lo son han venido resolviéndose, en ocasiones, a través del mantenimiento de la guarda de hecho, ya ejercida por quien promueve la medida judicial de apoyo.

Existe, además, otro motivo, que es extrínseco a los problemas de inseguridad jurídica que provoca la guardia de hecho.

La supresión de la incapacitación provocó un problema en el ámbito de la Seguridad Social, desde el momento en el que la disposición adicional vigésima quinta del TRLGSS (anterior a la reforma llevada a cabo por el Real Decreto Ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones) establecía que «A los efectos de la aplicación de esta ley, se entenderá que están afectadas por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento aquellas personas que judicialmente hayan sido declaradas incapaces».

En concreto, se planteaban dos problemas: de un lado, la suerte de las personas que habían sido incapacitadas con arreglo a la legislación anterior, y que ya no lo están; y, de otro, la situación de las personas, en cuyo favor, con arreglo a la nueva legislación, se establezcan medidas de apoyo.

Al problema trató de atender la disposición adicional quinta de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, que establecía que «En el plazo de seis meses, el Gobierno elaborará un informe que elevará a la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo para adecuar la asimilación que se prevé en la disposición adicional vigésima quinta de la Ley General de la Seguridad Social de las personas afectadas por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento, con las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica establecidas en el título XI, capítulo I, del Código Civil, tras su modificación 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».

El Criterio de Gestión 10/2022, de 16 de febrero de 2022, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS, disponía que «En tanto no se lleve a término lo previsto en la disposición adicional quinta de la Ley 21/2021, no es posible la aplicación de la asimilación prevista en la disposición adicional vigésima quinta del TRLGSS a las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica establecidas en el título XI, capítulo I, del Código Civil, tras su modificación por la Ley 8/2021. Si bien, en aquellos supuestos en los que la incapacidad judicial haya sido declarada mediante sentencia con anterioridad a la entrada en vigor

de la citada Ley 8/2021, deberá continuar produciéndose la asimilación a la discapacidad en grado igual o superior al 65 % prevista en la disposición adicional vigésima quinta del TRLGSS».

El Real Decreto Ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones), en su disposición transitoria tercera, ha confirmado que «Aquellas personas que judicialmente hayan sido declaradas incapaces mediante sentencia con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, se entenderá que están afectadas por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento a efectos de la aplicación del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre».

Pero, además, el artículo único del Real Decreto Ley 2/2023, en su apartado Treinta y uno, ha dado nueva redacción a la disposición adicional vigésima quinta del TRLGSS, que queda con el siguiente tenor: «A efectos de la aplicación de esta ley, sin perjuicio de poder acreditarse el grado de discapacidad, en grado igual o superior al 65 por ciento, mediante el certificado emitido por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales o por el órgano competente de la comunidad autónoma, se entenderá que están afectadas por una discapacidad, en un grado igual o superior al 65 por ciento, aquellas personas para las que, como medida de apoyo a su capacidad jurídica y mediante resolución judicial, se haya nombrado un curador con facultades de representación plenas para todos los actos jurídicos».

Por lo tanto, se ha asimilado al antiguo tutor «el curador con facultades de representación plena para todos los actos jurídicos»; y, de ahí, el interés de los familiares de las personas con discapacidad en que se constituya una curatela representativa.

## **V. LOS PRINCIPIOS DE NECESIDAD Y DE PROPORCIONALIDAD**

La última de las cuestiones de las que trata la sentencia comentada tiene que ver con la aplicación de los principios de necesidad y de proporcionalidad, la cual da lugar a la estimación parcial del recurso de casación, sustituyendo el Tribunal Supremo la curatela

representativa constituida por la sentencia recurrida por otra meramente complementadora.

## 1. ALCANCE GENERAL DE LOS PRINCIPIOS

Conforme al artículo 249. I, *in fine*, CC, las medidas de apoyo «deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad», los cuales están estrechamente relacionados.

El principio de necesidad es el presupuesto previo de las medidas de apoyo, exigiendo que las mismas sólo sean adoptadas cuando sean indispensables para garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica y la adecuada protección de los intereses personales y patrimoniales del discapaz.

El principio de proporcionalidad exige que las medidas de apoyo, presupuesta su necesidad, se articulen con la menor injerencia posible en el ámbito de la libertad de autodeterminación de la persona apoyada, de acuerdo con la idea de intervención mínima.

La sentencia comentada observa que «la provisión judicial de apoyos mediante una curatela exige un juicio o valoración sobre la necesidad de la medida, para lo cual habrá que evaluar el impacto que la discapacidad provoca en la vida de esa persona y en qué medida precisa de un apoyo. De este modo, la adopción de la medida requiere de un juicio de capacidad de la persona afectada, también por la exigencia de la proporcionalidad de las medidas con las necesidades de la persona que las precisa, que vienen a su vez determinadas por la concreta discapacidad de la persona y sus circunstancias vitales».

El artículo 268. I CC prevé que las medidas judiciales de apoyos «serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias», lo cual, sin embargo, no puede entenderse en sentido literal, pues –como ya se ha dicho– habrá supuestos en los que el principio constitucional de dignidad del ser humano y la protección de los derechos que le son inherentes obliguen a adoptar decisiones contrarias a los deseos de la persona a quien se apoya, cuando la misma tenga gravemente afectada su capacidad de discernimiento.

No puede dejar de evidenciarse que la idea de proporcionalidad estaba ya presente en la jurisprudencia anterior a la publicación de la Ley 8/2021, en la doctrina del llamado «traje a medida», que llevó a considerar que la tutela (entonces siempre representativa)

solo debía constituirse cuando la curatela (que era meramente complementadora de la capacidad) no fuera suficiente para atender a las necesidades del incapacitado.

La STS (Sala 1.<sup>a</sup>) 18 de julio de 2018 (P. Jose Antonio Seijas Quintana, ECLI: ES: TS:2018:2805) dijo, así, que «El juicio sobre la modificación de la capacidad no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la discapacidad, lo que se plasma en su graduación. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Estamos, en definitiva, ante lo que esta sala ha calificado como traje a medida».

## 2. CONSECUENCIAS QUE DERIVAN DE LOS PRINCIPIOS MENCIONADOS EN ORDEN A LA DETERMINACIÓN DEL TIPO DE CURATELA QUE EN CADA CASO DEBA CONSTITUIRSE

Los principios de necesidad y de proporcionalidad han de tenerse en cuenta para decidir qué tipo de curatela resulta adecuada para apoyar a la persona con discapacidad.

Ante todo, hay que tener en cuenta que, al menos desde la estricta filosofía que inspira la Ley 8/2021, la constitución de una curatela con facultad de representación, sólo procede cuando, «pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona» (solo, en este caso, se considerará necesario y proporcional el establecimiento de una curatela representativa), debiendo ejercitarse la facultad de representación, teniendo «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» (art. 249. III CC).

En definitiva, la curatela será representativa, cuando, por no poder conocerse la voluntad de la persona con discapacidad, sea necesario acudir a una actuación sustitutiva.

Esto es lo que quiere decir la sentencia comentada, cuando afirma que el problema que se plantea en el caso litigioso «radica en la proporcionalidad de la medida, pues el apoyo debe respetar al máximo la autonomía de la persona, sin suplirla».

No obstante, parece claro que procederá también la constitución de una curatela con facultades de representación, cuando la

persona pueda expresar su voluntad (y, por lo tanto, conocerse), pero la misma no pueda formarse libremente, por sufrir una enfermedad que anule gravemente su facultad de discernimiento, y sea necesario acudir a ella para proteger su salud o patrimonio: no hacerlo así, invocando el llamado «derecho a equivocarse» de la persona con discapacidad es desconocer la circunstancia de que, se quiera, o no, hay enfermedades, que comprometen la aptitud natural de entender y querer de quienes las padecen, cometiendo –usando palabras del Tribunal Supremo– una «crueldad social», contraria al principio constitucional de dignidad de la persona.

Los principios de necesidad y de proporcionalidad exigen adecuar el tipo y contenido de curatela a las concretas circunstancias de la persona apoyada, pudiendo convivir distintas formas de curatela entre sí.

a) Existe la posibilidad de constituir una curatela asistencial, limitada al ámbito de la salud, que normalmente se extenderá también a la atención de las necesidades cotidianas de la persona apoyada.

Esta solución puede explicarse, porque la discapacidad no incide en la esfera patrimonial.

Es lo que sucedió en el caso resuelto por la célebre STS (Sala 1.<sup>a</sup>) 8 de septiembre de 2021 (P. Ignacio Sancho Gargallo, ECLI: ES: TS:2021:3276), que estableció, en apoyo de una persona con síndrome de Diógenes, una curatela «de carácter esencialmente asistencial consistente en que la entidad designada curadora realice, por una parte, los servicios de limpieza y orden de su casa», «estando, para cumplir esta función, autorizada a entrar en el domicilio con la periodicidad necesaria; y, por otra, asegurar la efectiva atención médico-asistencial [de la persona apoyada], en lo que respecta al trastorno que padece y lo que guarde directa relación [con ella]».

Igualmente en el caso contemplado por la STS (Sala 1.<sup>a</sup>) 24 de septiembre de 2024 (P. Ignacio Sancho Gargallo, ECLI: ES: TS:2024:4661), en relación con una persona de 61 años, que sufría un trastorno bipolar y un trastorno de la conducta relacionado con el consumo de alcohol, con escasa conciencia de su enfermedad; que había necesitado frecuentes ingresos hospitalarios; y que precisaba un control del tratamiento y alguien que supervisara su cuidado personal e higiene. Revocó la sentencia que había establecido una curatela representativa en el ámbito personal, sanitario, económico, jurídico y administrativo, concluyendo que, dada la naturaleza de la discapacidad, la curatela debía ceñirse a la supervisión del

tratamiento médico, así como al cuidado personal y doméstico, «aun en contra de la voluntad del interesado», pudiendo «extenderse a la representación cuando sea necesario para asegurar la prestación de la asistencia médico-psiquiátrica», pero no «alcanzar a las cuestiones de administración y disposición patrimonial».

Puede también suceder que la persona tenga un patrimonio tan exiguo que haga innecesario extender la curatela al ámbito económico.

La SAP Valencia (Sección 10.<sup>a</sup>) 16 de septiembre de 2021 (P. Carlos Esparza Olcina, ECLI: ES: APV:2021:3273) contempló el supuesto de una persona que padecía un trastorno mental grave del espectro de la esquizofrenia y otros trastornos psicóticos, que le producían un deterioro de las funciones psicológicas básicas (pensamiento, afectividad y capacidad ejecutiva). Revocó la sentencia de primera instancia (dictada antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021), que había incapacitado a la demandada, sujetándola a tutela. Por el contrario, la Audiencia nombró curador, meramente asistencial, al Instituto Valenciano de Atención Social y Sanitaria (IVASS), sin atribuirle facultades de representación, al ser posible determinar la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona demandada, a tenor de sus manifestaciones hechas por ella en la vista de apelación, respondiendo con claridad y precisión a las preguntas que se le realizaron. Así mismo, precisó que el objeto de esa medida de apoyo no comprendería actuaciones de carácter patrimonial, porque la persona con discapacidad no tenía bienes, y contaba con unos modestos ingresos de 380 euros al mes, que podía administrar ella misma, sin necesidad de asistencia, sino que abarcaría, exclusivamente, las cuestiones relativas al tratamiento médico y a la toma de la medicación pautada, así como a su situación social y económica. Justifica el nombramiento como curador del IVASS en la circunstancia que la persona con discapacidad carecía de allegados que pudieran ejercer con garantías esta medida de apoyo, porque no tenía familiares en España, ni mantenía contacto con los que vivían en Colombia.

b) La curatela puede ser asistencial en el ámbito de la salud y complementadora respecto de ciertos actos jurídicos de carácter económico.

La SAP Valencia (Sección 10.<sup>a</sup>) 20 de octubre de 2021 (P. Carlos Esparza Olcina, ECLI: ES: APV:2021:3651) revocó la sentencia (dictada antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021), que había incapacitado parcialmente a una persona con un cuadro afectivo,

vinculado a un trastorno depresivo mayor recurrente y a otro, de ansiedad generalizada grave, de evolución crónica y prolongado en el tiempo, que podía presentar descompensaciones agudas recurrentes, imprevisibles temporalmente. Constata que sus «capacidades de autogobierno requieren de ligera supervisión de terceras personas, siendo autónomo para la mayoría de las actividades». Por ello, la Audiencia consideró procedente establecer en favor de la persona con discapacidad una curatela (encomendada al IVASS), pero, con carácter meramente asistencial, excluyendo que, en este caso, pudiera tener carácter representativo, pues era «posible determinar la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona demandada, a tenor de sus manifestaciones hechas en la vista de apelación», y, además, era «la medida más adecuada y proporcionada» para «procurar la adecuada toma de medicación y el seguimiento del tratamiento médico prescrito» y para supervisar «los actos patrimoniales de mayor trascendencia, que son los de naturaleza económica enunciados en el artículo 287 del Código Civil», por lo que, en realidad, parece establecer una curatela complementadora.

Merecen una especial consideración aquellas enfermedades que se manifiestan en un comportamiento querulante, en cuyo caso lo procedente es establecer una curatela asistencial en el ámbito de la salud y complementadora en el relativo al ejercicio de acciones, supeditando la posibilidad de iniciar procedimientos judiciales al consentimiento del curador.

La STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 12 de junio de 2024 (P. Ignacio Sancho Gargallo, ECLI: ES: TS:2024:3430) contempló el supuesto de una persona de sesenta años, que vivía sola, padecía «un trastorno psicótico, con síntomas propios de un trastorno de afectividad»; y tenía «ideas delirantes paranoicas», que guardaban «relación con la herencia de sus padres, cuya honra y patrimonio quiere restituir», habiendo «presentado más de ochenta denuncias». Sin embargo, mantenía «autonomía para comer, lavarse, vestirse, cocinar...», sin presentar limitaciones físicas para llevar a cabo correctamente las actividades básicas de la vida diaria, si bien, al no tener conciencia de su enfermedad» precisaba «de supervisión en el ámbito de la salud» a fin de que pudiera ser tratada de los trastornos que padecía.

La sentencia de primera instancia (dictada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2021), había declarado «la incapacitación total» de la recurrente «para todos los actos de su vida, tanto en el ámbito personal, como patrimonial», nombrando tutora a una entidad pública. La sentencia de segunda instancia (ya pronunciada bajo la vigencia de la nueva Ley) dejó sin efecto la

declaración de incapacitación y sustituyó la tutela por una curatela representativa «con la misma extensión prevista en la sentencia de primera instancia».

El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación. Afirma que «la provisión judicial de apoyos mediante una curatela exige un juicio o valoración sobre la necesidad de la medida, para lo cual habrá que evaluar el impacto que la discapacidad provoca en la vida de esa persona y en qué medida precisa de un apoyo», y, ponderada dicha circunstancia, concluye que «no tiene sentido constituir una curatela que afecte a todos los actos de la vida de esta persona, tanto en el ámbito personal, como patrimonial», considerando que la «medida de apoyo acordada, por su contenido, no es proporcional con las necesidades provocadas por los trastornos psíquicos que sufre». Por ello, se limita a establecer una curatela estrictamente «asistencial» en el ámbito de la salud, con posibilidad de «extenderse a la representación cuando sea necesario para asegurar la prestación de la asistencia médicopsiquiátrica»; y complementadora, en el estricto campo del «ejercicio de la facultad de denunciar y de emprender acciones judiciales», para cuya presentación precisará la recurrente «la autorización del curador».

La SAP Valladolid (Sección 1.ª) 7 de diciembre de 2021 (P. Francisco Salinero Román, ECLI: ES: APVA:2021:1821) constituyó una curatela representativa respecto de persona que presentaba «un trastorno delirante de tipo persecutorio de una larga evolución sin conciencia de enfermedad ni tratamiento de carácter persistente», que proyectaba, como monotea, sobre políticos y profesionales del sistema judicial, contra los que presenta denuncias, «fruto de sus ideas persecutorias». Fijó como objeto de la curatela el ámbito de la salud, «pues el apelante se niega a la ingesta de la medicación prescrita que podría aliviar su idea delirante», así como a los «ámbitos administrativo y judicial respecto a la presentación de escritos, reclamaciones, quejas, denuncias, querellas o cualesquiera otros escritos de naturaleza similar por su estrecha vinculación con sus ideas delirantes». Excluyó, en cambio, la adopción de medidas de apoyo respecto del ámbito patrimonial, por no existir «prueba concluyente de que su situación de discapacidad influya o pueda hacerlo sobre su independencia económica», constando que «desde siempre se ha ocupado personalmente de sus cuestiones patrimoniales sin que exista una prueba de que su trastorno delirante de tipo persecutorio pueda afectar a la gestión de tales cuestiones» y tampoco «consta que disponga de un especial patrimonio que pueda estar en situación de riesgo pues vive en alquiler y carece de ingresos por falta de ocupación laboral».

c) Aún llegado al punto en que sea necesario constituir una curatela con facultades de representación, no es necesario que lo sea en todo caso, pudiendo tener carácter mixto. Es decir, asistencial, en el ámbito de la salud; y representativa, en el de los actos complejos de carácter económico.

La SAP Madrid (Sección 24.<sup>a</sup>) 20 de diciembre de 2021 (P. Emelina Santana Páez, ECLI: ES: APM:2021:14902) constituyó una curatela mixta en apoyo de una persona «con discapacidad intelectual ligera y disfunción motórica secundaria a hipoxia cerebral que cursa con carácter crónico, permanente e irreversible, por lo que necesita apoyos salvo para la realización de las actividades básicas de la vida diaria, si bien en algunas se requiere supervisión». La curatela representativa fue encomendada a la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos (AMTA) respecto de la realización de actos significativos de carácter patrimonial y del control del seguimiento médico de tratamientos no banales. La curatela meramente asistencial fue asignada al padre para «la supervisión de las tareas de autocuidado y del cuidado diario y responsable en la convivencia y actividades diarias» de la hija, «al considerarse beneficiario que resida con él y su familia»; para «consentir tratamientos médicos leves, o pruebas diagnósticas relacionadas con los mismos incluida la vacunación, seguimiento de pautas alimenticias saludables y suministro y control de la medicación pautaada»; y «para la gestión responsable de la cantidad que AMTA le entregue para atender los gastos y necesidades» de la hija.

La SAP Valencia (Sección 10.<sup>a</sup>) 9 de febrero de 2023 (P. María del Pilar Manzana Laguarda, ECLI: ES: APV:2023:15) llegó a la misma solución respecto de un anciano de 93 años, viudo, que no sabía leer, ni escribir, que padecía una sordera severa y que apenas podía ver. Nombró curadora a la hija con la que convivía, otorgándole facultad de representación, exclusivamente, «para todos aquellos actos de carácter económico o administrativo de carácter complejo, para todos los actos de administración y disposición de sus bienes, y para la toma de decisiones de carácter económico complejas y de los actos de administración de sus ingresos» (respecto a los actos de la esfera personal, especialmente, los relativos al ámbito de la salud, la curatela tenía un estricto carácter asistencial).

d) Se ha admitido, en fin, que es posible constituir curatelas no permanentes, sino circunscritas a los lapsos de tiempo en los que una persona que sufre una enfermedad ciclotímica necesite apoyo.

El AAP Valencia (Sección 10.<sup>a</sup>) 23 de mayo de 2024 (P. José Luis Conde-Pumpido García, ECLI: ES: APV:2024:718A) revocó el auto recurrido, que había establecido una curatela con facultades de representación en el ámbito económico, jurídico y administrativo, con facultades de supervisión en el ámbito de las habilidades de la vida independiente y en el de la salud. Del informe médico forense resultaba que la persona apoyada padecía un trastorno bipolar y que alternaba periodos maníacos con periodos depresivos y periodos interfásicos sin sintomatología. En el pasado, había tenido brotes de su enfermedad, como consecuencia de los cuales había precisado ingresos hospitalarios, pero, en la actualidad presentaba «una gran estabilidad clínica en los periodos intercríticos, con buena conciencia de su enfermedad», lo que le permitía «mantener un estilo de vida funcional e integrado en su entorno, contando además con una situación económica y social estable, y habilidades económico-financieras», por lo que podía «vivir de forma autónoma e independiente». Por ello, se deja sin efecto la curatela fijada en primera instancia, que era de carácter permanente, y, en su lugar, se establece «una curatela representativa para tomar decisiones para realizar actos de carácter económico, jurídico o administrativo de carácter complejo únicamente para el caso de que requiriera un internamiento en centro hospitalario por crisis aguda de su enfermedad mental, y durante el tiempo que dure dicho internamiento».

### 3. LA CURATELA EN LOS CASOS DE PRODIGALIDAD

He dicho que desde el punto de vista de la estricta regulación legal las medidas judiciales de apoyo, la curatela tiene un claro carácter subsidiario, por lo que sólo procederá constituirla, cuando no exista una guarda de hecho que se ejerza adecuadamente (art. 263 CC) y, siempre –claro está– que no se hayan previsto medidas de apoyo, de naturaleza voluntaria, pues las «de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona» con discapacidad (249. I CC).

Ya hemos visto como el carácter subsidiario de la curatela ha sido relativizado por la jurisprudencia, que admite la constitución de la misma, cuando los familiares de la persona apoyada, que ejercen la guarda de hecho, argumentan encontrarse con dificultades para poder operar en el tráfico jurídico en nombre de aquélla.

En cualquier caso, hay supuestos en que claramente procede la constitución de una curatela, bien, porque el guardador de hecho

no ejerce adecuadamente la medida de apoyo (o no puede seguir ejerciéndola), bien porque la naturaleza de la discapacidad hace que la guarda de hecho objetivamente no sea una medida de apoyo suficiente: esto último es lo que, a mi parecer, sucede en el caso de la prodigalidad.

### **3.1 La insuficiencia objetiva de la guarda de hecho para apoyar a la persona con tendencia desmesurada al gasto**

La guarda de hecho no es adecuada en situaciones de una desmesurada tendencia al gasto, en cuyo caso es conveniente que la eficacia jurídica de los contratos realizados por la persona con discapacidad se subordine al consentimiento de un curador para evitar que pueda dilapidar su patrimonio.

Hay que recordar que la Ley 8/2021 ha eliminado la figura de la prodigalidad como figura autónoma que protegía el derecho de alimentos de los parientes, mediante la sujeción al pródigo a curatela; y ello, sin perjuicio de que, conforme a la disposición transitoria segunda, IV de la misma, «Las medidas derivadas de las declaraciones de prodigalidad adoptadas de acuerdo con la legislación anterior continuarán vigentes hasta que se produzca la revisión prevista en la disposición transitoria quinta. Hasta ese momento, los curadores de los declarados pródigos continuarán ejerciendo sus cargos de conformidad con la legislación anterior».

En el Preámbulo de la Ley se explica que la supresión de «la prodigalidad como institución autónoma» se debe a «que los supuestos contemplados por ella encuentran encaje en las normas sobre medidas de apoyo aprobadas con la reforma».

No obstante, la explicación es más profunda, porque, si bien sigue siendo posible sujetar a curatela al pródigo, ha cambiado el interés que con ella se trata de proteger, que no es ya el de los parientes que, por hallarse en situación de necesidad, pueden exigir alimentos del pródigo, sino el interés de este último a no quedar en la indigencia, por realizar gastos absolutamente desproporcionados, impulsado por una enfermedad, cuyos efectos no puede controlar (por ejemplo, un trastorno bipolar).

En el caso de la prodigalidad, son necesarias medidas judiciales de apoyo, porque una de las desventajas de la guarda de hecho, en relación con la curatela que incluye la facultad de complemento del ejercicio de la capacidad jurídica, es la circunstancia de que, en el caso de existencia de guarda de hecho, los contratos celebrados por la persona con discapacidad (en este caso, el pródigo), no pueden

ser anulados por la falta de intervención del guardador, como, en cambio, sucede con los concluidos sin la asistencia del curador, cuando la misma fuera precisa (art. 1302.3 CC), debiendo, en su caso, acudirse a la acción de nulidad por falta de consentimiento, si se carece de la capacidad natural de entender y de querer las consecuencias del concreto acto celebrado, o a la de anulación del contrato por dolo, cuyo éxito suscita más dificultades de prueba que la mera circunstancia objetiva, fácilmente constatable, de la falta de intervención del curador.

Sin embargo, esta ventaja de la curatela se circunscribe, según la dicción del vigente artículo 1302.3 CC, al supuesto en que sea la propia persona con discapacidad quien demande la anulación del contrato, pues, si es el curador quien lo hace, para que pueda reconocérsele legitimación, no bastará con constatar su no intervención, sino que será preciso probar que el otro contratante era «conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta».

En el caso enjuiciado se considera justificada la constitución de la curatela en el ámbito de la realización de actos de administración y de disposición patrimonial de carácter complejo en todas las instancias.

La sentencia comentada constata «el riesgo de que algunas personas abusen» del hijo, «y que, en poco tiempo, por no estar en condiciones de administrar con la mínima prudencia el patrimonio heredado (70.000 euros), se quede en la indigencia. Son las circunstancias concretas acaecidas con el fallecimiento de su padre y lo percibido en herencia las que han puesto de manifiesto esa necesidad de una ayuda en la administración y disposición patrimonial. Los ejemplos de compras absurdas (una furgoneta de 20.000 euros, que finalmente no se consumió), de abusos o engaños sufridos en la contratación (en la reforma de la vivienda le duplicaron facturas de aparatos sanitarios y fue tan mal realizada que hubo que volver a hacerla), el exceso de liberalidades (entrega de 800 euros a una persona para evitar que ingrese en prisión y el alojamiento gratuito de personas en su casa, sin que compartan gastos) muestran la necesidad de un apoyo que evite el riesgo de que otras personas abusen de él y en poco tiempo acabe en la indigencia».

En lo que no concuerdan las sentencias recaídas a lo largo del proceso es en el tipo de curatela que debía constituirse en apoyo de la persona pródiga.

### **3.2. El tipo de curatela adecuada al supuesto de hecho**

Las sentencias de instancia constituyeron una curatela con facultad de representación en la esfera patrimonial, lo que no era una solución novedosa, ya que existen fallos que se orientan en el mismo sentido.

La SJPI (núm. 9.º) Castellón de la Plana 4 de octubre de 2021 (P. María Dolores Belles Centelles, ECLI: ES: JPI:2021:1531) contempló el supuesto de una persona soltera de 35 años, que convivía con sus padres, guardadores de hecho, la cual padecía un trastorno esquizoafectivo con patrón bipolar, lo que le provocaba fases en que presentaba vivencias expansivas con dimensión delirante de tipo megalómano. Durante dichas fases era vulnerable a influencias externas, habiendo sido instrumentalizada económicamente por terceras personas, que la habían inducido a adquirir bienes que luego tuvo que malvender, así como por oportunistas, habiendo podido salir de situaciones comprometidas por la protección de la familia con la que vivía. Por ello, consideró precisa la existencia de un apoyo judicial, para evitar que la persona con discapacidad tomara decisiones e hiciera planes desajustados que pusieran en riesgo su vida y sus bienes, dado que no era consciente de la descompensación que presentaba, mostrando aquella su conformidad con el establecimiento de las medidas de apoyo y aceptando que las asumiera cualquiera de sus progenitores, aunque mostrando su preferencia por el padre. En consecuencia, nombró al padre como curador con facultades de representación: en el ámbito personal, en orden a consentir tratamientos médicos y su internamiento cuando se descompensara de su enfermedad y hasta su estabilización; y, en el ámbito económico, respecto de los actos de administración y disposición económica y celebración de contratos, debiendo solicitar autorización judicial en los supuestos contemplados en el artículo 287 CC, no siendo necesario nombrar un curador para el resto de apoyos que precisaba, dado que los efectuaban sus padres, como guardadores de hecho, sin problema alguno.

La SAP Málaga (Sección 6.ª) 13 de julio de 2022 (P. José Javier Díez Núñez, ECLI: ES: APMA:2022:4042), confirmando la sentencia recurrida, ha considerado procedente constituir una curatela con facultades de representación en contra de la voluntad de una persona, que padecía una enfermedad psíquica, que le originaba una acusada tendencia a la prodigalidad. Afirma que «no puede elevarse a obstáculo insalvable en la toma de este tipo de decisiones la negativa del afectado a la adopción de medidas de apoyo, siendo posible proveerse un apoyo judicial en contra de la voluntad

manifestada del interesado», «dado que de no adoptarse existe un riesgo grave y probable» de que aquél realizara «actos de dilapidación de su patrimonio», lo que le colocaría «en una situación de grave riesgo». En el informe forense se puso de manifiesta que la enfermedad «le puede producir trastornos de estabilidad, con riesgo de comportamientos de prodigalidad, dado que estas personas son influenciables y pueden entregarse a quienes les ayudan, siendo imprescindible un determinado control ante el riesgo de gastos desmesurados»; y se da «un alto grado de credibilidad» al testimonio de la persona con discapacidad, quien se había referido a «los actos de dispendio realizados por su hermano antes de que se adoptasen las medidas de apoyo y control de gasto, poniendo de manifiesto un riesgo evidente de que determinadas personas que rodean a su hermano puedan aprovecharse de su enfermedad y de su propensión al dispendio si no tiene control sobre sus bienes». La curatela se restringió, exclusivamente, al ámbito puramente patrimonial («realización de actos de carácter económico administrativo complejo y la toma de decisiones al respecto»), nombrándose curadora a una entidad pública. Se constató que la «enfermedad psíquica de carácter persistente» no impedía al afectado «realizar con plena autonomía sus actividades diarias, relativas a su vida independiente (autocuidado y actividades cotidianas), además del seguimiento de sus pautas alimenticias, así como la administración de medicación pauta y consiguientemente para tratamiento médico e intervenciones quirúrgicas e igualmente puede manejar dinero de bolsillo».

La SAP La Coruña (Sección 5.<sup>a</sup>) 2 de mayo de 2023 (P. María del Carmen Martelo Pérez, ECLI: ES: APC:2023:1075) revocó la sentencia recurrida, que había denegado la constitución de una curatela, con el argumento de que la persona con discapacidad estaba ya apoyada de manera suficiente y adecuada por la hermana, guardadora de hecho, que es la que pretendía ser nombrada curadora. Según el informe médico diagnosticada, la persona con discapacidad, sufría «una esquizofrenia paranoide, enfermedad que cursa con brotes, con ideaciones delirantes y juicio de la realidad alterado» y que «para evitar estos episodios es imprescindible seguir el tratamiento continuamente», lo cual no acontecía en el caso juzgado en el que, en diversas ocasiones, se había abandonado el tratamiento, lo que había provocado diversos brotes; y, en trámites de aclaraciones, se evidenció que la enferma no conocía los precios de las cosas, no daba los datos económicos, «decía que no sabía, por lo que sería muy influenciable para que alguien la pudiera engañar». La promotora del procedimiento había declarado que su hermana «ha sido estafada, que la estafa llegó a unos 60.000 euros,

que su hermana ha realizado compras compulsivas, que ahora pasa todo el día en la residencia por el miedo que tiene a salir, miedo que se vincula a aquellos hechos». La Audiencia nombró curadora a la hermana con facultades de representación, «para lo relativo a las actividades de carácter médico y que afecten al ámbito de salud, concediéndole facultades de representación salud (consentimiento del tratamiento médico, suministro medicación pautada, consentimiento de intervenciones quirúrgicas, seguimiento pautas alimenticias, toma medicación) y para aquellas actividades de carácter económico-jurídico-administrativas y contractuales (seguimiento de sus cuentas, ingresos, gastos, para administrar sus ingresos, para gestionar sus gastos ordinarios, para realizar actos de carácter económico o administrativo complejos como prestamos, enajenaciones, donaciones), sin perjuicio de que, en las cuestiones cotidianas, se respeten sus gustos y preferencias».

Frente a este solución, considero mejor fundada la seguida por la sentencia comentada, que, revocando parcialmente la recurrida, consideró procedente constituir una curatela de carácter meramente complementador.

Dice, así, que «El problema en este caso radica en la proporcionalidad de la medida, pues el apoyo debe respetar al máximo la autonomía de la persona, sin suplirla. Bastaría un auxilio y complemento para consumir esos actos de administración y disposición patrimonial complejos, pero sin necesidad de sustituir al interesado. Razón por la cual, no era necesario una curatela representativa. Bastaba una curatela cuyo contenido se ajustara a prestar un auxilio [a la persona apoyada] para los referidos actos de administración y disposición complejos, lo que se traduce en que para su validez requerirán de la autorización del curador. Esto es, no se sustituye la voluntad de [la persona apoyada], pero sí se la somete a un complemento, como medida que por una parte le asista en la administración patrimonial y la contratación compleja y, por otra, evite los abusos de terceros».

A mi parecer, constituir curatelas representativas en casos como el enjuiciado es contrario al principio de proporcionalidad, pues, con ello, se llega a una solución más rigurosa que la prevista en la legislación anterior a la reforma de 2021, en el que el pródigo quedaba sujeto a una curatela, que entonces era meramente complementadora, pues, cuando era necesario realizar actuaciones representativas en nombre del incapacitado, se le nombraba un tutor.

Además, la curatela complementadora debe ceñirse al ámbito estrictamente patrimonial, sin que perjuicio de que pueda ser acompañada de una curatela asistencial en el ámbito de la salud.

La SAP Madrid (Sección 22.ª) 25 de octubre de 2021 (P. José María Prieto y Fernández-Layos, ECLI: ES: APM:2021:12716) sujetó a curatela a una persona que padecía un trastorno psicótico no especificado y rasgos paranoides de personalidad, la cual no tenía «conciencia de enfermedad», por lo que no seguía el tratamiento psicofarmacológico pautado, y, «al no tener conocimiento cierto de la realidad tampoco lo tiene sobre su economía»: en el informe forense de primera instancia se dice que «gastó 20.000 euros en el día a día» y que «puede gastar en un día la mayor parte de la pensión confiando en las ayudas que recibe de su familia». Revocó la sentencia de incapacitación (dictada con arreglo al régimen legal anterior) y estableció una curatela de carácter asistencial, nombrando como curador al hijo que en primera instancia había sido designado como tutor. Previó la asistencia del curador en el ámbito de la salud de la madre, «en concreto, la asistencia a consultas médicas, el seguimiento del tratamiento farmacológico pautado y cualquier otro que guarde directa relación con ello»; así como en el «ámbito de la administración y disposición de sus bienes, exceptuando el dinero de bolsillo» (parece que con facultad de complemento de ejercicio de capacidad).

## **JURISPRUDENCIA**

### **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

- STC 30/2023, de 20 de abril (ECLI: ES: TC:2023:30).

### **TRIBUNAL SUPREMO**

- STS (Sala 1.ª) 18 de julio de 2018 (P. Jose Antonio Seijas Quintana, ECLI: ES: TS:2018:2805).
- STS (Sala 1.ª) 6 de mayo de 2021 (P. José Luis Seoane Spiegelberg, ECLI: ES: TS:2021:1894).
- STS (Sala 1.ª) 8 de septiembre de 2021 (P. Ignacio Sancho Gargallo, ECLI: ES: TS:2021:3276).
- STS (Sala 1.ª) 23 de diciembre de 2021 (P. José Luis Seoane Spiegelberg, ECLI: ES: TS:2021:4879).
- STS (Sala 1.ª) 20 de octubre de 2023 (P. María Ángeles Parra Lucán, ECLI: ES: TS:2023:4129).

- STS (Sala 1.<sup>a</sup>) 20 de octubre de 2023 (P. Ignacio Sancho Gargallo, ECLI: ES: TS:2023:4212).
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 12 de junio de 2024 (P. Ignacio Sancho Gargallo, ECLI: ES: TS:2024:3430)
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>) 18 de junio de 2024 (P. Ignacio Sancho Gargallo, ECLI: ES: TS:2024:3527).
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>) 24 de septiembre de 2024 (P. Ignacio Sancho Gargallo, ECLI: ES: TS:2024:4661).

## AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP Valencia (Sección 10.<sup>a</sup>) 16 de septiembre de 2021 (P. María Antonia Gaitón Redondo, ECLI: ES: APV:2021:3274).
- SAP Badajoz (Sección 3.<sup>a</sup>) 8 de octubre de 2021 (P. Jesús Souto Herberos, ECLI: ES: APBA:2021:1318).
- SAP Valencia (Sección 10.<sup>a</sup>) 16 de septiembre de 2021 (P. Carlos Esparza Olcina, ECLI: ES: APV:2021:3273).
- SAP Valencia (Sección 10.<sup>a</sup>) 20 de octubre de 2021 (Carlos Esparza Olcina, ECLI: ES: APV:2021:3651).
- SAP Madrid (Sección 22.<sup>a</sup>) 25 de octubre de 2021 (P. José María Prieto y Fernández-Layos, ECLI: ES: APM:2021:12716).
- SAP Santander (Sección 2.<sup>a</sup>) 29 de octubre de 2021 (P. Milagros Martínez Rionda, ECLI: ES: APS:2021:1237).
- SAP Valladolid (Sección 1.<sup>a</sup>) 2 de noviembre de 2021 (José Ramón Alonso-Mañero Pardal, ECLI: ES: APVA:2021:1565).
- SAP La Coruña (Sección 3.<sup>a</sup>) 11 de noviembre de 2021 (P. María-Josefa Ruiz Tovar, ECLI: ES: APC:2021:2586).
- SAP Ciudad Real (Sección 2.<sup>a</sup>) 29 de noviembre de 2021 (P. José María Tapia Chinchón, ECLI: ES: APCR:2021:1470).
- SAP Valladolid (Sección 1.<sup>a</sup>) 7 de diciembre de 2021 (P. Francisco Salinero Román, ECLI: ES: APVA:2021:1821).
- SAP Madrid (Sección 24.<sup>a</sup>) 20 de diciembre de 2021 (P. Emelina Santana Páez, ECLI: ES: APM:2021:14902).
- SAP Asturias (Sección 5.<sup>a</sup>) 22 de diciembre de 2021 (P. Jose Luis Casero Alonso, ECLI: ES: APO:2021:4036).
- SAP Palma de Mallorca (Sección 4.<sup>a</sup>) 17 enero de 2022 (P. Gabriel Agustín Oliver Koppen, ECLI: ES: APIB:2022:8).
- SAP Castellón (Sección 4.<sup>a</sup>) 20 de junio de 2022 (P. José Luis Conde-Pumpido García, ECLI: ES: APCS:2022:1551).
- SAP Málaga (Sección 6.<sup>a</sup>) 13 de julio de 2022 (P. José Javier Díez Núñez, ECLI: ES: APMA:2022:4042).

- SAP Alicante (Sección 6.<sup>a</sup>) 20 de octubre de 2022 (P. María Dolores López Garre, ECLI: ES: APA:2022:2955).
- SAP Valencia (Sección 10.<sup>a</sup>) 9 de febrero de 2023 (P. María del Pilar Manzana Laguarda, ECLI: ES: APV:2023:15).
- SAP La Coruña (Sección 5.<sup>a</sup>) 2 de mayo de 2023 (P. María del Carmen Martelo Pérez, ECLI: ES: APC:2023:1075).
- SAP Madrid (Sección 22.<sup>a</sup>) 27 de octubre de 2023 (P. María Carmen Royo Jiménez, ECLI: ES: APM:2023:16771).
- SAP Madrid (Sección 22.<sup>a</sup>) 27 de octubre de 2023 (P. María Carmen Royo Jiménez, ECLI: ES: APM:2023:16771).
- SAP Vizcaya (Sección 4.<sup>a</sup>) 18 de diciembre de 2023 (P. María de los Reyes Castresana García, ECLI: ES: APBI:2023:1129).
- SAP Madrid (Sección 22.<sup>a</sup>) 21 de mayo de 2024 (P. José María Prieto y Fernández-Layos, P. ECLI: ES: APM:2024:8439).
- AAP Valencia (Sección 10.<sup>a</sup>) 23 de mayo de 2024 (P. José Luis Conde-Pumpido García, ECLI: ES: APV:2024:718A).
- SAP Madrid (Sección 22.<sup>a</sup>) 4 de junio de 2024 (P. José María Prieto y Fernández-Layos, ECLI: ES: APM:2024:8450).
- SAP Asturias (Sección 6.<sup>a</sup>) 25 de junio de 2024 (P. Jaime Rianza García, ECLI: ES: APO:2024:2453).

## JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

- SJPI (núm. 9.<sup>o</sup>) Castellón de la Plana 4 de octubre de 2021 (P. María Dolores Belles Centelles, ECLI: ES: JPI:2021:1531).

# Disposiciones a *non domino*, fe pública registral y tracto sucesivo (a propósito de la STS 2171/2024, de 8 de mayo de 2024)

**ÁNGEL JUÁREZ TORREJÓN\***  
Profesor titular de Derecho civil  
Universidad Carlos III de Madrid

*A mi mujer, María José, por su ayuda y apoyo incondicional cuando más lo he necesitado. Qué fortuna para mí, aquel día de la Virgen de la Almudena...*

## RESUMEN

*La STS 2171/2024, de 8 de mayo de 2024, trata un tema clásico del Derecho patrimonial, como es el de las transmisiones a non domino, y más en concreto, la constitución de un derecho real parcialmente a non domino. El interés del análisis de esta sentencia se encuentra, tanto en el estudio crítico de las conclusiones (acertadas) a las que llega, como en el estudio de las que sugiere pero que, por razones de congruencia, no puede tratar.*

*Esta reciente sentencia del Tribunal Supremo, invita a reflexionar sobre el fenómeno patológico en el tráfico consistente en la disposición a non domino, y la respuesta que el mismo merece desde los bloques normativos del derecho de contratos, del derecho de obligaciones y de los derechos reales. Asimismo, se aborda el alcance del requisito, exigido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, consistente en adquirir «de persona que en el Registro aparezca con facultades para disponer».*

## PALABRAS CLAVE

Fe pública registral. Evicción. Justo título. Usucapión. Tracto sucesivo. Comunidad de bienes.

---

\* JUÁREZ TORREJÓN, Á., Universidad Carlos III de Madrid, ROR: <https://ror.org/03ths8210>, Departamento de Derecho Privado, calle Madrid, 126, 28903 Getafe (Madrid), España. ORCID ID: <https://www.orcid.org/0000-0002-0314-2755>

## *Non domino* transfers, public faith of the registry and successive record (regarding STS 2171/2024, of 8 may 2024)

### ABSTRACT

*STS 2171/2024, of 8 May 2024, deals with a classic issue of property law, such as a non domino transfers, and more specifically, the constitution of a right in rem partially a non domino. The interest of the analysis of this judgment is found, both in the critical study of the (correct) conclusions it reaches, and in the study of those it suggests but which, for reasons of consistency, it cannot deal with.*

*This recent ruling of the Spanish Supreme Court invites us to reflect on the pathological phenomenon in traffic consisting of the provision a non domino, and the response that it deserves from the normative blocks of contract law, the law of obligations and real rights. It also addresses the scope of the requirement, named by Article 34 LH, consisting of acquiring «from a person who appears in the Registry with powers to dispose».*

### KEYWORDS

*Fe pública registral. Eviction. Just title. Usucapio. Successive record in the Registry. Community of goods.*

**SUMARIO:** I. *Justificación del presente trabajo.*—II. *Los hechos origen del conflicto resuelto en la STS 2171/2024, de 8 de mayo de 2024.*—III. *La solución dada al recurso de casación por la sentencia objeto de este estudio.*—IV. *La respuesta del Ordenamiento Jurídico a las disposiciones total o parcialmente, a non domino. Planteamiento general.* 1. *La respuesta desde el derecho de contratos.* 1.1 *La consideración general a la venta de cosa ajena.* 1.2. *La consideración particular al caso de disposición parcialmente ajena: disposición por un comunero de la totalidad.* 1.3 *Análisis crítico de la solución dada al conflicto origen de la STS 2171/2024, desde el bloque normativo del derecho de contratos.* 2. *La respuesta desde el derecho de obligaciones.* 2.1 *Ideas previas.* 2.2 *La obligación de transmisión de la propiedad como obligación contractual. Fundamento normativo.* 2.3 *La afirmación de la obligación de transmisión de la propiedad como posible vía de entrada al juego del error vicio anulatorio.* 2.4 *El alcance de la afirmada obligación de transmitir la propiedad: una obligación de medios.* 2.5 *La obligación de transmitir la propiedad como obligación de medios, y disposición por un comunero de la totalidad del dominio.* 3. *La respuesta desde las reglas del derecho de bienes.* 3.1 *La regla de partida: nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet, y la protección del verus dominus. El caso particular de la disposición parcialmente a non domino, y su posible eficacia parcial.* 3.1.1 *La regla de partida:*

*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet*, y la protección del *verus dominus*. 3.1.2 El caso particular de la disposición *parcialmente a non domino*, y su posible eficacia *parcial*. 3.2 Las adquisiciones *a non domino* como excepciones a la protección del *verus dominus*. El origen y fundamento de la fe pública registral en la España del siglo XIX. 3.3 El pretendido juego de los efectos de la fe pública registral en el caso analizado en la sentencia objeto de este comentario. Fe pública y tracto sucesivo. 3.3.1 Fe pública registral y tracto sucesivo: el requisito de la previa inscripción en ambos principios. 3.3.2 Análisis crítico de las tesis sostenidas por la Audiencia Provincial y por el Tribunal Supremo. 3.3.3 Breve referencia a la posible «buena fe» del banco, pretendido tercero hipotecario. 3.3.4 Una última cuestión: la posible eficacia jurídico real parcial de la hipoteca.—V. *Conclusiones.—Jurisprudencia.—Bibliografía*.

## I. JUSTIFICACIÓN DEL PRESENTE TRABAJO

El 8 de mayo de 2024, la Sala Primera del Tribunal Supremo dictó la Sentencia 2171/2024, de la que fue ponente la Excm.a Sra. D.<sup>a</sup> María de los Ángeles Parra Lucán. Esta sentencia, que es la causa del presente estudio, nos ha interesado porque, aunque aborda un tema clásico como es el de la constitución de derechos reales *a non domino*, sin embargo vuelve a poner de manifiesto las dificultades de comprensión de este fenómeno patológico del tráfico jurídico, invita a reflexionar sobre la respuesta que la constitución de derechos reales *a non domino* merece desde el Derecho Civil y más en general, la respuesta que el Derecho Civil ofrece a los intentos de disposición total o parcialmente *a non domino*.

## II. LOS HECHOS ORIGEN DEL CONFLICTO RESUELTO EN LA STS 2171/2024, DE 8 DE MAYO DE 2024

Un matrimonio, casado bajo el régimen económico de sociedad de gananciales, tuvo cuatro hijos (Florencio, Marta, Melisa y Milagros). Fallecido el marido y padre de los cuatro hijos —parece que sin haber otorgado testamento—, se abre su sucesión. Con el fin de facilitar las operaciones liquidatorias de la sociedad de gananciales y las posteriores particionales de la herencia dejada por el progenitor fallecido, tanto la viuda (Paloma) como tres de los hijos (Marta, Melisa y Milagros) otorgaron poder especial en favor del otro de

los hijos (Florencio) para que éste pudiera realizar las operaciones liquidatorias del régimen económico y llevar a cabo las operaciones particionales de la herencia, autorizándole a proceder a la «adjudicación de todos o alguno de los bienes a uno a cambio de abonar a otros el exceso en dinero, permitiendo incluso la autocontratación».

Liquidado el régimen económico, el hermano apoderado (Florencio) realiza la partición hereditaria por iguales partes entre los cuatro hermanos, y adjudica a su madre (Paloma, viuda del causante) el usufructo sobre un tercio de la herencia. Unos días después, y en uso del poder que había recibido, el mismo Florencio otorgó escritura de extinción del condominio respecto de una de las fincas adjudicadas por iguales partes entre los hermanos, adjudicándose la total y única propiedad de dicha finca con la obligación de compensar en dinero a los demás, para lo cual concertó, *ese mismo día y ante el mismo Notario con sólo unos minutos de diferencia con respecto a la anterior escritura de extinción del condominio y adjudicación*, un préstamo con garantía hipotecaria con una entidad bancaria (entonces Banco Castilla La Mancha –en la actualidad, Unicaja Banco–). Tanto la escritura de extinción del condominio y adjudicación de la propiedad en favor de Florencio, como la escritura del otorgamiento del préstamo con garantía hipotecaria, se presentan telemáticamente ese mismo día en el Registro de la Propiedad, causando cada una de las escrituras el correspondiente asiento de presentación con apenas dos minutos de diferencia el uno del otro.

Tanto la viuda (Paloma) como las tres hermanas (Marta, Melisa y Milagros) demandaron a su, respectivamente, hijo y hermano (Florencio), así como a la entidad prestamista (Banco Castilla La Mancha), solicitando, primero, la declaración de nulidad de la adjudicación del inmueble realizada por Florencio; y segundo, y por repercusión, la nulidad del gravamen hipotecario.

En primera instancia, el Juzgado que conoció del caso desestimó todas las pretensiones de las demandantes. Éstas recurrieron en apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid, la cual estimó parcialmente el recurso de apelación: estimó la declaración de nulidad de la extinción del condominio y adjudicación de la propiedad a Florencio, «ordenando la cancelación de la inscripción registral correspondiente y la restitución de las indemnizaciones en su caso percibidas»; pero confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto a la pretensión de nulidad de la hipoteca frente a Banco Castilla La Mancha, por entender que ésta estaba protegida por los efectos de la fe pública registral *ex* artículo 34 LH, argumentando que este precepto

«[p]rotege la realidad registral y al adquirente que confía en lo que el Registro manifiesta, y en este supuesto la escritura de constitución de hipoteca se realizó inmediatamente después de la de extinción de condominio, constando remitida telemáticamente la primera al Registro, por lo que el asiento de presentación es también anterior en el tiempo, por lo que de conformidad con lo dispuesto en los art. 24 y 25 LH, y debiendo considerar como fecha de inscripción, para todos los efectos que esta deba producir, la fecha del asiento de presentación, siendo preferente entre dos o más inscripciones, la que en el tiempo sea anterior, debe considerarse que la hipoteca se constituyó por persona que según el Registro tenía facultades para ello, estando inscrita la titularidad de los condominios respecto del inmueble que posteriormente, por extinción, se adjudica el hipotecante y, el Banco, también inscribió su derecho».

La viuda (Paloma) y las otras tres hijas (Marta, Melisa y Milagros) recurren en casación, denunciando infracción del artículo 34 LH al afirmar la Audiencia Provincial que la entidad bancaria ha quedado protegida por la fe pública registral en lo referente a la adquisición del derecho de hipoteca.

### III. LA SOLUCIÓN DADA AL RECURSO DE CASACIÓN POR LA SENTENCIA OBJETO DE ESTE ESTUDIO

El Tribunal Supremo, creemos que con acertado criterio, estimó el recurso de casación planteado por las recurrentes, y declaró la nulidad de la hipoteca otorgada por Florencio a favor del Banco Castilla La Mancha. La razón fundamental, *ratio decidendi*, de la sentencia, gira en torno a los presupuestos de los efectos de la fe pública registral, exigidos por el artículo 34 LH en el tercero que pretenda ser merecedor de estos. En el caso analizado por la sentencia, el Alto Tribunal entiende, contra el criterio sostenido en la Sentencia de segunda instancia, que falta uno de ellos: la adquisición por el tercero de *persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo*. No basta que el tercero logre la inscripción (esto es algo que debe ser decidido conforme a las reglas del tracto sucesivo), sino que *adquiera* de titular registral: «Preci-

samente porque el art. 34 LH salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro de la Propiedad, aparece con facultades para transmitir el derecho de que se trate, la protección al tercero requiere como requisito objetivo que su acto de adquisición, válido y a título oneroso, sea realizado con el titular registral como disponente y que a su vez el tercero inscriba su adquisición». Y más abajo se añade: «La inscripción del transmitente ha de ser anterior a la adquisición del tercero, ya que la protección del art. 34 LH se basa en la apariencia jurídica creada por la inscripción. Por ello, a los efectos del art. 34 LH hay que atender, no a la fecha de la inscripción del tercero, sino a la de la celebración del contrato que la originó, como ya afirmara la célebre sentencia de 12 de noviembre de 1970 (Roj: STS 97/1970 - ECLI: ES: TS:1970:97), con cita de las anteriores de 26 de febrero de 1949, 24 de abril de 1962 y 22 de noviembre de 1963, y cuyo criterio es seguido por las sentencias 348/1994, de 22 de abril, de 14 de junio de 1994 (rc. 2431/1991), y 178/2015, de 10 de abril»<sup>1</sup>.

Lo anterior merece nuestra atención en las páginas siguientes; en concreto, la relación entre el llamado principio de tracto sucesivo y el de fe pública registral, y el alcance del mencionado requisito exigido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria consistente en adquirir del que aparezca en el Registro con facultades para disponer.

Pero además de este punto de interés, creemos que resultará de interés aproximarse también a una cuestión que, aunque no fue objeto de discusión en el caso origen del pleito, nos ofrecerá una visión más completa del mismo: la posibilidad de que la entidad bancaria, una vez admitido que la hipoteca fue constituida por Florencio *a non domino* y sin merecer aquélla los beneficios de la fe pública registral, pudiera exigir al menos la eficacia *parcial* de la hipoteca, a concretar únicamente sobre el dominio de Florencio. Dedicaremos un apartado de este estudio a esta cuestión.

En definitiva, nos encontramos ante un intento de disposición *a non domino* (más exactamente, *parcialmente a non domino*). Comprender el alcance de la solución dada a este conflicto, implica comprender la respuesta que el Ordenamiento, y concretamente, las reglas del tráfico jurídico, ofrecen a los intentos de disposición *a non domino* en el tráfico inmobiliario. En las páginas que siguen nos proponemos ofrecer un estudio de esa respuesta, intentando no perder de vista el concreto caso analizado en la sentencia que es objeto de este comentario.

---

<sup>1</sup> Fundamento de derecho cuarto, ap. 3.

#### IV. LA RESPUESTA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO A LAS DISPOSICIONES, TOTAL O PARCIALMENTE, A *NON DOMINO*. PLANTEAMIENTO GENERAL

En el tráfico jurídico, los movimientos patrimoniales son consecuencia de la operativa, superpuesta, de reglas del derecho de obligaciones y contratos, y de reglas del derecho de bienes. Se trata, gráficamente, de planos normativos que se necesitan mutuamente para llegar al cambio de titularidad pretendido: las reglas del derecho de obligaciones y contratos, ofrecen el soporte adecuado a la autonomía privada y la canalizan hacia el fin pretendido, generando los correspondientes derechos y obligaciones entre las partes del negocio (disponente y adquirente); por su parte, las reglas del derecho de bienes disciplinan la culminación del efecto jurídico real, contenido potencialmente en la fase negocial, produciendo consecuencias jurídicas que no sólo están dirigidas a los contratantes (cfr. art. 1257 CC), sino a toda la sociedad: en otras palabras, suponen el salto de la transmisión en *potencia* a la transmisión como *acto-consecuencia*<sup>2</sup>.

Las ideas anteriores, nos parecen claras para explicar el punto de partida de un sistema de transmisión *causalista*, con independencia de que éste responda a su vez a un sistema de transmisión consensual (modelo francés o italiano) o a un modelo de título y modo (modelo español). Pero también son ciertas en el marco de un sistema de transmisión abstracta como es el alemán, por bien que tales ideas hayan de referirse ahora al llamado acuerdo transmisivo *abstracto*, que es el que contiene la fuerza transmisiva en potencia, y que precisa también del momento traslativo posterior (transmisión como *acto*).

Lo que sí diferencia en este momento un sistema de transmisión causalista de un sistema de transmisión abstracto, es que en los primeros, el negocio en que se contiene la transmisión como potencia (*causa remota* de la transmisión) tiene por finalidad principal generar derechos y obligaciones entre los contratantes, es decir, cumple la función que institucionalmente el contrato está llamado a

---

<sup>2</sup> En este sentido, resulta muy gráfica la explicación del proceso transmisivo del dominio, para un sistema que obedece al esquema de título y modo como el nuestro, haciendo referencia a las ideas de *causa remota* y *causa próxima* de la transmisión: lo primero lo constituye el *título*, y lo segundo, *el modo*. Por todos, véase GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, 1948, pp. 297 ss.

cumplir en ese Ordenamiento<sup>3</sup>. En cambio, en un sistema transmisivo abstracto como el alemán, el llamado *negocio transmisivo* es un negocio de carácter especial, cuya finalidad es purgar a la consecuencia transmisiva pretendida por los contratantes, de los defectos del negocio causal antecedente, impidiendo que el proceso traslativo quede contaminado por aquellos: en otras palabras, su función es únicamente servir de *depurador* colocado entre el momento de operativa de la autonomía privada, y el momento traslativo. Pero con todo y con ello, el negocio transmisivo abstracto *debe existir, y debe ser válido en sí mismo*.

En lo que se refiere al sistema transmisivo español (causalista, y de título y modo), y por lo que hemos apuntado más arriba, la transmisión del dominio y la constitución de derechos reales limitados en el tráfico jurídico, implica poner en funcionamiento tres planos o bloques normativos, cada uno con su función institucional y fines, pero que operan coordinadamente para conseguir la finalidad pretendida por los actores del tráfico: el bloque normativo del derecho de contratos, el bloque o plano jurídico-obligacional de fuente contractual (o más ampliamente, negocial), y el bloque o plano jurídico real o del derecho de bienes. Pero no podemos perder de vista que ambos planos o bloques normativos, aunque puedan y deban operar de manera coordinada para operar la transmisión del dominio y la constitución de derechos reales, sin embargo su papel institucional en el Derecho Privado es distinto. Pensemos que:

– El contrato es importante en el sistema jurídico por cuanto es generador, fuente, de derechos y obligaciones. Esta es su finalidad institucional, a la vista del artículo 1089 del Código Civil. Esto explica que, aunque no exclusivamente, sí de manera muy acusada, la regulación del Código Civil en esta materia se centre en los problemas de formación y *validez* del contrato, en el entendido que la validez del contrato conllevará su eficacia como generador de derechos y obligaciones<sup>4</sup>. Naturalmente, cuando el contrato es válido (y por ello, y con contadas salvedades, también eficaz), los problemas que pueden surgir en el tráfico ya serán problemas de *cumplimiento*, a disciplinar con arreglo a las normas del derecho de obligaciones.

<sup>3</sup> En nuestro Derecho, basta leer el artículo 1089 CC: la función institucional de los contratos en el Derecho español es generar derechos y obligaciones.

<sup>4</sup> Sólo en casos excepcionales, un contrato válido puede no ser eficaz, en todo o en parte. La figura de la rescisión del contrato es demostrativa de ello.

– En cambio, los problemas que pueden surgir en el tráfico considerando la operativa del bloque normativo del derecho de bienes, no son ya problemas de validez, sino *netamente de eficacia*<sup>5</sup>. Esto es natural, una vez hemos remitido a la fase negocial el desarrollo de la autonomía privada, su adecuada formación y expresión; ya sólo quedará constatar si el momento traslativo *se producirá o no*.

Así las cosas, estamos en disposición de comprender que, para que se produzca en el tráfico la transmisión del dominio o la constitución de derechos reales, son tres los momentos a considerar:

1.º Que exista un negocio jurídico *válido*. Sólo el negocio jurídico válido puede ser, además, *eficaz* como generador entre los contratantes de los derechos y obligaciones que potencialmente contienen la consecuencia transmisiva pretendida. Si el negocio no es válido, la respuesta que, como punto de partida, nos ofrecen las reglas del derecho de contratos podemos calificarla como *neutral* en cuanto a la protección de los contratantes: no se busca proteger a ningún contratante frente al otro, sino que se pretende la plena restitución de las prestaciones que se hayan ejecutado, y asimismo la plena desvinculación recíproca (cfr. art. 1303 CC).

Sólo en casos excepcionales se altera esta regla que podemos calificar de *neutral*; casos en que el legislador ha realizado una ponderación de intereses que le llevan a considerar más apropiada una solución distinta. Basta pensar en los casos de los artículos 1304 (consideración a la protección que merece el menor de edad) y 1305 y 1306 CC (en consideración a la conducta delictiva o torpe de los contratantes) o, en fin, en los supuestos de anulabilidad por vicio del consentimiento (cfr., sobre todo, arts. 1302, 1310 y 1312 CC).

2.º Que los contratantes cumplan sus obligaciones; típicamente y a lo que ahora nos interesa, que el disponente (*tradens*) cumpla con sus obligaciones contractuales, en tanto que tales obligaciones están dirigidas tanto a la satisfacción de la función socioeconómica del contrato, como para provocar la mutación jurídico real pretendida. En este aspecto, en caso de incumplimiento de una de las partes, las reglas del derecho de obligaciones ya no ofrecen una

---

<sup>5</sup> Sólo desde un punto de vista de su «expresividad plástica», pueden admitirse afirmaciones en que se refiere la validez y nulidad *de la transmisión* (cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2001, p. 503, nota al pie 20).

respuesta neutral, sino de *protección* al acreedor de la prestación incumplida. De nuevo a lo que ahora nos interesa, si el disponente no cumple con sus obligaciones principales, el bloque normativo del Derecho de obligaciones tiende a proteger al adquirente; pero no tanto para que éste *adquiera* el dominio o el derecho real de que se trate, sino para que se satisfaga su derecho de crédito.

Al igual que sucedía en el ámbito del derecho de contratos, también en el derecho de obligaciones hay excepciones a esta regla de partida. *Grosso modo*, lo constituyen los casos de incumplimiento resolutorio por caso fortuito en el sentido del artículo 1105 del Código Civil. En estos casos, el remedio resolutorio, sin indemnización, puede calificarse como un remedio *neutral* en cuanto a la consideración de la posición jurídica en que quedan deudor (objetivamente incumplidor) y acreedor.

3.º Que la transmisión del dominio o la constitución del derecho real, como consecuencia jurídica, pueda operar eficazmente. Este aspecto ya queda bajo la lógica del bloque normativo del derecho de bienes. Desde luego, para que aquella consecuencia pueda darse, es preciso que exista un contrato *válido y eficaz*, y es preciso también que el disponente *cumpla* sus obligaciones; pero esto *no es suficiente*: es preciso que también se cumpla el presupuesto básico de eficacia de la transmisión o constitución del derecho, y este presupuesto consiste en que, quien pretende presentarse como disponente en el tráfico, tenga legitimación dispositiva sobre el dominio. Este presupuesto, en su formulación negativa, nos lleva a la conocida regla *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Y esto, a su vez, a constatar que, así como las reglas de validez de los contratos son *neutrales* al disciplinar la posición jurídica de los contratantes en caso de invalidez, y las del derecho de obligaciones no son neutrales y tienden a proteger al acreedor (en nuestro caso, pretendido adquirente) en caso de incumplimiento, la regla *de partida* del derecho de bienes tampoco es neutral, por cuanto tiende a *proteger al verus dominus* (por hipótesis, ajeno a la relación obligatoria), y no al pretendido adquirente en el tráfico.

Pero al igual que en los dos casos precedentes, aunque para el bloque normativo del derecho de bienes la anterior deba ser considerada como la regla básica de partida, también el sistema jurídico prevé excepciones a la misma. Estas excepciones vienen constituidas por los supuestos de adquisiciones *a non domino*, en las que la transmisión del dominio o la constitución del derecho real *opera*

*eficazmente*, aunque el que actuó como disponente careciera, total o parcialmente (como sucedió en el caso de la sentencia objeto de este comentario), de legitimación dispositiva para provocar la mutación jurídico-real pretendida. Claramente es un supuesto de adquisición *a non domino*, en el tráfico mobiliario, el caso contemplado en el artículo 85 del Código de Comercio, y muy dudoso, también el tráfico mobiliario, el caso contemplado en el artículo 464-1.º del Código Civil; pero para el tráfico inmobiliario, sin ninguna duda contempla un supuesto de adquisición *a non domino* el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Todo lo anterior pone de manifiesto cómo, en un proceso de transmisión del dominio y constitución de derechos reales, operan secuencialmente (dicho sea desde un punto de vista conceptual) tres bloques normativos, con reglas de partida distintas en cuanto a la definición de la posición jurídica de los actores del tráfico.

En la propuesta de estudio que aquí presentamos, para comprender de una manera completa el fenómeno de las disposiciones *a non domino*, como situación patológica que puede darse en el tráfico –como se dio en el supuesto del que trae causa la sentencia que ahora comentamos–, creemos que resulta inexcusable hacer pasar la disposición de cosa ajena, por el filtro de cada uno de esos bloques normativos / momentos conceptuales del *iter* traslativo del dominio o de constitución de los derechos reales, en orden a comprobar la respuesta que cada uno de ellos reserva a esta situación patológica del tráfico.

## 1. LA RESPUESTA DESDE EL DERECHO DE CONTRATOS

### 1.1 La consideración general a la venta de cosa ajena

Como hemos apuntado, y quizá debido a los condicionantes metodológicos presentes en la redacción del Código Civil<sup>6</sup>, la regulación que éste hace del contrato como institución general, está

---

<sup>6</sup> Resultan especialmente reveladoras las palabras del jurista alemán Adolf Merkel a la hora de explicar las razones de este punto de partida, y que podemos asumir como válidas para el Derecho español: «En los derechos reales el interés recae en primer término sobre el contenido del derecho que encarna su fin (...) y que puede ser fijado sin atender para nada al fundamento de su constitución (...). En las obligaciones, por el contrario, el interés responde ante todo a los hechos que determinan el nacimiento de aquellos (...) que provocan la existencia efímera de las obligaciones y que, infinitamente varios en sí, determinan en las obligaciones un contenido y un fin no menos varios». Y concluye: «Consecuencia de esta contraposición, a su vez, es que lo decisivo siempre en el sistema de los derechos reales sea su contenido (...), mientras que para la construcción del Derecho de obligaciones en la legislación y en la doctrina el papel capital corresponde a los fundamentos de su constitución» (MERKEL, 1924, pp. 343-344).

centrada principalmente en aspectos que podríamos calificar de *genéticos*: su formación y validez, y consecuentemente, causas y consecuencias de la invalidez.

En este sentido, debemos preguntarnos qué respuesta ofrece este bloque regulativo al supuesto en que un contratante pretende disponer de lo que no es suyo en favor de otro; más en concreto, qué problemas de validez contractual podría plantear este supuesto.

En la actualidad, se nos presenta como una solución aceptada que el contrato en el que uno de los contratantes pretende disponer de lo que no es suyo en favor de otro, es un contrato *válido*, o lo que es igual, que no merece ninguna respuesta específica desde el bloque normativo del derecho de contratos<sup>7</sup>.

Pero esta respuesta, que hoy se explica con naturalidad y relativa facilidad, sólo puede comprenderse en profundidad teniendo muy presente que fue fruto de una evolución doctrinal y jurisprudencial, y que durante mucho tiempo desde la promulgación del Código Civil, no fue una conclusión ni pacífica ni clara, y hay claros ejemplos jurisprudenciales en este sentido como fue la STS de 9 de mayo de 1980 (Pte: Sánchez Jáuregui)<sup>8</sup> (RJ\1980\1790), y ya entrado el siglo XXI, encontramos rastro de este enfoque en alguna sentencia del Tribunal Supremo, como fue el caso de la STS 1180/2000, de 17 de febrero de 2000 (Pte: Marín Castán)<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Tampoco resulta inválido el embargo trabado a non domino, cuando éste se ha practicado al amparo de la información que arroja el Registro de la Propiedad, sin perjuicio de la posibilidad de que el *verus dominus* interponga la correspondiente tercería de dominio; ni tampoco es nula la adquisición que se verifica en favor del rematante en el procedimiento de ejecución en que se trabó como medida cautelar ese embargo (cfr. STS 1192/2007, de 5 de marzo de 2007 –Pte: Marín Castán– (RJ\2007\723)).

<sup>8</sup> Es expresivo de ello el siguiente pasaje: «sin confundir objeto por poder de disposición sobre el objeto, la compraventa se otorga atribuyéndose la vendedora una –titularidad dominical– que no ostentaba, y ello no puede menos de trascender a lo que ha de conceptuarse como objeto de la convención, objeto integrado no sólo por la cosa en sentido físico, sino también, por los derechos que radicando sobre la misma son materia de la transmisión que se pretenda operar, habiendo de entenderse en este sentido subsistente la doctrina sentada por esta Sala en sus sentencias de 27 de diciembre de 1932 y 31 de enero de 1963 (RJ 1963\753), caucionadora de que «si lo que se pretende es la invalidación de transmisiones por falta de poder de disposición sobre los bienes, tal circunstancia no provoca la nulidad por ilicitud de causa, sino por falta de objeto».

<sup>9</sup> En esta sentencia, se trató de un caso en que unos herederos habían vendido bienes de la herencia antes de la partición. La Audiencia Provincial había declarado la validez negocial de los contratos, entendiéndolo que, al tratarse de negocios dispositivos a non domino, estos eran válidos, sin perjuicio de la ineficacia traslativa que cabía esperar.

El Tribunal Supremo casó la sentencia en este parte: «Los argumentos no son de aplicación al caso en que terceros al contrato, pero titulares del poder de disposición del bien vendido, están legitimados para pedir la nulidad de la venta que efectúa quien no tiene la disponibilidad de lo vendido y provee, por la tradición de la cosa, de un título apto al menos para usucapir. Para evitar tales efectos no hay otro camino que la impugnación de la venta y la llamada al proceso de cuantos se pueden ver afectados por la sentencia. Esto es, la madre vendedora, el primer comprador y el segundo. Y la Jurisprudencia de esta Sala en casos como el presente declara la nulidad de los contratos, la cual comporta la restitución de las cosas (no propia reivindicación, sino efecto simple de la nulidad)».

(RJ\2000\806), las SSTs 4045/2004, de 11 de junio de 2004 (Pte: Ruiz de la Cuesta Castajares) (RJ\2004\4427) y 5215/2004, de 15 de julio de 2004 (Pte: Auger Liñán)<sup>10</sup> (RJ\2004\4866); y en la llamada «jurisprudencia menor», la SAP de Cantabria 2477/2000, de 7 de diciembre (Pte: Alonso Roca)<sup>11</sup> (JUR\2001\78793).

El debate se ha planteado históricamente desde la *venta* de cosa ajena, pero las conclusiones son perfectamente extrapolables también para cualquier contrato o negocio en que se pretende la constitución de un derecho real limitado.

Aunque como hemos señalado, hoy se nos presenta como solución aceptada el que el contrato en que se pretende disponer *a non domino* es válido, debemos preguntarnos cuál fue el origen de la idea contraria, que sólo comenzó a forjarse una vez aprobado el Código Civil, y en el intento de interpretar las soluciones que el Código ofrecía, a la luz de las que ofrecía para situaciones similares el Código Civil francés de 1804, indudable inspirador de nuestro Código.

En efecto, resulta difícil cuestionar la validez de la venta de cosa ajena en el Derecho Romano, y asimismo, en nuestros textos legales previos a la Codificación civil que se inspiraban francamente en aquél<sup>12</sup>. Esto supuso un estado doctrinal, anterior al Cód-

---

<sup>10</sup> En ambas se repite el mismo argumento: «[L]a tipificación de la doble venta, que contempla el artículo 1.473 C.c. [en la STS 5215/2004, por error, se hace referencia al art. 1462] requiere para su existencia que para cuando se perfeccione la segunda venta, la primera no haya sido consumada todavía, lo que implica una cierta coetaneidad o proximidad cronológica entre ambas, pues si la primeramente concertada ya había quedado totalmente consumada por pago íntegro del precio por el comprador y entrega de la cosa por el vendedor, ya no existe un verdadero supuesto de doble venta, sino una venta de cosa ajena o inexistencia de la segunda enajenación por falta de objeto».

<sup>11</sup> Esta resolución es especialmente ilustrativa, porque en ella se pone de manifiesto el esfuerzo de encajar el perjuicio de la nulidad del contrato – venta de cosa ajena, con la relación entre los artículos 33 y 34 de la Ley Hipotecaria. En esta sentencia puede leerse: «El codemandado (...) no es subadquirente (es decir, tercero propiamente), sino adquirente directo, que compra de quien el Registro proclama que es el propietario y que ya no lo es en realidad, en una compraventa de cosa ajena y por tanto sin eficacia traslativa del dominio, por lo que la inexistencia a tales efectos traslativos del contrato impide, a la luz del artículo 33 LH, considerarle “tercero” del artículo 34 LH».

<sup>12</sup> Cfr. D. 18.1.28, que es el precedente de la Ley 19, Título V, Partida V, conforme a la que «Cosa agena vendiendo vn óme a otro, valdra la vendida. Pero aquel que tal compra faze, o sabe que aquella cosa, que assi compra, que non es de aquel que gela vende, o creta que es suya. E si sabe que es agena, maguer que la torne despues por juyzio a aquel cuya es, non es tenuto el vendedor de tornarle el precio; fueras, si quando gela vendio, se obligo que lo tornasse, si aquel cuya era aquella cosa la demandasse, e la cobrasse. Mas si non supiesse el comprador que era la cosa agena quando la compro, entonces non seria el vendedor tenuto tan solamente de pechar el precio, mas todos los daños, e los menoscabos que le viniesen por razón de aquella vendida que fe fizo».

No puede decirse lo mismo de los precedentes normativos que tenían ascendencia gótica, como el Fuego Real, en el que la Ley 9 del Título X del Libro III preveía que «non vala» la venta que alguien haga de lo que no es suyo.

go Civil, favorable a la validez de la venta de cosa ajena<sup>13</sup>. Y en este contexto, como sabemos en 1888 se aprueba la primera edición de nuestro Código Civil, y un año después, la segunda, acogiendo el sistema transmisivo romano de título y modo, y obviando cualquier disposición que aborde de manera directa la venta de cosa ajena. Así las cosas, parecería sensato concluir que, en relación a la venta de cosa ajena, *nihil novum sub sole*. Y sin embargo, nada más lejos de la realidad. Los primeros comentaristas de nuestro Código Civil negaron la validez de la venta de cosa que no pertenecía al vendedor, a veces afirmando que la venta era en tal caso *nula*<sup>14</sup>, a veces afirmando que, al menos, era *anulable*<sup>15</sup>.

Este cambio de opinión, carente de base *lege latae*, sólo puede explicarse por la influencia del Código Civil francés, que sí contenía (y contiene aún) una disposición en sede del contrato de compraventa, que aborda desde el *derecho de contratos* la venta de cosa ajena. Se trata del artículo 1599 del *Code*, a cuyo tenor:

*La vente de la chose d'autrui est nulle: elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui».*

Como vemos, esta disposición proclama literalmente la *nulidad* de la venta de cosa ajena. Nulidad que, creemos, fue derechamente buscada por los redactores del *Code*, influidos por la doctrina iusnaturalista de Grocio y de Puffendorf, que presentaba como inconcebible que, habiendo proclamado un sistema de transmisión consensual, pudiera venderse válidamente lo que no era del vendedor.

Independientemente del juicio crítico que pudiera hacerse, lo cierto es que las bases de lo que a la postre sería el artículo 1599 del *Code* francés pueden explicarse con relativa facilidad, si tenemos presentes dos ideas que, sabemos, tuvieron presentes los redactores del *Code* fran-

<sup>13</sup> Cfr. GARCÍA GOYENA; AGUIRRE, Tm. II, 1852, p. 399. GÓMEZ DE LA SERNA / MONTALBÁN, Tm. II, 1872, p. 264.

<sup>14</sup> Así, Manresa concluyó que «Respecto á la cosa ajena nada dice nuestro Código. Desde luego no es válida, porque la venta representa una transmisión de derechos, y mal puede nadie transmitir lo que no tiene» (...) [L]a obligación de saneamiento en caso de evicción, viene precisamente á poner de relieve la nulidad más o menos encubierta de esa clase de ventas, imponiendo al vendedor el deber de indemnizar» (MANRESA, Tm. X, 1908, p. 25).

<sup>15</sup> En este sentido, Scaevola, que después de plantear la posibilidad de que el contrato así celebrado pudiera ser nulo por ilicitud o torpeza de la causa, ya imputable a comprador y vendedor o ya sólo a este último (según si el comprador conocía o no, respectivamente, el carácter ajeno de la cosa vendida), concluye que «las ventas de cosa ajena (...) pueden significar contratos anulables y no nullos», con base en la presencia, ya de error por parte del comprador, ya de dolo (SCAEVOLA, Tm. XXIII, 1906, pp. 277-278).

cés, y hundían sus raíces en las doctrinas iusnaturalistas que tanta influencia tuvieron en aquella época<sup>16</sup>:

a) La primera de ellas, es que quería evitarse la pervivencia del excesivo formalismo conceptual y de las, en opinión de los redactores del Code, sutilezas jurídicas del Derecho Romano a la hora de disciplinar el problema de la venta de cosa ajena, que sólo conducían a soluciones poco prácticas, desapegadas de la realidad y contrarias al sentido común. En este sentido, y al parecer por influencia de Hugo Grocio, se apuntó que sostener que el vendedor sólo debía garantizar la posesión del comprador, y que la función de la compraventa no es transmitir la propiedad, es algo contrario al sentido común y la realidad de las cosas. La compraventa es un contrato cuya finalidad ha de ser la transmisión de la propiedad del vendedor al comprador; por tanto, si esta consecuencia no se puede obtener por no pertenecer la cosa vendida al vendedor, entonces el contrato celebrado con un vendedor no propietario no puede ser considerado como compraventa<sup>17</sup>. Así, y como indicara Laurent, se comprenderá que el artículo 1599 del Code francés, al sancionar con la nulidad la venta de cosa ajena, aparece como una consecuencia lógica<sup>18</sup>.

b) La segunda de ellas, es la adopción de un sistema transmissivo consensual, que rechaza frontalmente el esquema de título y modo del Derecho Romano. De nuevo aquí la influencia iusnaturalista resultó decisiva<sup>19</sup>: Grocio puso de manifiesto que la exigencia de la *traditio* como momento traslativo del dominio no viene exigida por el Derecho natural; y Puffendorf añadió que si la tradición, acto físico, puede ser exigida para ceder la posesión por cuanto se trata de una consecuencia fáctica, el consentimiento, acto netamente intelectual, debe ser suficiente para transmitir el dominio, por

<sup>16</sup> Sobre esta materia, resulta muy recomendable la lectura de la obra de LAURENT, Tm. XXIV, 1877, pp. 5 a 9, y 105 a 121.

<sup>17</sup> Resultan muy expresivas al respecto las palabras que empleó Faure en su informe relativo al contrato de compraventa, durante la elaboración del Code: en el caso de venta de cosa ajena, y en relación al que otorga el contrato como vendedor, «C'est par une pure subtilité qu'on l'appelle vendre» (VV. AA., 1820, p. 53).

<sup>18</sup> LAURENT, 1877, p. 107.

<sup>19</sup> Seguramente, la influencia de la doctrina del Derecho natural en este ámbito, estuvo allanada por la práctica del tráfico, a través de la generalización de la cláusula *des-saisine-saisine*, que era una cláusula de constituto posesorio en la que, en efecto, no había *traditio material*; de aquí se llega a la idea de que el elemento que opera la transmisión del dominio es la intención de las partes; y finalmente, y quizá con excesivo reduccionismo conceptual pero con innegable sencillez y quizá por ello aceptación –con la marcada excepción de Pothier, fiel a los esquemas conceptuales romanos–, se acaba conformando un estado doctrinal, en el que destacan Bourjourn y Argou, en el que se llega a afirmar que, si para los romanos la venta obligaba a la tradición, «parmi nous elle transfère la propriété» (véase al respecto, por todos, BAUDRY-LACANTINEIRE; SAIGNAT, 1908, p. 5 (§ 6)).

cuanto esto es también una consecuencia intelectual<sup>20</sup>. Que estas ideas influyeron en los redactores del *Code*, y estuvieron muy presentes al abordar la regulación codificada de esta materia, es algo que está fuera de toda duda. Pues bien, adoptado así un sistema de transmisión consensual, esto es, siendo la compraventa traslativa por sí sola, parece natural concluir que la venta de cosa de otro, incapaz de producir el efecto traslativo esencial del contrato, deba considerarse *nula*<sup>21</sup>. Además, al sancionar con la nulidad la venta de cosa ajena, se daba adecuada protección al *verus dominus*<sup>22</sup>.

No es de extrañar, por tanto, que la misma solución normativa ofrecida por el *Code* francés a la venta de cosa ajena, en el marco de un sistema de *transmisión consensual* del dominio, fuera acogida por otros Códigos Civiles decimonónicos que siguieron el mismo sistema traslativo, tanto en Europa<sup>23</sup> como en América<sup>24</sup>; y fuera rechazada, en cambio, en los Códigos que seguían el sistema romano de transmisión de título y modo<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> Al respecto, véase CARBONNIER, 1973, p. 135 (§ 40).

<sup>21</sup> En este sentido, COLIN; CAPITANT, 1925, p. 44. También JOSSEAND, 1939, p. 22 (§ 1041). En la misma línea, MAZEAUD, 1979, p. 89 (§ 815)).

<sup>22</sup> En opinión de Portalis, es contra toda razón y contra todos los principios, que dos contratantes puedan disponer de un bien que pertenece a un tercero, sin cuyo consentimiento ni conocimiento están negociando (VV. AA., 1820, p. 12)

<sup>23</sup> Así, el Código del Cantón de Vaud de 1819 (cfr. arts. 1130 –equivalente al artículo 1599 del *Code*–, en relación con su artículo 1113 –que establecía la transmisión consensual del dominio, aunque para la venta inmobiliaria exigía que «el acto ha pasado auténticamente»). También el Código Civil de Luisiana de 1808, aunque en este caso era esperable la igualdad de soluciones con el *Code* francés, toda vez que «El Código de Luisiana no es otra cosa en su origen que el proyecto de Código francés tal cual había sido sometido al tribunal» (SAINT-JOSEPH, 1843, p IX de la Introducción).

Una marcada excepción lo representaba el Código Civil holandés que entró en vigor el 1 de octubre de 1838, el cual declaraba también la nulidad de la venta de cosa ajena (cfr. art. 1507), y sin embargo seguía el sistema traslativo romano de título y modo (cfr. art. 1495).

<sup>24</sup> En este sentido son representativos el Código Civil mexicano de 1870, y el guatemalteco de 1877.

– En cuanto al Código civil mexicano de 1870, su artículo 2958 disponía que «La venta de cosa ajena es nula: y el vendedor es responsable de los daños y perjuicios, si procede con dolo ó mala fe». Previamente, su artículo 1552 dio carta de naturaleza a la transmisión consensual del dominio: «En las enagenaciones [sic.] de cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes por mero efecto del contrato, sin dependencia de la tradición».

– Respecto al Código Civil de Guatemala, disponía su artículo 1498 que «No hay vena de lo ageno [sic.] ni compra de lo propio»; a lo que el artículo siguiente (el 1499) añadía que «Si se vende lo ageno [sic.], el comprador no adquiere el dominio sino la posesión ó la mera tenencia que hubiere correspondido al vendedor». Antes, su artículo 1479 había acogido el sistema traslativo consensual: «Para la traslación del dominio en el contrato de compra ó venta, no se necesita la entrega de la cosa, ni del precio».

<sup>25</sup> Un Código Civil fiel a la doctrina romana del título y el modo como es el chileno de 1855, afirma la validez de la venta de cosa ajena (cfr. art. 1815: «La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida (...)»).

Hasta aquí, la explicación de lo que, creemos, fue la base de la conclusión, sostenida entre nosotros durante años, conforme a la que el contrato en que se pretende disponer de lo ajeno, es un contrato nulo.

Pero parece fácil la crítica de estas conclusiones, analizada desde las herramientas normativas que nos ofrece el derecho de contratos. No sólo no resultan convincentes las razones argüidas por los redactores del Code para justificar lo dispuesto en su citado art. 1599<sup>26</sup>, sino que los intentos interpretativos posteriores de la doctrina francesa de este precepto, son un constante esfuerzo de superación de su literalidad de la norma para escapar de la sanción de la nulidad, y llegar, si no a la aplicación del régimen del incumplimiento, sí al menos al régimen de la anulabilidad (nulidad relativa) por error vicio<sup>27</sup>.

Si la propia doctrina francesa ha criticado duramente la sanción de nulidad de la venta de cosa ajena, por considerarla una consecuencia desproporcionada y carente de sentido práctico, no puede tener el menor sentido intentar defender para nuestro Derecho la sanción de nulidad para el mismo grupo de supuestos, máxime cuando en nuestro caso no existe el condicionante *lege latae* de contar con un precepto similar al artículo 1599 del Code francés. Más bien tenemos serios argumentos para admitir la validez negocial de la venta de cosa ajena, como el que podemos deducir de la relación de los artículos 33 y 34 de la Ley Hipotecaria: como se puso de manifiesto en las SSTS 1192/2007, de 5 de marzo de 2007 (RJ\2007\723), y 5823/2007, de 7 de septiembre de 2007 (RJ\2007\723) (el ponente de ambas fue Marín Castán), «el artícu-

<sup>26</sup> Para proteger al *verus dominus* en el caso de venta de cosa ajena, basta con tener presente la regla de partida *nemo dat quod non habet*. Pero no lo entendió así Portalis al justificar, durante la tramitación del entonces proyecto de Código, la nulidad que a la postre contendría el art. 1599 del texto finalmente aprobado. En opinión de Portalis, es contra toda razón y contra todos los principios, que dos contratantes puedan disponer de un bien que pertenece a un tercero, sin cuyo consentimiento ni conocimiento están negociando [VV. AA., 1820, p. 12]. Sin embargo, admitir la *validez* de la venta de cosa ajena no implica necesariamente reconocer su plena *eficacia* traslativa; serán la eventual aplicación de una regla especial de adquisición a non domino la que, en su caso, pueda conducir a esa consecuencia, pero no el simple hecho de que la venta no sea nula.

<sup>27</sup> En este punto, y sin perjuicio de que pudiera considerarse más apropiado en abstracto que el supuesto debiera regularse desde las reglas del incumplimiento contractual, en líneas generales la doctrina francesa encuentra en la literalidad del precepto un serio argumento impeditivo en este sentido, por lo que consideran más apropiada la idea de anulabilidad o de nulidad relativa (así, LAURENT, 1877, pp. 109-112 (§ 103) y 116-117 (§ 111). También JOSSERAND, 1950, p. 25 (§ 1044) y MAZEAUD, 1979, p. 90 (§ 816).

En lo que no hay acuerdo en la doctrina francesa, es en relación con el objeto del error: para algunos autores (JOSSERAND, 1950, p. 26 (§ 1045)), el error recae sobre la persona del vendedor, y concretamente sobre sus cualidades; para otros (TUC, 1868, p. 270), el error recae sobre un elemento esencial del objeto; finalmente, para otros (MAZEAUD, 1979, p. 90 (§ 816)) el error recae sobre ambos, es decir, sobre el vendedor, pero también recae sobre el objeto.

lo 34 de la Ley Hipotecaria ampara las adquisiciones *a non domino*, y por tanto el artículo 33 de la misma ley podrá impedir la aplicación del artículo 34 si lo nulo es el acto o contrato adquisitivo de quien inscribe, por ejemplo por falta de consentimiento, pero no si el problema consiste en que ha adquirido de quien ya había vendido y entregado anteriormente la finca a otro que no inscribió su adquisición. En definitiva, la nulidad a que se refiere el artículo 33 de la Ley Hipotecaria no tiene que ver con el poder de disposición del transmitente».

Lo contrario, sólo conduce a tesis alambicadas en un intento de dar a los artículos 33 y 34 de la Ley Hipotecaria, un sentido que no quiso dársele. Buen ejemplo de ello fue el caso de la SAP de Cantabria 2477/2000, de 7 de diciembre<sup>28</sup> (JUR\2001\78793).

Por otro lado, admitir la nulidad de la venta de cosa ajena, imposibilita de suyo la usucapición ordinaria, que exige, entre otros requisitos, que quien quiera beneficiarse de ella goce de justo título, el cual debe ser verdadero y *válido* (art. 1953 CC). Admitir, por tanto, que la venta de cosa ajena es un contrato viciado de nulidad, impide la usucapición ordinaria precisamente para el grupo de

<sup>28</sup> Basta transcribir el siguiente fragmento de su fundamento de derecho tercero:

«Podría discutirse, a la vista de la jurisprudencia variopinta que sobre la eficacia de la venta de cosa ajena ofrece nuestro Alto Tribunal (nulidad, anulabilidad, inexistencia, validez a efectos obligacionales) que, dado que la jurisprudencia mayoritaria concede validez a dicho contrato (aunque sea sólo a efectos obligacionales entre las partes contratantes y no transmita el dominio), el mismo no sería «nulo» a los efectos del artículo 33 LH y por tanto sí el adquirente en el contrato de venta de cosa ajena inscribe en el Registro y cumple el resto de los requisitos del artículo 34 LH, su propiedad habría de ser conservada (tesis que sigue la SAP de Palencia de 18-4-1995).

Sin embargo, la doctrina hipotecarista predica que bajo la expresión «nulidad» que utiliza el artículo 33 LH han de entenderse los actos y contratos que sean inexistentes, radicalmente nulos o anulables.

Ya se ha dicho que la jurisprudencia mayoritaria considera que la venta de cosa ajena es una venta en la que quien vende carece de poder de disposición sobre el objeto, lo que la convierte en inexistente frente al verdadero dueño del mismo.

El codemandado Sr. Darío no es subadquirente (es decir, tercero propiamente), sino adquirente directo, que compra de quien el Registro proclama que es el propietario y que ya no lo es en la realidad, en una compraventa de cosa ajena y por tanto sin eficacia traslativa del dominio, por lo que la inexistencia a tales efectos traslativos del contrato impide, a la luz del artículo 33 LH, considerarle «tercero» del artículo 34 LH. Cuestión muy distinta sería si él hubiera vendido a un tercero el piso en cuestión y este tercero (se entiende que de buena fe) hubiera inscrito la compraventa, pues en este caso dicho tercero sí sería tercero hipotecario propiamente dicho y su adquisición devendría inatacable. Pero ese no es el caso del demandado Sr. Darío, que, como ya se ha dicho, no es tercero sino adquirente directo de quien no es propietario, cuyo título es formalmente válido pero ineficaz en la esfera traslativa del dominio.

En esas circunstancias la acción declarativa de dominio ejercitada por la parte actora ha de prosperar, con estimación íntegra de la demanda».

supuestos para el que está pensada en nuestro Derecho, lo cual es de la máxima incoherencia<sup>29</sup>.

Debe quedar clara la separación entre el bloque normativo del derecho de contratos y el bloque normativo del derecho de bienes. Por supuesto que ambos forman parte de un mismo *sistema* jurídico, pero sus funciones institucionales son distintas, y por tanto, sus finalidades. En el tráfico jurídico, y a lo que ahora nos interesa (disposición de cosas ajenas), el bloque normativo del derecho de contratos opera sobre las *prestaciones de dar bienes*, pero el bloque normativo de los derechos reales (o derecho de cosas –aquí, la terminología puede resultar confusa–) opera sobre *las relaciones jurídico-reales* que tienen a esos bienes como referente objetivo, como consecuencia añadida o *superpuesta* a la dación del bien como conducta *solutoria*. Afirmar, por tanto, que el contrato en que se dispone de lo que no es del disponente, es un contrato *nulo* por falta de objeto, es incurrir en una confusión inadmisibles<sup>30</sup>.

## 1.2 La consideración particular al caso de disposición parcialmente ajena: disposición por un comunero de la totalidad

Todo lo explicado hasta aquí resulta de aplicación, *mutatis mutandis*, para comprender la respuesta que el Ordenamiento da, desde el bloque normativo del derecho de contratos, al supuesto en que un comunero pretende disponer de la *totalidad* del dominio, ya intentando su transmisión, ya intentando constituir derechos reales

<sup>29</sup> Cabe preguntarse, entonces, cómo se intentaba compatibilizar lo que aparentemente parece imposible de compatibilizar, esto es, la idea doctrinal y jurisprudencialmente generada en favor de la nulidad de la venta de cosa ajena, con la afirmación legal de validez del título habilitante de la usucapción ordinaria. Parece que no hubo más remedio que establecer una distinción que, aunque artificiosa, en la práctica permitía salir del paso: no debe confundirse legalmente «la nulidad que para los efectos de la prescripción pueda afectar a los títulos, por la falta de algunos de aquellos que, según su carácter respectivo, obstan a su estimación en juicio, con la derivada de la naturaleza de los actos realizados y de la capacidad de las personas» (STS de 2 de octubre de 1908, extractada en GARCÍA ORMAECHEA, 1928, p. 887). Para un análisis crítico de esta tesis, véase ALAS; DE BUEN; RAMOS, 1916, p. 208, aunque estos autores se refieren a la citada sentencia como de fecha 20 de junio del mismo 1908.

<sup>30</sup> Por todas, resulta clara –y certera– la doctrina sostenida en la STS 2563/2008, de 5 de mayo de 2008 (Pte: O'Callaghan Muñoz) (RJ\2008\5502), en la que puede leerse: «La venta de cosa ajena es válida, en ningún caso se puede tildar de inexistente por falta de objeto; el objeto existe (...); distinto es la falta de poder disposición (cuestión no atinente al derecho subjetivo, derecho de propiedad en este caso, sino al sujeto disponente) sobre el objeto, que da lugar a la ineficacia y puede dar lugar a la adquisición (entre otros medios, como la usucapción) a non domino en virtud del artículo 464 del Código civil en los bienes muebles y del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en los inmuebles. Precisando más, la venta de cosa ajena será ineficaz frente al verdadero propietario que podrá ejercitar acción reclamando la declaración de su ineficacia o acción declarativa de dominio o reivindicatoria sobre el objeto de aquélla. Pero entre las partes, vendedora y compradora, será eficaz».

limitados sobre él. Cuando un comunero celebra un contrato con finalidad transmisiva sobre la totalidad del dominio, o con finalidad de constituir un derecho real también sobre esa totalidad del dominio, la respuesta que el Ordenamiento Jurídico debe dar desde el bloque normativo del derecho de contratos debe ser, por razones de coherencia, el mismo que el que hemos explicado en los epígrafes anteriores. Como ha afirmado Atienza Navarro, los principios que rigen la venta de cosa ajena «deberían ser los mismos con independencia de que la ajenidad se predique sólo de una parte o de la totalidad del bien»<sup>31</sup>.

Por ello, en líneas generales la evolución de la respuesta que, desde el bloque normativo del derecho de contratos, tanto doctrina como jurisprudencia ha considerado correcta para el caso de disposición por un comunero de la totalidad del dominio, ha experimentado una progresión en la misma línea que, como vimos, experimentó la aprehensión de la venta de cosa (totalmente) ajena: desde su nulidad, a su completa validez. Y esto resulta perfectamente coherente pues, como ha señalado Cuenca Casas, «la naturaleza obligacional de la compraventa posibilita la validez de la venta de cosa ajena y *a fortiori* la de cosa común»<sup>32</sup>.

Sin embargo, a pesar de que la evolución interpretativa ha sido en el mismo sentido, no lo ha sido sin embargo a la misma velocidad. Y ello se ha debido a la existencia de una disposición concreta en sede de comunidad de bienes, y a la interpretación que de ella se ha hecho. Nos referimos al artículo 397 CC, que dispone que «ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alternaciones en la cosa común, aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos». Esta disposición, que parece pensada para disciplinar los actos de alteración física de la cosa en común, fue durante muchos años extendida también a lo que podríamos llamar actos de alteración «jurídica», y entre ellas, la principal, el caso en que un comunero dispone de la totalidad del dominio sin el consentimiento de los demás.

Esto justificó durante años, una resistencia a admitir en sede de comunidad de bienes y en el caso mencionado, la evolución interpretativa que se abrió en favor de la validez de la venta de cosa (totalmente) ajena. El punto de inflexión seguramente lo supuso la doctrina sostenida en la STS 1553/2008, de 26 de febrero de 2008 (Pte: Gullón Ballesteros) (RJ\2008\2819) «Los recurrentes alegan en favor de la nulidad absoluta de la venta que está en comunidad,

<sup>31</sup> ATIENZA NAVARRO, 2021, p. 292. Y más adelante, en pp. 300-301, remarca: «es necesario insistir en la absoluta incoherencia que resulta al comparar las normas de disposición de cosa ajena, con las de disposición e cosa común (o parcialmente ajena)».

<sup>32</sup> CUENCA CASAS, 2010, p. 2938.

que ha de hacerse con el consentimiento unánime de los demás comuneros, citando en apoyo de esa interpretación del art. 397 una sola sentencia. Aunque la misma sea expresiva de doctrina de esta Sala (que no se cita en el motivo), su jurisprudencia puede cambiar siempre de forma razonable, no arbitraria. La razón de la que ahora se mantiene es que no hay diferencia sustancial entre la venta de una cuota ideal sobre una cosa en comunidad mayor que la que le corresponde al enajenante y la venta de cosa ajena, pues ni sobre aquélla ni sobre ésta tiene poder de disposición el mismo» (último párrafo de su fundamento de derecho segundo).

Las consecuencias prácticas de esta evolución son importantísimas, al menos en un doble orden: 1) habilita a la usucapión ordinaria en favor del comprador; y 2) habilita el juego de la fe pública registral ex artículo 34 LH, al no ser el título, por sí, nulo (cfr. art. 33 LH).

En definitiva, debe quedar clara la validez negocial de la venta de la cosa común celebrada por un solo comunero. El artículo 397 CC no es argumento válido para sostener lo contrario. Además, y como atinadamente ha señalado por todos Cuenca Casas, afirmar la nulidad negocial en estos casos «implica considerar la venta como acto de disposición, lo que infringe lo dispuesto en el artículo 609.2.º del Código Civil»<sup>33</sup>.

### **1.3 Análisis crítico de la solución dada al conflicto origen de la STS 2171/2024, desde el bloque normativo del derecho de contratos**

De todo lo que se ha explicado hasta aquí, parece claro que el hecho de que el disponente carezca de poder de disposición suficiente para consumar la mutación jurídico real pretendida, no merece por sí solo ninguna respuesta del Derecho en términos de validez o existencia del negocio dispositivo.

Trasladada la anterior idea a los hechos origen del conflicto al que pone fin la STS 2171/2024, la conclusión se nos presenta con claridad: desde el punto de vista negocial, ni la extinción del condominio que lleva a cabo don Florencio, ni la constitución de la hipoteca posterior en favor del Banco Castilla La Mancha, merece ninguna respuesta del Derecho Civil en términos de validez.

La Audiencia Provincial de Madrid, sin embargo, declaró la nulidad de la extinción del condominio en relación con la finca

<sup>33</sup> CUENA CASAS, 2010, p. 2939.

sobre la que, posteriormente, se quiso constituir derecho de hipoteca en favor de la entidad bancaria. La razón de esa declaración de nulidad radica en la extralimitación del poder que se le había concedido al demandado don Florencio.

El Tribunal Supremo no entra en el análisis de esta cuestión por lógicas razones de congruencia, ya que no fue objeto del recurso de casación. Pero en todo caso, y a pesar de que como decimos el Tribunal Supremo no entró en esta cuestión, debe quedar claro que la respuesta que el Derecho Civil ofrece al intento de disposición total o parcialmente *a non domino*, independientemente de que esa falta de poder dispositivo obedezca a una extralimitación de poderes representativos o no, no es en términos de validez negocial. La interpretación que hoy se nos presenta como clara del artículo 1259 CC confirma lo anterior<sup>34</sup>.

La circunstancia de tratarse de un negocio de extinción de una situación de comunidad no justifica una solución distinta. No vamos a analizar la naturaleza jurídica del negocio extintivo o divisorio de las situaciones de comunidad; nos basta con comprobar que el Código Civil reserva a estos la misma respuesta que a la venta de cosa ajena desde el punto de vista del bloque normativo del derecho de obligaciones (cfr. art. 406 CC, en relación con los arts. 1069 y 1474 y siguientes CC), y para lo que nos remitimos a lo que se explica a continuación.

## 2. LA RESPUESTA DESDE EL DERECHO DE OBLIGACIONES

### 2.1 Ideas previas

No habiendo argumentos serios para defender la *nulidad de pleno derecho* de la venta de cosa ajena, y careciendo nuestro Código Civil de un precepto similar al artículo 1599 del Code français, parece natural entender que el régimen de protección del incumpli-

<sup>34</sup> A lo sumo, estaremos ante un negocio incompleto, en un sentido similar a como sucede con la hipótesis, que veremos *infra*, contemplada en el artículo 579 CC. Al respecto, es muy ilustrativa la STS 5458/2013, de 6 de noviembre (Pte: O'Callaghan Muñoz) (RJ\2013\7261): «el negocio jurídico celebrado sin poder de representación cabe que sea suplida por la ratificación, lo cual es cierto, pero lo que no es cierto es que ello signifique que se trate de anulabilidad cuya acción caduca a los cuatro años. Tal acto, sin el poder de representación, está falto de consentimiento, elemento esencial, y este elemento puede prestarse más tarde con lo cual aquel negocio jurídico queda completo y pasa a ser válido y eficaz. Lo cual es unánime en doctrina y jurisprudencia»

miento contractual ofrece una protección adecuada, tanto al comprador como al *verus dominus*<sup>35</sup>.

La calificación de la venta de cosa ajena como un supuesto de *incumplimiento contractual*, y la correspondiente aplicación del régimen jurídico del incumplimiento, no ha venido impedida, conceptualmente, por la existencia de un régimen de saneamiento como es el previsto en los artículos 1475 y siguientes CC (el *saneamiento por evicción*); seguramente, por razones similares a las que tampoco lo ha impedido conceptualmente, *mutatis mutandis*, para los casos abarcados por el otro régimen de saneamiento: la entrega de la cosa comprada con *vicios ocultos*<sup>36</sup>.

Naturalmente, sostener la posibilidad aplicativa del régimen del incumplimiento para el grupo de casos que aquí analizamos, presupone que ha habido un *incumplimiento*. Y lógicamente, el supuesto de lo anterior es la existencia de una *obligación de transmisión de la propiedad*.

Contra lo que pudiera parecer a primera vista, en nuestra opinión la construcción teórica de una obligación de transmisión de la propiedad como obligación que surge del contrato, y típicamente del contrato de compraventa, resulta extraordinariamente compleja, no tanto por lo que se refiere a su identificación, sino más bien en cuanto a su *alcance*. Como intentaremos demostrar, no dar el

<sup>35</sup> En este punto, seguramente el artículo 1599 del Code francés supone, más que una solución a la venta de cosa ajena, un problema para poder acudir a soluciones más flexibles, y menos problemáticas en el tráfico, como es el régimen del incumplimiento contractual. Al respecto, véase LAURENT, 1877, p. 108 (§ 102).

<sup>36</sup> El régimen del saneamiento por evicción probablemente merezca ser estudiado, no tanto como un régimen de protección del *comprador*, sino más en general, como un régimen de protección al que pretende *adquirir*. No debe ser determinante en este sentido el que el régimen del saneamiento por evicción lo encontremos en la regulación de la compraventa [La jurisprudencia anterior a la aprobación del Código Civil ya lo había reiterado: «Tiene declarado el Tribunal Supremo que, aunque las leyes 32 y 36, tit. 5.º, Partida 5.ª [que son las que se encargan de regular el saneamiento por evicción] se refieren al contrato de compra-venta, es doctrina inconcusa que la obligación de sanear va unida como condición esencial á todo contrato oneroso». Así se pronunció la STS de 20 de marzo de 1884, recogida en PANTOJA, 1889 (apéndice)]: resulta de aplicación, en general y por remisiones normativas expresas, a los supuestos en que se pretende una transmisión del dominio, por lo general cuando la causa es onerosa (arts. 1474 y ss CC en sede de compraventa; art. 1681 en sede de contrato de sociedad; art. 638 en sede de donación remuneratoria), pero también al margen de ella (cfr. art. 406 en sede de división de la cosa común; art. 860, para el legado de cosa cierta; art. 1069 para la partición hereditaria). Esto permite pensar que el régimen del saneamiento por evicción es un régimen de responsabilidad que no tiene su fundamento, ni recibe causalmente su fuerza, de ningún contrato en particular, sino de la *causa transmisiva* del dominio en sí y por sí, abstractamente considerada. No debe olvidarse que la evicción, como régimen de responsabilidad, históricamente no surge con la compraventa, sino con la *mancipatio*, modo transmisivo *abstracto*: como han explicado Jörs y Kunkel, «[e]n tiempos antiguos, la responsabilidad por evicción va ligada, no a la compraventa causal, sino a la mancipación» [JÖRS / KUNKEL 2018, p. 329 (§ 143.2)].

Desde esta perspectiva, el régimen del incumplimiento contractual derivado de la compraventa, y el régimen de la evicción derivado de la transmisión en sí misma considerada, no resultan incompatibles

alcance adecuado a esta obligación puede llevarnos de vuelta a un problema de validez del contrato.

Analicemos detenidamente estos aspectos.

## 2.2 La obligación de transmisión de la propiedad como obligación contractual. Fundamento normativo

La afirmación de que el vendedor tiene *la obligación* de transmitir la propiedad de la cosa vendida, como algo distinto (y añadido) de la obligación de entrega, se nos presenta como una conclusión fácil de comprender, por apegada a la realidad social pues, en efecto, el que compra no lo hace con la intención únicamente de gozar de una posesión legal y pacífica, sino de adquirir la *propiedad* de lo que compra. Como ha explicado Miquel González, «puede parecer extraño y hasta disparatado que el vendedor no esté obligado a transmitir la propiedad; incluso hay autores a los que les parece obvia la respuesta afirmativa»<sup>37</sup>.

En este punto, se abre la puerta de una manera franca a la aplicación del artículo 1258 del CC, cuando dispone que los contratos no obligan sólo a lo expresamente pactado, sino también, entre otros aspectos, a lo que deriva de la buena fe, buena fe entendida aquí como fuente de deberes implícitos que *acompañan* a todo derecho<sup>38</sup>, y que es un «modelo de conducta social o la conducta que la conciencia social exige como necesaria en virtud de un imperativo ético dado»<sup>39</sup>. Así, de la *buena fe* surgiría la obligación de *transmisión de la propiedad en la compraventa*, tal y como se sugiere en la STS 386/2019, de 14 de febrero de 2019, de la que fue también Ponente Parra Lucán<sup>40</sup> (RJ/2019/545).

## 2.3 La afirmación de la obligación de transmisión de la propiedad como posible vía de entrada al juego del error vicio anulatorio

Sin embargo, y seguramente de forma inesperada para los que han sostenido esta forma de abordar el problema de la venta de

<sup>37</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, 2006, p. 237.

<sup>38</sup> LÓPEZ Y LÓPEZ, 2016, p. 591.

<sup>39</sup> Díez-PICAZO, 2007, p. 432.

<sup>40</sup> La obligación de transmisión de la propiedad quedaría embebida en la de entrega, como, por ejemplo, parece sugerir la SAP de Zaragoza de 7 de septiembre de 1994 (Pte: Seoane Prado) (TOL384.466).

cosa ajena, se está dando acceso también al juego de la doctrina del error vicio de la voluntad como causa de anulación del contrato.

En efecto, cuando se afirma que sobre el vendedor pesa *positivamente la obligación de transmitir la propiedad de lo que vende*, de manera que si no está transmitiendo esa propiedad, *incumple el contrato*, se está abriendo paso implícitamente a la doctrina del error vicio: sería fácil concluir que en los casos de venta de cosa ajena, si el vendedor no conoce la ajenidad de la cosa que compra, y cabe decir –lo que parece sencillo– que si el comprador hubiese conocido esta circunstancia no hubiese comprado, estaríamos ante un error anulatorio. En definitiva, el esquema del razonamiento así planteado es similar al que se ha utilizado para afirmar la compatibilidad aplicativa del régimen de saneamiento por vicios ocultos (arts. 1484 y ss CC) con el del error vicio de la voluntad<sup>41</sup>, lo que parece válido también para el grupo de supuestos para los que está pensado el saneamiento por evicción<sup>42</sup>.

Esto ha permitido que algunos autores, a pesar de la doctrina jurisprudencial en sentido contrario<sup>43</sup>, hayan planteado la aplicación de la doctrina del error en la venta de cosa ajena, y por tanto el régimen de la anulabilidad contractual como sistema de protección al comprador en estos casos. En este sentido, hace más de medio siglo, Alonso Pérez, con apoyo en ideas sostenidas antes por Gullón y por Borrell y Soler, encuentra en las concepciones sociales predominantes y en los criterios que presiden el tráfico económico y jurídico,

<sup>41</sup> Sobre esta cuestión, véase Ver MORALES MORENO, 1993, p. 955. También GARCÍA CANTERO, 1991, consultado desde la siguiente dirección electrónica: <http://vlex.com/vid/articulo-257522>). Por último, ver también FENOY PICÓN, 2010, pp. 1621 y 1631.

<sup>42</sup> En este sentido, resulta clave el art. 1477 del CC, a cuyo tenor «Cuando el comprador hubiese renunciado el derecho al saneamiento para el caso de evicción, llegado que sea éste, deberá el vendedor entregar únicamente el precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción, a no ser que el comprador hubiese hecho la renuncia con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometiéndose a sus consecuencias». La glosa de García Goyena al artículo 1400 del Proyecto de Código Civil de 1851 (antecedente del actual art. 1477) es clara al negar la aplicación del régimen de saneamiento en caso de que el comprador conociera que la cosa comprada no fuera del vendedor, aunque nada se haya pactado, con fundamento todo ello en la regla antigua contenida en D. 50.17.145 (GARCÍA GOYENA, Tm. III, 1852, p. 389). Por otro lado, el artículo 1477 de nuestro Código Civil guarda gran paralelismo con el artículo 1485 del ya derogado Código Civil italiano de 1865; y este precepto (que no encuentra equivalente en el vigente Código italiano de 1942) ha sido argumento para entender que la responsabilidad del saneamiento por evicción no procedía cuando el comprador conociera la ajenidad de la cosa (Cfr. LUZZATO, 1953, pp. 229-231: el hecho de que en el Código italiano de 1942 falte una norma similar a la del art. 1485 del anterior Código, ha sido empleado como argumento en favor de admitir la responsabilidad por evicción aun cuando el comprador conociera que la cosa no era del vendedor).

<sup>43</sup> Cfr. STS 6757/2002, de 15 de octubre (Pte: Martínez-Calcerrada Gómez) (RJ2002\10127): «no siendo nula la venta de cosa ajena (SS. T. S. 1-3-1949, 27-5-1957, 5-7-1958, 12-9-1988) cuando en el contrato están perfectamente definidos sus elementos personales y reales, dejando para la consumación los posibles problemas que surjan de la entrega (ficta o no), hay que desechar el error como motivo de nulidad de la obligación cuanto más como causa de la falta de voluntad negocial».

argumentos para afirmar que la titularidad del vendedor es «característica objetivamente exigida al contrato de compraventa», como algo «decisivo para realizar cumplidamente la función traslativa de la compraventa»; ello permite al citado autor afirmar que, puesto que «nadie, por lo general, desea comprar cosas ajenas», el *error in dominio* es un error en línea de principio esencial, y por ello, *anulatorio*<sup>44</sup>. De manera más reciente, Carrasco Perera, y sin perjuicio de la virtualidad aplicativa del régimen del saneamiento por evicción, ha sostenido que la venta de cosa ajena es un supuesto constitutivo de error en la sustancia de la cosa comprada: «es evidente que, si el comprador ignoraba la ajenidad de la cosa, el error sufrido es relevante. Y, además, es por principio excusable». Esto le permite concluir que «el error de esta clase cometido por el comprador (pero no por el vendedor (...)) es un error que habilita para impugnar el contrato»<sup>45</sup>. En un sentido muy similar, Rodríguez Morata ha sostenido que, en la venta de cosa ajena, el comprador de buena fe podrá solicitar la anulación de la venta por error o por dolo, añadiendo que «[c]omo una concesión a la buena fe del comprador, nuestro Derecho permite en este caso –*excepcionalmente*– anular la venta de cosa ajena y anticipar el ejercicio de la acción de responsabilidad por evicción»<sup>46</sup>.

Esta misma posibilidad de calificación el contrato como anulable por error o por dolo, que como acabamos de ver se ha defendido para la venta de cosa (totalmente) ajena, se ha defendido también para la hipótesis de venta de cosa parcialmente ajena (supuesto en que un comunero dispone de la totalidad del dominio sin contar con los demás comuneros). En este sentido, por todos, Atienza Navarro<sup>47</sup>. Esta tesis, además, cuenta con apoyo jurisprudencial para este grupo de casos<sup>48</sup>.

En una aproximación apriorística, este enfoque pudiera parecer razonable, y sin duda resulta una tesis que protege ampliamente al comprador, en tanto que le permitiría la alternativa de resolver por incumplimiento, o de anular por vicio del consentimiento (error o dolo); además, es una solución que cuenta con precedentes en el

<sup>44</sup> ALONSO PÉREZ, 1971, pp. 511-512

<sup>45</sup> CARRASCO PERERA, 2021, pp. 351-352.

<sup>46</sup> RODRÍGUEZ MORATA, 2021, p. 1839.

<sup>47</sup> ATIENZA NAVARRO, 2021, p. 301.

<sup>48</sup> Claramente en este sentido, véase la STS 1153/2012, de 15 de enero de 2013 (Pte: Orduña Moreno) (RJ\2012\2276): «la validez de la compraventa está sujeta al necesario estudio de las circunstancias del caso y a la consiguiente interpretación del contrato celebrado; de ahí que pueda presentarse una excepción a la misma con el posible vicio del consentimiento que articule la defensa del comprador en la medida en que en el propósito negocial, o en la intención realmente querida por el contratante, la titularidad plena del vendedor sobre el objeto de la compraventa haya constituido un presupuesto esencial de la misma, dando lugar, en su caso, a una acción de anulación por error sustancial y excusable» (fundamento de derecho de tercero, *in fine*).

Derecho de Partidas<sup>49</sup>, y con algún apoyo jurisprudencial para el caso de dolo-vicio, como es la STS 3056/2004, de 6 de mayo de 2004 (Pte: Ruiz de la Cuesta Cascajares)<sup>50</sup> (RJ/2004/2100).

Pero se encuentra con un problema que, en nuestra opinión, es muy difícil de resolver (y que, curiosamente, el Derecho francés ha sabido salvar con relativa facilidad como veremos más abajo): si la venta de cosa ajena es anulable por error / dolo vicio del consentimiento, cabe preguntarse si es título hábil para la usucapión ordinaria, que exige en el poseedor usucapiente buena fe y *justo título*, entendiendo por justo título el que es verdadero y *válido* (cfr. art. 1953 CC).

Como es fácil comprender, el anterior interrogante nos lleva a un problema extraordinariamente difícil, y con seguridad aconseja un trabajo aparte; pero no podemos eludir el ofrecer, al menos, un acercamiento a la cuestión en orden a presentar un estudio lo más completo posible de la materia que aquí nos convoca.

Es indiscutible que la falta de poder dispositivo en el enajenante al tiempo de celebrar el contrato, no puede afectar a la validez del contrato si esa ajenidad forma parte de la economía del mismo, y es una situación asumida implícita o explícitamente por el *accipiens*. Pero éste no es (no puede ser) el caso para el que está pensada la usucapión ordinaria, pues en ésta, por hipótesis, el (pseudo)adquirente ha de desconocer la ajenidad del bien, ya que en ese desconocimiento radica su buena fe que le abre las puertas a la usuca-

---

<sup>49</sup> En este punto, resulta de gran interés la doctrina afirmada por la STS de 2 de octubre de 1867: «En el contrato de compraventa, el vendedor está obligado á manifestar al comprador los vicios ó defectos de la cosa vendida y las cargas ó gravámenes que sobre sí tenga, porque no siendo visibles ó notorios y encubriéndolos, le inducirá á error, faltando en este caso la buena fe y la libre voluntad y verdadero consentimiento de los contrayentes, que son los principios constitutivos y esenciales del contrato. De conformidad con ellos, la ley 63, tít. 5.º de la Partida 5.ª, impone como pena de su descuido ó mala fe al que vende casa ó torre sobre la que pese un gravamen que afecte á la propiedad ó menoscabe el pleno dominio, que no cumpliendo con el deber expresado pueda el comprador pedir la rescisión del contrato con el abono de daños y perjuicios» (recogido en PANTOJA, II, 1886, 317)

<sup>50</sup> En ella puede leerse: «tanto la doctrina científica como la jurisprudencia, y sobre la base de la amplitud de los términos en que se pronuncia el art. 1.445 Cc, como definidor del contrato de compraventa, consideran legítima la llamada “venta de cosa ajena” (...), y ello lo será siempre que no medie engaño por parte del que vende, en cuyo caso cabría su nulidad por dolo, pues tal figura jurídica tiene como límite (aparte del engaño expresado) la efectiva transmisión (tradición) de la cosa en su día, la que, entre las partes afectadas, puede sustituirse, si tal elemento falta, por la correspondiente indemnización, efecto típico de cualquier incumplimiento».

En la doctrina, Morales Moreno se había pronunciado a favor de la anulabilidad del contrato, en la venta de cosa ajena, en caso de que el vendedor fuera conocedor de la ajenidad de la cosa, además de que éste también incidirá «en un supuesto de responsabilidad por culpa in contrayendo [sic.], responsabilidad que le puede ser exigida, tras la evicción (art. 1.478.5.º) o antes de que ésta se produzca» (MORALES, 1993, p. 934)

pión ordinaria (cfr. art. 1950 CC). Esta situación nos puede llevar, sin duda, al de *error vicio del consentimiento* en los términos que acabamos de ver<sup>51</sup>; y esto conduce irremediablemente al problema de si un contrato *anulable* (como es el celebrado con error vicio del consentimiento) es un contrato válido aunque impugnado, o si por el contrario se trata de un contrato inválido pero confirmable<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> En este punto, conviene llamar la atención sobre la *Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos*, elaborada por la Comisión General de Codificación en el año 2023. En el artículo 1290 de dicha Propuesta, puede leerse que «No afectará a la validez del contrato el *mero hecho* de que, en el momento de su celebración, (...) alguno de los contratantes carezca de la facultad de disponer de los bienes a los que el contrato se refiere». La cursiva es nuestra, y pone de relieve que, en efecto, el *mero hecho* de la falta de poder dispositivo no es suficiente para entender que un contrato no es válido, pero no se descarta que ese hecho, unido a otras circunstancias, sí puedan llevar a negar la validez, como puede suceder, marcadamente, cuando ese hecho es, además, constitutivo de error vicio (de modo que ya no es el *mero hecho* de la ajenidad del bien por parte del disponente).

<sup>52</sup> Este problema, en relación con la habilidad del título en sede de usucapión ordinaria, no se plantea en el Derecho francés. En éste, tanto *lege latae* como desde su análisis por la doctrina, la venta de cosa ajena no ha planteado problemas en cuanto a su aptitud para ser *justo título* para la usucapión decenal (que nosotros llamaríamos ordinaria) inmobiliaria (pues en sede de usucapión mobiliaria, *la possession vaut titre*). Y no genera dudas, habida cuenta de la regulación de la materia. El segundo párrafo del artículo 2272 del Code dispone: «...*celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble en prescrit la propriété par dix ans*». Y añade el artículo siguiente (el 2273): «*Le titre nul par défaut de forme ne peut servir de base à la prescription de dix ans*». Lo anterior permite afirmar que el requisito del *justo título* (*juste titre*), se mueve en torno a dos ideas definidoras, una de sentido positivo, y otra de sentido negativo: a) En cuanto a lo primero, doctrina y jurisprudencia no tienen problema para entender que es justo título en este ámbito aquel que, siendo de naturaleza traslativa a título particular, hubiese supuesto la transmisión del dominio o derecho real limitado, si hubiese sido otorgado por el *verus dominus* (CARBONNIER, 1973, p. 224. También MAZEAUD, 1979, pp. 233-236 (§ 1501-1503); y más recientemente, DROSS, 2012, p. 236 (§§ 289 y 290). b) Con respecto a lo segundo (elemento definidor negativo), el artículo 2273 del Code dispone que un *defecto de forma* que implique nulidad del título no puede servir de base para la usucapión inmobiliaria decenal. Como se ve, en su literalidad, el precepto tiene un alcance muy limitado, como ha sido puesto de manifiesto por Dross, habida cuenta de la general libertad de forma en los negocios (Dross, 2012, p. 238 (§ 291)). Sin embargo, ni doctrina ni jurisprudencia han encontrado problemas para ampliar el alcance de esta disposición, y abarcar todo supuesto de *nulidad*, ya ésta obedezca a razones de forma o a razones sustantivas o de fondo, siempre que estemos ante *nulidad absoluta*, de manera que los supuestos de *nullité relative* no impedirían seguir hablando de *juste titre* que, junto con la *bonne foi* permitirían la usucapión inmobiliaria decenal (CARBONNIER, 1973, pp. 224-225. También MAZEAUD, 1979, pp. 233-236). La razón de esta distinción, ampliamente admitida, radica en que la nulidad relativa sólo puede ser por aquel en cuyo favor se prevé: como ponen de relieve MAZEAUD / MAZEAUD / CHABAS, «Cette différence entre la nullité absolue et la nullité relative est justifiée. Qui peut, en effet, se prévaloir de la nullité relative d'un acte juridique? Uniquement une partie à l'acte, celle que le législateur a voulu protéger» (MAZEAUD, 1979, p. 236, §1503). En el mismo sentido, también CARBONNIER, 1973, pp. 224-225. En contra, sin embargo, DROSS, 2012, p. 238 (§291), para quien la distinción «ne repose toutefois sur aucun fondement sérieux», por lo que «mériterait d'être abandonné au profit d'une application littérale de l'article 2273».

Así las cosas en el Derecho francés, tanto *lege latae* como desde la interpretación que jurisprudencial y doctrinalmente se ha hecho de la cuestión, y teniendo presente que la *communis opinio* es que el artículo 1599 del Code prevé un supuesto de *anulabilidad* cuyo fundamento último es el *error* en el comprador, no hay problema para admitir que la venta de cosa ajena pueda ser *juste titre* para la usucapión inmobiliaria decenal.

Para un sector muy importante de nuestra doctrina, el contrato anulable es un contrato *inicialmente válido*, pero amenazado por la posibilidad de provocar una ineficacia estructural, posibilidad que sólo se pone al servicio de aquel contratante en cuyo beneficio se tipifica la causa de anulación. Esta tesis ha sido sostenida, entre nosotros por Díez-Picazo<sup>53</sup>. Sin duda, trasladada al ámbito que ahora analizamos, explica con facilidad el requisito del justo título en la usucapación ordinaria<sup>54</sup>.

Pero la cuestión, como apuntábamos, no es sencilla. Y ello porque también se ha sostenido que el estudio del contrato nulo y del contrato anulable debe analizarse «desde la perspectiva unitaria de la regulación de los contratos *contra legem*», por bien que la distinción entre nulidad y anulabilidad como regímenes de ineficacia responda más bien al deseo del legislador de favorecer a «determinadas personas más que [a] la protección del Ordenamiento»<sup>55</sup>. Desde este punto de vista, el contrato o título anulable es *inválido* desde el inicio, si bien tiene un régimen de impugnación especial, puesto únicamente al servicio del otorgante protegido por la causa de anulación, tanto en la declaración de nulidad como en la restitutoria que va unida a ella, siendo únicamente este aspecto restitutorio el que el Código Civil somete al plazo de cuatro años del artículo 1301 CC. El principal exponente de esta tesis ha sido

---

Nótese la diferencia entre la regulación francesa y la española en cuanto a la idea de justo título para la usucapación *ordinaria*: el Code français exige que el justo título *no sea nulo*, lo que es muy distinto a lo que exige nuestro Código Civil en su artículo 1953: que el justo título *sea válido*.

<sup>53</sup> Díez-Picazo, 1996, pp. 486-489.

<sup>54</sup> Así, Morales Moreno, 2000, p. 195: el «título anulable es justo título de usucapación, en tanto no sea anulado». En la misma línea, Albaladejo, 2004, pp. 98 ss.

Sin embargo, y conviene indicarlo, explica con más dificultad el que la usucapación extraordinaria, apoyada exclusivamente sobre el ejercicio de la posesión pública, pacífica, ininterrumpida y a título de dueño, pueda prevalecer siempre y en todo caso frente a la acción de anulación, cuyo ejercicio podría ser *formalmente* tempestivo mucho tiempo después de que se haya iniciado una posesión apta para la usucapación extraordinaria (cfr. art. 1301-3.º CC). Si se consuma la usucapación extraordinaria, ésta debe impedir el triunfo de la pretensión restitutoria del que anula el contrato, aunque éste lo haga dentro del plazo de cuatro años previsto en el art. 1301 (así, Yzquierdo Tolsada, 2001, especialmente pp. 629-631), lo que es perfectamente coherente con el papel institucional de la usucapación extraordinaria: limitar el análisis retrospectivo en la regularidad de la cadena de transmisiones, con el fin de que la propiedad no permanezca incierta (Gayo, Instituciones, II, § 44), o lo que es igual, que no haya pleitos eternos sobre el dominio (Heinneccio, Recitaciones del Derecho Civil, I, § 439). Como el citado autor concluye, con base en ideas anteriores de Hernández Gil, «[l]a posesión en concepto de dueño, pública, pacífica e ininterrumpida (...) lo es todo, pero también *frente a todos*, incluido el contratante que impugna» (Yzquierdo, 2001, p. 634).

<sup>55</sup> Así, López y López, 2022, p. 580.

Federico de Castro<sup>56</sup>, y ha encontrado continuación con las tesis que sobre el particular ha sostenido Delgado Echeverría<sup>57</sup>. Esto explica con cierta facilidad, que el carácter anulable pueda ser *opuesto* frente a una pretensión de cumplimiento, incluso cuando esta pretensión de cumplimiento se haya ejercitado transcurrido el plazo de caducidad la acción de anulación<sup>58</sup>. Es también, a nuestro parecer, la idea de anulabilidad que se contiene en la «Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos», elaborada por la Comisión General de Codificación en el año 2023<sup>59</sup>.

A diferencia de la tesis enunciada en primer lugar, este segundo modo de abordar la cuestión dificultaría en gran medida la comprensión del artículo 1953 CC, y con ello, del entero sistema de la usucapción ordinaria. Esto explica algunos valiosos y meritorios esfuerzos doctrinales que han pretendido demostrar que, aun cuando se defienda que el contrato anulable es *inválido* desde el primer momento (es decir, sin necesidad de anulación), sin embargo es también título verdadero y *válido* a efectos de la usucapción ordinaria. El fundamento del intento conciliador de ambas ideas, en apariencia incompatibles (que el negocio anulable sea *inválido*, y a la vez sea un título verdadero y *válido* para la usucapción ordinaria) gira en torno al peculiar régimen de legitimación activa para la anulación, que hace que el contrato anulable, aunque *inválido*, *funcione como si fuera un contrato válido* por cuanto la declaración de invalidez y la restitución derivada de ella *sólo* puede ser pedida por el que puede anular (v. gr., el que padece el vicio del

<sup>56</sup> DE CASTRO, 1967, especialmente pp. 498-499.

<sup>57</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, 1998.

<sup>58</sup> DE CASTRO, 1967, pp. 511-512. En contra, por todos, BORRELL Y SOLER, 1947, p. 159.

Lo que realmente llama la atención, es que autores que han entendido que los contratos anulables son válidos hasta que se anulan en el plazo de cuatro años previsto en el artículo 1301, sin embargo no tienen problema para sostener que incluso pasados esos cuatro años, el carácter anulable del contrato puede ser *opuesto* como *excepción* frente a la pretensión de cumplimiento por la otra parte (por todos, Díez-PICAZO, 2007, pp. 607-608).

<sup>59</sup> Aunque con la diferencia de que, en esta Propuesta, se diferencia claramente entre la acción de anulación, y la pretensión restitutoria derivada de la anulación, sometiéndolas a plazos diferenciados. Pero lo que ahora nos interesa es que en este texto se entiende que el contrato anulable es también, desde su inicio, *inválido*. Ello se pone expresamente de manifiesto al abordar la anulabilidad del contrato celebrado por menores de edad, en el artículo 1292, en el que se puede leer que se trata de contratos «que los menores de edad no pueden celebrar *válidamente*» (la cursiva es nuestra). Por otro lado, la Propuesta permite *oponer* el carácter anulable de un contrato frente a la pretensión de cumplimiento de la otra parte, incluso en un momento en que ya debiera entenderse caducada la posibilidad de ejercitar la acción de anulación (cfr. art. 1300-2.º de la Propuesta).

consentimiento)<sup>60</sup>, y únicamente frente a la otra parte del contrato anulable, sin que ello sea posible, ni para la otra parte del contrato, ni para el (ex) *versus dominus* perjudicado por la usucapión y eventual reivindicante<sup>61</sup>. Buen exponente de esta perspectiva es Yzquierdo Tolsada, quien ha afirmado que «el contrato anulable, aun desde su consideración de inicial invalidez, resulta eficaz también desde el principio, pues nunca va a poder ser alegado por el (ex) dueño que intente la reivindicación. La invalidez originaria no es, pues, obstáculo para esta consideración de eficacia que, de cara a la usucapión, proporciona al contrato anulable el hecho de encontrarse limitada la legitimación activa en la acción de anulabilidad única y exclusivamente a la persona del contratante protegido»<sup>62</sup>.

No obstante lo meritorio de esta construcción, y del intento conciliador de dos ideas que el ilustre jurista entiende que sólo son incompatibles en apariencia, nosotros entendemos que no resuelve el problema de fondo si, en efecto, se entiende que el comprador tiene, en la misma medida que la obligación de entregar la cosa vendida, la obligación de transmitir su propiedad: únicamente desplaza el problema al ámbito de la eficacia, punto de vista que hace que, a efectos prácticos, el contrato anulable *pueda funcionar como* un contrato válido, habida cuenta de su peculiar régimen de legitimación activa; pero el contrato *sigue siendo inválido*, que es *justo lo contrario* de lo que pide el artículo 1953 para la usucapión ordinaria<sup>63</sup>. En

<sup>60</sup> Debe ser tenido muy en cuenta el interesante trabajo de YZQUIERDO TOLSADA, 2001. En concreto, en su página 635 puede leerse: «La invalidez originaria no es (...) obstáculo para esta consideración de eficacia que de cara a la usucapión, proporciona al contrato anulable el hecho de encontrarse limitada la legitimación activa en la acción de anulabilidad única y exclusivamente a la persona del contratante protegido».

<sup>61</sup> «La posesión se tiene en virtud de un título anulable cuya invalidez no se ha hecho valer por quien podía hacerlo, y esa posesión, investida de las condiciones propias de la usucapión, sirve para usucapir frente a quien era el verdadero dueño de la cosa. Eso sí, si después de lograda la usucapión, la acción impugnatoria se ejercitase, la cosa debería ser devuelta como efecto restitutorio de la anulabilidad» (YZQUIERDO TOLSADA, 2001, p. 633).

<sup>62</sup> YZQUIERDO TOLSADA, 2001, p. 635.

<sup>63</sup> Lo que pide el artículo 1953 es que el contrato sea *válido*, no que sea *eficaz*, por bien que esto último sea consecuencia normal de lo primero. Indudablemente, el negocio *rescindible* es válido (cfr. art. 1290 CC) a efectos de usucapión ordinaria (cfr. art. 1953 CC). Incluso los autores que han defendido que el contrato anulable no es un contrato nulo, y que por ello despliega efectos y en este sentido es un contrato eficaz (por ejemplo, puede transmitir, o ser causa de transmisión, del dominio), califican el contrato anulable de contrato *inválido*, a pesar de su eficacia inicial [así, VON TUHR, 2005, p. 270; para el Derecho italiano, STOLFI ha concluido que si bien el contrato anulable existe *ab origine* y despliega sus efectos, adolece de un vicio que «impide considerarlo completamente válido» –STOLFI, 1959, p. 95; más recientemente, y también para la doctrina italiana, ROPPO, 2001, especialmente pp. 737-739, y 837-838–].

definitiva, si fuese cierta esa obligación de transmitir la propiedad por el vendedor, el problema sería tal y como plantearon Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill: después de conectar conceptualmente el desconocimiento ínsito en la buena fe *ex* artículo 34 LH con el error, concluyeron que «[l]a fe pública registral, con su posible adquisición “*a non domino*” exige que el negocio jurídico de finalidad traslativa sea *válido* como tal, lo cual no ocurre exactamente en materia de usucapión, atendido lo que dispone el art. 1.952 del Código Civil»<sup>64</sup>.

Ciertamente, parece de la máxima incoherencia el que, estando pensada la usucapión ordinaria precisamente para proteger al adquirente de buena fe *a non domino*, pueda afirmarse simultáneamente que, por hipótesis, al ser su contrato inválido, no puede integrar los presupuestos de la usucapión ordinaria (pues el contrato no es válido).

Todo lo anterior, en nuestra opinión lo que pone de manifiesto, y para lo que nos ha de ser útil, *es para descartar la idea de que el vendedor tenga la obligación de transmitir la propiedad de lo que ha vendido, entendiendo esa obligación de manera similar a como habría que entender la obligación de entregar lo que vende (obligación ésta que, indudablemente, tiene).*

De otro modo, y para no caer en el absurdo de dar pie a interpretaciones que podrían conducir nada menos que a bloquear el juego de la usucapión ordinaria precisamente para el grupo de supuestos para el que está pensada, sólo habría dos opciones:

a) Una solución *lege latae*, similar a la que existe para la venta de cosa ajena en el Derecho italiano, por la que se excluiría de manera expresa el supuesto de venta de cosa ajena del régimen del error vicio de la voluntad.

En este sentido, el artículo 1479 del Codice Civile resulta expresivo: *Il compratore può chiedere la risoluzione del contratto, se, quando l'ha concluso, ignorava che la cosa non era di proprietà del venditore, e se frattanto il venditore non gliene ha fatto acquistare la proprietà.* Como ha puesto de relieve ROPPO, al referirse al error sobre la pertenencia de la cosa por el disponente, afirma

<sup>64</sup> ROCA SASTRE / ROCA-SASTRE MUNCUNILL, 1995, p. 343, nota al pie 355.

que «la fattispecie è espressamente sottratta alla disciplina ell'errore, per essere trattata col rimedio della risoluzione (art. 1479)»<sup>65</sup>. La explicación de esta solución la explica con claridad Pietrobon: «la titularidad del derecho, o la legitimación para disponer, no se encuentra entre los elementos que integran el supuesto de la validez, sino que forman parte de los efectos, y precisamente, de los presupuestos de eficacia del negocio, razón por la que su falta no puede conducir a la nulidad, sino únicamente dar lugar a remedios de carácter objetivo, como la resolución»<sup>66</sup>. Con todo, y como ha explicado Rubino, no se trata de la resolución «ordinaria» por incumplimiento: el comprador tiene derecho a la resolución *sic et simpliciter*, por el solo hecho de no ser la cosa del vendedor; y no se basa en el incumplimiento por el vendedor de transmitir la propiedad, pues si así fuera, se exigiría la fijación de un plazo suplementario en favor del vendedor para poder éste adquirir el bien del *verus dominus*<sup>67</sup>.

Como apunte complementario, debe ponerse de relieve que la ya varias veces citada «Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos», elaborada por la Comisión General de Codificación en el año 2023, propone como solución de esta cuestión la alternatividad de regímenes en su artículo 1309: «La parte contratante legitimada para ejercitar tanto los remedios previstos en este capítulo como los fundados en el incumplimiento del contrato puede elegir entre unos u otros».

b) Una solución *interpretativa* –por cierto, fácil de asimilar por extendida en el ámbito europeo– o *lege ferenda*, de preferencia de los remedios del incumplimiento sobre los anulatorios cuando un mismo supuesto de hecho pudiera ser regido por ambos bloques normativos.

En líneas generales, jurisprudencia y doctrina se muestran proclives a abandonar los regímenes específicos de saneamiento, en favor de los regímenes generales, ya se trate del general del incumplimiento, ya del anulatorio por error vicio; y entre ambos, la seguridad del tráfico aconseja, en nuestra opinión, una preferencia por la aplicación

<sup>65</sup> ROPPO, 2001, p. 797

<sup>66</sup> RUBINO, 1971, p. 491.

<sup>67</sup> RUBINO, 1971, 360-361. Para un análisis de la venta de cosa ajena como incumplimiento, y su relación con la doctrina general del incumplimiento contractual, véase FERRI, 1984, pp. 234-240.

del primer sistema (responsabilidad por incumplimiento) frente al segundo (el anulatorio): la consecuencia restitutoria derivada del triunfo de la resolución *ex* artículo 1124 CC no afectará, en línea de principio, a los terceros subadquirentes; todo lo contrario de lo que sucede con la consecuencia restitutoria procedente de la anulación (y ello, aunque de manera insistente el Tribunal Supremo ha pretendido explicar la consecuencia restitutoria derivada de la resolución desde el artículo 1303 CC, lo que no es exacto).

En cuanto a los textos del llamado *Soft Law*, y al análisis del Derecho comparado, puede afirmarse una tendencia hacia los remedios por incumplimiento frente a los anulatorios. Es cierto que en los textos de *Soft Law* europeos, la tendencia es admitir la alternatividad de acciones cuando un mismo supuesto de hecho puede ser constitutivo de un incumplimiento y de un error anulatorio<sup>68</sup>; pero los Principios UNIDROIT suponen un ejemplo de clara preferencia por el régimen del incumplimiento frente al anulatorio<sup>69</sup>. Por su parte, aun cuando las soluciones propuestas por los PEDC o el DCFR se pretenden apoyar en ser expresión de un pretendido sentir común a nivel europeo, esto no parece, ni mucho menos, obvio, y se ha llegado a apuntar que en realidad sucede justo lo contrario. En este sentido, son expresivas las palabras de Lohsse<sup>70</sup>: «It has therefore sometimes been said that PECL 4;119, DCFR II.- 7:216, and CESL 57 correspond to a “common European Standard”. A more detailed comparative analysis, however, shows that this is rather too simplified a picture of European Law, and that in recent times there may even be a *tendency to exclude avoidance for mistake where remedies for non-performance are applicable (...). Quite a number of national laws (...)* bar avoidance for mistake where remedies for non-performance are (or were) available» (p. 738) (la cursiva es nuestra).

Concretamente, la misma preferencia por los remedios por incumplimiento frente al anulatorio por error, se muestra en el Derecho alemán<sup>71</sup> y el británico<sup>72</sup>.

<sup>68</sup> Cfr. art. 4:119 PEDC; art. II.-7:216 DCFR; art. 57 CELS.

<sup>69</sup> Art. 3.2.4: «A party is not entitled to avoid the contract on the ground of mistake in the circumstances on which that party relies, or could have afforded, a remedy for non-performance».

<sup>70</sup> LOHSSE, 2018, pp. 737-739.

<sup>71</sup> Cfr. DANCKELMANN / ELLENBERGER, 2023, p. 101 (marginal 28). También WAIS, 2020, p. 147; y SCHAUB, 2020, p. 756.

<sup>72</sup> Cfr. TREITEL, 2011, pp. 318-319 (§8-016).

## 2.4 El alcance de la afirmada obligación de transmitir la propiedad: una obligación de medios

La verdadera clave de bóveda de la materia que ahora estamos analizando, radica en el alcance que deba dársele a la afirmación, ampliamente compartida tanto por los autores como por la jurisprudencia, conforme a la cual el vendedor tiene la obligación de transmitir la propiedad de la cosa vendida<sup>73</sup>. Como ha apuntado certeramente Miquel González, «la cuestión no siempre se plantea de manera suficientemente precisa»<sup>74</sup>.

Por ello, lo primero que debemos preguntarnos, es qué se quiere expresar cuando se afirma que el vendedor *tiene* la *obligación de transmitir la propiedad de lo que vende*. Porque, en términos lógicos, y con independencia de que en un sentido explicativo pueda admitirse la idea por su plasticidad y expresividad, lo cierto es que resulta difícil afirmar que el vendedor tenga la obligación de transmitir la propiedad de la cosa vendida.

Cuando se hace esa afirmación (es decir, la positiva existencia de una tal obligación de transmitir), creemos que no se tienen debidamente en cuenta dos ideas que consideramos fundamentales para comprender la dimensión del problema, y para delimitar el alcance de una tal pretendida afirmación:

a) La transmisión de la propiedad es una *consecuencia jurídica*, y por tanto, como tal, no puede ser *objeto* de un comportamiento solutorio, sino ser consecuencia *netamente jurídica* de éste último. Naturalmente, la transmisión de la propiedad por acto de tráfico necesita de un *supuesto de hecho*, cuya configuración exige un comportamiento del eventual transmitente y del eventual adquirente; pero el efecto traslativo, repetimos, *netamente jurídico*, requiere de unos *presupuestos* que están más allá de la conducta solutoria de los actores del tráfico; de entre ellos, el que nos interesa es que el vendedor disponente sea el *verus dominus*. Demostrar en cada caso concreto el cumplimiento de esta cuestionada obligación de transmitir la propiedad, exigiría del disponente, bien probar que adquirió de una manera inatacable (v. gr., *ex art. 85 del Código de Comercio*; o *ex art. 34 LH*), bien probar una cadena antecedente de transmisiones *formalmente regular* hasta cumplir el plazo de la usucapión (extraordinaria).

Debe diferenciarse claramente entre la obligación de entrega de la cosa vendida, de la consecuencia traslativa del dominio que, en

<sup>73</sup> Para un panorama actual de la cuestión, véase MACÍA MORILLO, 2023, p. 6558.

<sup>74</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, 2006, p. 238.

su caso, aquélla tendrá<sup>75</sup>. Traducida esta distinción a términos más propios del derecho de obligaciones, podríamos afirmar que la primera (obligación de entrega) es una obligación *de resultado*, pero la segunda es, a lo sumo, constitutiva de una obligación *de medios*<sup>76</sup>.

En este sentido, creemos que lo dispuesto en la Ley 567 del Fuero Nuevo de Navarra es fiel reflejo, en un sistema transmisivo de título y modo, de la forma de entender la cuestión que acabamos de exponer, y tal vez no haya recibido la atención que merece. En efecto, la Ley 567 del Fuero Nuevo de Navarra dispone:

*«Por el contrato de compraventa, el vendedor se obliga a entregar la libre posesión de la cosa vendida; queda igualmente obligado a hacer todo lo posible para que el comprador adquiera la propiedad sobre la misma. Asimismo se obliga el vendedor al saneamiento por evicción y vicios ocultos, salvo que las partes hubieren pactado otra cosa».*

Como se ve, la obligación de entrega sí puede calificarse, con facilidad, como una obligación de resultado, lo que tiene perfecto sentido; pero la adquisición de la propiedad por el comprador es una obligación *de medios*, lo que también tiene perfecto sentido: como ha puesto de relieve Nanclares al estudiar en este punto la transcrita Ley 567 del Fuero Nuevo, «[l]as dificultades a la hora de comprobar si realmente una persona es la propietaria de la cosa que pretende vender (*probatio diabólica*), nos llevaría a examinar la cadena de transmisiones de las que trae causa su título de dominio y por tanto a ralentizar hasta límites insospechados del tráfico jurídico. Para evitarlo y con el fin de no imponer al comprador la carga de asegurar su titularidad (titularidad que difícilmente podría garantizar), se obliga al vendedor tan sólo a hacer todo lo posible para que el comprador adquiera la propiedad»<sup>77</sup>.

Naturalmente, nada impediría la validez de un pacto en que se obligue al vendedor a transmitir la propiedad como obligación de *resultado*, pero cuando se pacta esa tal obligación, más que de obligación de transmisión como obligación de resultado propiamente

<sup>75</sup> No puede entenderse la obligación de transmisión de la propiedad embbebida en la de entrega, como parece sugerir la ya mencionada SAP de Zaragoza de 7 de septiembre de 1994 (Pte: Seoane Prado) (TOL384.466).

La doctrina que entendemos correcta, la encontramos, entre otras, en la STS 97/2019, de 14 de febrero de 2019 (Pte: Parra Lucán), en la que se diferencia con claridad el aspecto obligacional del jurídico-real.

<sup>76</sup> En este sentido, véase MIQUEL GONZÁLEZ, 2006, p. 238.

<sup>77</sup> NANCLARES, 2002, p. 395. Sobre el alcance de la obligación de transmisión de la propiedad en la compraventa, en el Fuero Nuevo de Navarra, véase también LISO LARREA, 2002, especialmente pp. 1936-1938.

dicha, habría que entender que estamos ante un *pacto de garantía* de transmisión de la propiedad, esto es, un pacto distribuidor del riesgo contractual en ese aspecto<sup>78</sup>.

Fuera de los casos recién apuntados, creemos que acierta la STS 3811/1997, de 30 de mayo de 1997 (Pte: Sierra Gil Cuesta) (RJ\1997\4328) cuando apunta que «el contrato de compraventa (...) no es un contrato traslativo de la propiedad, si no media la “tradicito” o entrega del objeto, o dicho en otras palabras, la obligación de poner los medios adecuados para transmitir la propiedad de una cosa».

Lo anterior viene confirmado, en nuestra opinión, por el análisis de Derecho comparado. Incluso en Ordenamientos en los que positivamente se prevé la obligación por parte del vendedor de transmitir la propiedad de la cosa vendida, las conclusiones prácticas apenas difieren de las que son razonables en nuestro Derecho, aun careciendo, como sabemos, de una tal afirmación en la Ley. La utilidad de la afirmación legal de esa afirmación, se reduce fundamentalmente a poner a cargo del vendedor, no sólo la realización de los actos que llevarían a la transmisión de la propiedad (lo que parece obvio), sino también a soportar los costes económicos que ello supone<sup>79</sup>. Prueba de ello es el estado de la cuestión en el Derecho alemán. El § 433.1 BGB dispone que «por el contrato de compraventa, el vendedor de una cosa se obliga a la entrega de la cosa al comprador y a transmitirle la propiedad sobre la cosa». A la hora de interpretar esta disposición, la doctrina alemana está de acuerdo en entender que lo que el precepto dispone es una obligación por parte del vendedor de realizar todo lo preciso para que la transmisión de la propiedad se pueda producir, incluida la obligación de soportar el coste económico que ello conlleva<sup>80</sup>; pero negando que tal obligación de transmisión de la propiedad exista *como tal*<sup>81</sup>. En definitiva, una obligación *de medios*.

Como acabamos de apuntar, y salvo pacto en sentido distinto, no parece lógico entender que el vendedor tenga la obligación de transmisión de la propiedad de lo que

---

<sup>78</sup> Como sucedió en el caso objeto de la STS 2083/2013, de 18 de abril de 2013 (Pte: O’Callaghan Muñoz) (RJ\2013\3386). En el caso de esta sentencia, se pactó expresamente la obligación de transmisión de la propiedad, que al no producirse, motivó la resolución del contrato con fundamento en el artículo 1124 CC.

<sup>79</sup> La proyección práctica de esta afirmación es clara en un sistema transmisivo inmobiliario de inscripción constitutiva: en tal caso, de la afirmación de la obligación de transmitir la propiedad, deriva, como consecuencia de ella, la obligación por parte del vendedor de *inscribir* la venta, y con ello, de soportar los costes de la inscripción. En nuestro Derecho, una tal afirmación general carece de fundamento.

<sup>80</sup> WESTERMANN, 2019, p. 46.

<sup>81</sup> Así, claramente, WEIDENKAFF, 2023, pp. 675-676: «Der Verk schuldet nicht den Übergang des Eigent, sondern nur die Handlungen, die seinerseits erfüllt sind: die geschäftliche Erklärung abzugeben; die ggf. notwendig Zustimmung Dritter beizubringen, zB die des bestohlenen Eigentümers bei einem Stückkauf (§ 935 I), wobei § 275 I u. par. 311a anzuwenden wären (...)».

vende, entendida esta obligación como *de resultado*. Frente a esto, podría argumentarse que no carece de lógica la afirmación de esa obligación de resultado, por cuanto sí se prevé en nuestro Código Civil para la *permuta*: en ella, siguiendo un parecer muy autorizado de la doctrina, y parece también que con apoyo jurisprudencial, de los artículos 1538 y 1539 CC (sobre todo del último de los preceptos mencionados) parece derivarse esa tal obligación<sup>82</sup>.

En nuestra opinión, un artículo como el 1539 CC no puede entenderse desconectado de su origen histórico<sup>83</sup>, y concretamente de su precedente romano (francamente aceptado por García Goyena en su glosa al artículo 1470 del Proyecto de Código de 1851, antecedente del actual 1539<sup>84</sup>). La obligación de transmisión de la propiedad en la permuta, inexistente en la compraventa romana, obedece exclusivamente a una pretendida razón de lógica formal y categórica: en el Derecho Romano, la permuta era un *contrato innominado y real*, a diferencia de la compraventa (nominado y consensual), y esto explica la profunda diferencia entre compraventa y permuta en el aspecto que ahora nos interesa<sup>85</sup>: del hecho de que la permuta sólo exista con la entrega de la cosa, se deriva como consecuencia que (D. 19.4.1) «*alienam rem dantem nullam contrahere permutationem*». En este sentido, la razón de la obligación de transmisión de la propiedad en sede de permuta, en el sentido en que se propone por la doctrina y jurisprudencia en nuestro Derecho, sólo puede entenderse viva en la misma medida en que vivo se entienda el sistema de fuentes contractuales romano, y la categoría del contrato real.

Con todo, el precepto no es inútil, y tiene un importante valor interpretativo: confirma que en la compraventa no existe la obligación de transmisión del dominio como obligación de resultado<sup>86</sup>.

---

<sup>82</sup> En la doctrina, por todos, MIQUEL GONZÁLEZ, 2006, pp. 247-248 y RODRÍGUEZ GUTIÁN, 2016, p. 339. Esta última autora, concisa pero claramente, concluye: «la obligación de la transmisión de la propiedad del bien es una diferencia clara entre el contrato de permuta y el contrato de compraventa».

En la jurisprudencia, resulta ilustrativa la STS 4437/1999, de 22 de junio de 1999 (Pte: O'Callaghan Muñoz) (RJ1999\4890).

<sup>83</sup> Como ha puesto de manifiesto Capilla Roncero, la obligación de transmitir la propiedad en la permuta se basa en lo dispuesto en el artículo 1539 citado y en «sus antecedentes históricos» (CAPILLA RONCERO, 1995, p. 4858).

<sup>84</sup> GARCÍA GOYENA, 1852, Tm. III, p. 439.

<sup>85</sup> Al respecto, BIONDI, 1972, p. 516.

<sup>86</sup> En torno a la utilidad de la comparación entre el régimen de la compraventa y de la permuta en este sentido, véase ALBALADEJO, 2004, p. 518, § 86-11.

b) Cuando se pretende encontrar en la buena fe la obligación de transmisión de la propiedad en la compraventa (como parece admitirse en la STS 386/2019, de 14 de febrero de 2019 –Pte. Parra Lucán– (RJ\2019\545)), ciertamente no se puede negar que desde un punto de vista sociológico, el comprador no aspira sólo a ser *poseedor* de lo que compra, sino que compra *porque* quiere ser propietario. En este sentido, se abre la puerta de una manera franca a la aplicación del artículo 1258 CC, cuando dispone que los contratos no obligan sólo a lo expresamente pactado, sino también, entre otros aspectos, a lo que deriva de la buena fe, buena fe entendida aquí como fuente de deberes implícitos que *acompañan* a todo derecho<sup>87</sup>, y que es un «modelo de conducta social o la conducta que la conciencia social exige como necesaria en virtud de un imperativo ético dado»<sup>88</sup>. En este sentido, Miquel González ha sostenido que el vendedor que sabe que está vendiendo algo que no le pertenece (y la ajenidad de la cosa no forma parte de la economía del contrato) «no ha cumplido su obligación», pues «no es conforme a la buena fe vender y entregar cosas ajenas a sabiendas, sin asumir expresa o tácitamente frente al comprador la obligación de adquirirlos»<sup>89</sup>, pero hay que admitir que «no se trata de una obligación estricta impuesta por las normas dispositivas del contrato de compraventa»<sup>90</sup>.

Nótese que aquí, el incumplimiento que puede dar lugar a las acciones correspondientes y a la responsabilidad indemnizatoria por incumplimiento, deriva de la reprochabilidad de la conducta, y no de la conducta objetivamente y en sí misma considerada (venta de cosa ajena): *incumple por faltar a la buena fe, no por haber vendido algo ajeno*; o más exactamente, por haber vendido algo ajeno faltando a la buena fe. Por lo tanto, la buena fe en el sentido de fuente integradora del contrato ex artículo 1258 CC, no puede ser argumento para afirmar, o construir, una obligación de transmisión de la propiedad en la compraventa como obligación de resultado.

Afirmar que el vendedor tiene la obligación de transmitir la propiedad de lo que vende, pero en el entendido de que esta obligación es sólo una obligación *de medios* (hacer todo lo posible para que la consecuencia jurídica *transmisión de la propiedad* se produzca en favor del comprador), creemos que ofrece una respuesta adecuada a este importante problema del derecho de contratos y derecho de bienes. Y lo creemos, porque junto con afirmar la obligación de trans-

<sup>87</sup> LÓPEZ Y LÓPEZ, 2016, p. 591.

<sup>88</sup> Díez-PICAZO, 2007, p. 432.

<sup>89</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, 2006, p. 245.

<sup>90</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, 2006, p. 248.

misión, salva el problema de la *validez del contrato*: si la obligación de transmisión *es de medios*, ya no hay espacio lógico para el *error vicio de la voluntad* (ni en la cosa, ni en la persona) que pudiera justificar la anulación del contrato. Cuando indicamos aquí que estamos ante una obligación de medios, no queremos decir que estemos ante una obligación de diligencia (como si pudiera decirse, como ha defendido Gaspar Glera, que basta con que el vendedor haga todo lo posible para que el comprador adquiera la propiedad, no pudiéndose hablar de incumplimiento «cuando el vendedor ha hecho todo lo posible para que se verifique la transmisión y, sin embargo, ésta no se produce» (Gaspar Glera, 2017, 22): cuando hablamos de obligación de medios en este punto, no puede hacerse en este sentido, como claramente lo demuestra la existencia de un régimen de saneamiento por evicción: lo hacemos para poner en claro que no es una obligación de resultado (como sí lo es la obligación de entrega).

Que la obligación de transmisión de la propiedad de la cosa por parte del vendedor sea una obligación típicamente de medios, se pone de manifiesto, por ejemplo, en lo dispuesto en el artículo 1455 (en conexión con el artículo 1462 CC: la escritura pública equivale a la entrega –vale decir, al *modo traditivo ex* artículo 609 CC–). Pero el momento en que de forma más intensa, e importante para este estudio, se pone de manifiesto, es en todo el bloque normativo regulador del saneamiento por evicción. Es perfectamente lógico que el vendedor deba proteger al comprador de todo lo que a éste le suponga una posesión no pacífica y no interrumpida, pues, salvo que haya operado en favor del comprador una adquisición *a non domino*, y descartado que el vendedor tenga que probar ante el comprador su propiedad (*probatio diabólica*) será la usucapión lo que en el tráfico puede dar firmeza a la propiedad. En este sentido, creemos que es perfectamente lógico entender el régimen del saneamiento por evicción como un régimen auxiliar de la usucapión, y concretamente, de la usucapión *ordinaria*<sup>91</sup>. La

---

<sup>91</sup> No debiera olvidarse que la usucapión supone en un sistema como el nuestro, y en cualquier que se haya inspirado en el sistema transmisivo romano, la institución básica de seguridad en la transmisión de los bienes; función que, para el tráfico inmobiliario y en un sistema registral de fe pública, queda muy diluido, pero cuya importancia sigue estando presente en sistemas registrales inmobiliarios de mera oponibilidad, como sucede con el sistema francés. En este punto, las palabras de Josserand nos parecen muy ilustrativas: «Ambas instituciones [en relación con el registro y la usucapión] se complementan perfectamente bien. Gracias a la usucapión de treinta años, sabe el comprador que trata con un individuo que *ha tenido*, en cierto momento, la propiedad del inmueble; gracias a la transcripción, sabe que este individuo ha guardado la propiedad, que no la ha enajenado, que es un propietario *actual*» (JOSSERAND, Tm. I, vol. III, 1950, p. 285).

finalidad inmediata del saneamiento por evicción es proteger el estado posesorio del comprador, y sus cualidades de *legal y pacífica*; pero de manera mediata, y a través de esa protección, el vendedor pone al comprador en el camino a la usucapión ordinaria. En este punto, se pone de relieve la influencia del Derecho Romano en la lógica actual del saneamiento por evicción, y en la existencia de una obligación de transmisión de la propiedad: como ha explicado Cuenca Casas, la inexistencia en el Derecho Romano de una positiva obligación de transmisión de la propiedad sobre el vendedor, no sólo no es deficiencia técnica, sino más bien una solución derechamente pretendida. Como ha apuntado la citada autora, ciertamente el vendedor tiene la obligación de entrega de la cosa vendida; pero la entrega es el *contingente* de la *traditio*, la cual sólo opera si el vendedor es el *verus dominus*. Así, «todo vendedor, por el hecho de vender, pone los medios necesarios para que la transmisión opere, y aun no siendo dueño, coadyuva a que la misma se produzca a través de la usucapión y en el ínterin, garantiza para el caso de evicción, instrumentos que sólo tienen sentido si el vendedor no es dueño. Todo ello hace pensar que la venta de cosa ajena (...) era contemplada en los textos clásicos con gran naturalidad hasta el punto de que parece el sistema romano construirse sobre esta posibilidad: la usucapión y la institución de la garantía en caso de evicción son buena prueba de ello». Y más abajo añade: «Esta particularidad, en torno a la cual se justifica en gran parte una institución tan importante como la usucapión, no puede en ningún caso entenderse como una mera deficiencia técnica. Más bien fue una decisión buscada. Como señala CANNATA, una genuina creación romana, dirigida a solventar un problema muy concreto cual es la dificultad que en el Derecho romano presentaba la prueba del derecho de propiedad, denominada por los glosadores *probatio diabólica*. En este sentido —concluye Cuenca Casas—, esta particular configuración de la venta romana, tenía una ventaja fundamental para el tráfico jurídico: el vendedor no estaba obligado a probar su derecho de propiedad»<sup>92</sup>.

En definitiva, creemos que sobre el vendedor recae la obligación de transmitir la propiedad de lo que vende, pero en el entendi-

<sup>92</sup> CUENCA CASAS, 1996, pp. 66-67.

do de que se trata de una obligación de medios, y no de resultado: el vendedor no incumple, si hace lo posible para que el comprador adquiera la propiedad de la cosa comprada, protegiéndole eficazmente frente a las acciones reales interpuestas por terceros y en este punto tiene perfecto sentido el régimen jurídico de la evicción, y más ampliamente, de la obligación del vendedor de mantener al comprador en la posesión legal y pacífica de lo comprado.

Pero sí debe entenderse que el comprador incumple, y con ello se debe entender al comprador habilitado para ejercitar las acciones por incumplimiento (entre ellas, claro está, la resolutoria ex artículo 1124 del Código Civil), cuando resulta claro que el vendedor no podrá continuar protegiendo al comprador, o lo que es igual, cuando mantener esa obligación de medios ya resulta inútil. En este sentido, consideramos muy apropiada la respuesta que el Tribunal Supremo dio al caso resuelto en su sentencia 386/2019, de 14 de enero (Pte: Parra Lucán) (RJ\2019\545), en la que el comprador ejercita frente a su vendedor acción resolutoria, en un caso de venta de inmueble ajeno. En el caso, el verus dominus había demandado al comprador en ejercicio de una acción reivindicatoria, que triunfó por allanamiento del comprador. El allanamiento se había producido porque en el procedimiento de reivindicación se había demostrado que el vendedor había vendido como una sola finca, lo que en el Registro de la Propiedad constituían varias fincas registrales producto de previas operaciones de segregación; demostrada esa realidad, y ante la protección registral de los demandantes de reivindicación, el comprador demandado se allanó, pero a resultas de ello, éste demandó en un procedimiento posterior a su vendedor ejercitando acción resolutoria, que triunfó y el Tribunal Supremo confirma. En este caso, como hemos indicado, la sentencia llega al resultado que creemos correcto: es evidente, por los efectos del registro en favor de los reivindicantes, que la adquisición de la propiedad por parte del comprador resulta imposible, o lo que es igual, que la obligación de transmisión de la propiedad, incluso entendida como obligación de medios, que pesa sobre el vendedor, ya no podrá cumplirse. La resolución, por tanto, era la respuesta lógica al conflicto.

## **2.5 La obligación de transmitir la propiedad como obligación de medios, y disposición por un comunero de la totalidad del dominio**

Así como hemos visto que la respuesta que el bloque normativo del derecho de contratos, debe ser la misma en el caso de venta de

cosa ajena como en el intento de disposición de cosa parcialmente ajena, lo mismo procede afirmar en cuanto a la respuesta que, para los mismos grupos de casos, ofrece el bloque normativo del derecho de obligaciones.

En efecto, y por todo lo explicado hasta aquí, debe también afirmarse la existencia de la obligación de transmisión de la propiedad que pesa sobre el comunero disponente, entendida como obligación *de medios*, en la misma medida en que la hemos entendido presente al margen de la situación de comunidad<sup>93</sup>, y seguramente, en sede de comunidad, sea más fácil comprenderla. Así como la particular interpretación, que durante años se le dio al artículo 397 del Código Civil, dificultó la extensión al ámbito de la comunidad de bienes la doctrina de la validez de la venta de cosa ajena, sin embargo, y salvado ese escollo, creemos que la concepción que del fenómeno comunitario subyace en la regulación del Código Civil, facilita la aprehensión de la obligación de transmisión de la propiedad como obligación *de medios*, para el caso en que un comunero dispone de la totalidad del dominio sin contar con la autorización de los demás. En este sentido, es particularmente expresivo el artículo 597 CC, que si bien desde un punto de vista sistemático se encuentra en sede de servidumbres, constituye expresión de una lógica extrapolable a la generalidad de supuestos en que un comunero, al pretender realizar un negocio dispositivo, excede su titularidad.

Dispone el citado artículo 597 lo siguiente:

*«Para imponer una servidumbre sobre un fundo indiviso se necesita el consentimiento de todos los copropietarios.*

*La concesión hecha solamente por algunos quedará en suspenso hasta tanto que la otorgue el último de todos los partícipes o comuneros.*

---

<sup>93</sup> En este sentido, nos parece muy ilustrativa la doctrina mantenida en la STS (Pleno) 2154/2011, de 28 de marzo de 2012 (Pte: Xiol Ríos) (RJ2012\5589): «La jurisprudencia, sin embargo, no rechaza aplicar la dogmática de la venta de cosa ajena, admitiendo la validez del contrato como simplemente generador de obligaciones (...), en aquellos casos en los que “todos tienen interés en la decisión”, dado que no se conviene la transmisión de la cosa por quien figura con poder de disposición sobre ella, sino que únicamente se impone a quien figura como vendedor la obligación de procurar su transmisión, bien porque se expresa así en el contrato, bien porque se deduce esta interpretación del hecho de que las partes tienen conocimiento de la no-pertenencia al comunero que vende de la totalidad de la cosa vendida (...), de tal suerte que el derecho de los restantes comuneros no resulta afectado, ni viciado el consentimiento de quien cree contratar con quien dispone de la cosa en su totalidad, cuando solo tiene poder de disposición sobre una cuota indivisa» (fundamento de derecho cuarto). Ciertamente, la sentencia se refiere a la obligación de transmisión como obligación de medios sólo para los casos en que la ajenidad, expresa o implícitamente, forma parte de la economía del contrato. Sin embargo, y por lo que hemos explicado en páginas anteriores, creemos extensible esa idea a todo supuesto.

*Pero la concesión hecha por uno de los copropietarios separadamente de los otros obliga al concedente y a sus sucesores, aunque lo sean a título particular, a no impedir el ejercicio del derecho concedido».*

En efecto, esta disposición, tal y como ha puesto de manifiesto Peña Bernaldo de Quirós, lejos de contener una disposición especial, contiene una explicitación de lo que debe entenderse una regla general en cuanto a la eficacia de los actos dispositivo pretendidamente realizados por no todos los comuneros, ya ese acto dispositivo pretendiera la constitución de una servidumbre (caso directamente abordado por el citado precepto) o de cualquier otro derecho real<sup>94</sup>. Por su parte, Beltrán de Heredia ha explicado que el «Derecho moderno de la copropiedad es tal y como era en el Derecho romano: Si no ha existido (...) consentimiento unánime, cada uno de los copropietarios podrá ejercitar su oposición (...), que impide la validez del acto. Hasta que esa oposición se verifica, no puede en rigor decirse que el acto sea inválido, porque (...) puede irse produciendo la sucesiva ratificación y aprobación de todos los propietarios»<sup>95</sup>.

A efectos prácticos, estaríamos ante una disposición jurídico real cuyos totales efectos parecen similares a los de una disposición sometida a condición suspensiva<sup>96</sup>, siendo el hecho condicional, ya la adjudicación del bien al/a los comuneros(s) disponente(s), ya la ratificación de los comuneros no disponentes; pero ya antes de este hecho condicional, puede tener una eficacia *parcial*, que no sólo es de naturaleza obligatoria, sino que incluso sobrepasa el efecto meramente obligacional, como pone de manifiesto el tercer párrafo del artículo 597, al prever que la disposición obliga al concedente y a sus sucesores, «aunque lo sean a título particular», lo que, como ha sido apuntado, es un caso de obligación *propter rem*<sup>97</sup>.

En cualquier caso, y considerando la respuesta que desde el derecho de obligaciones debe darse a este supuesto, parece claro que el comunero disponente *parcialmente a non domino*, tiene la obligación de procurar la expansión de la eficacia jurídico real

<sup>94</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2001, pp. 501-502. En la misma línea, véase más tarde ARANA DE LA FUENTE, 2016, p. 1612.

<sup>95</sup> BELTRÁN DE HEREDIA, 1954, pp. 281-282.

<sup>96</sup> Cfr. STS de 28 de mayo de 1986 (RJ\1986\2832), con cita a las de 5 de julio de 1958 y de 27 de mayo de 1982.

<sup>97</sup> Se discute, con todo, si esta obligación *propter rem* resulta oponible únicamente al subadquirente que al adquirir conoce de su existencia –como ha defendido CUADRADO IGLESIAS, 1993, p. 1513– o si por el contrario ese conocimiento es irrelevante para que le sea también oponible –como ha defendido KARRERA EGIALDE, 2016, p. 2307–.

pretendida a la totalidad del dominio, ya procurándose la adquisición de los demás dominios concurrentes, ya obteniendo, a decir del artículo 597-2.º, la concesión de todos los demás comuneros. Esta sería la traducción, para estas hipótesis concretas, de la obligación de transmisión de la propiedad, como obligación de medios, que pesa sobre el vendedor y que hemos analizado en el epígrafe precedente.

### 3. LA RESPUESTA DESDE LAS REGLAS DEL DERECHO DE BIENES

#### 3.1 **La regla de partida: *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet*, y la protección del *verus dominus*. El caso particular de la disposición *parcialmente a non domino*, y su posible eficacia *parcial***

##### 3.1.1 *La regla de partida: nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet, y la protección del verus dominus*

Como hemos explicado en los epígrafes anteriores, el negocio por el que alguien pretende disponer en el tráfico de lo que no es suyo, no es un negocio que deba entenderse inválido. Pero esto no significa que a ese negocio, ni a los actos de cumplimiento que las partes puedan llevar a cabo (marcadamente, el pretendido disponente) deba dársele verdadera eficacia jurídico real, esto es, la consecuencia de *transmitir* realmente aquello que se *vende*, o de constituir el derecho real pretendido.

La doctrina que ha analizado detenidamente esta cuestión, ha insistido en que el poder dispositivo en el comprador, no es condición de validez del negocio, ni tampoco de la eficacia que el Ordenamiento reserva a ese negocio (ser fuente de obligaciones); pero sí lo es de la *eficacia traslativa que con él se pretende*, que es una eficacia más, y superpuesta, tanto a la generación de derechos y obligaciones (cfr. art. 1089 CC) como al cumplimiento de las mismas<sup>98</sup>.

---

<sup>98</sup> Por todos, basta recordar los trabajos de autores como Miquel González (entre otros, «El Registro Inmobiliario y la adquisición de la propiedad», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 1, 1998; «Algunos problemas de la responsabilidad por la transmisión de la propiedad en la compraventa», en *Revista de Derecho*, núm. 26, 2006), o Cuenca Casas (*vid.* su monografía *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona, 1996; también su trabajo «Alcance del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación con la venta de cosa ajena llevada a cabo por titular registral. Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: Civil y Mercantil (2005-2007)*, Madrid, 2008).

Independientemente de la consideración que en nuestro Derecho merezca el derecho de propiedad, y del alcance que entendamos que tiene su afirmación y protección constitucional en el artículo 33 de nuestra Constitución, lo cierto es que la propiedad implica un reconocimiento por parte de la sociedad de una situación cualitativamente superior a la mera tenencia o posesión de las cosas, aunque exteriormente posesión y propiedad no sean diferenciables para un tercer observador. Como explicaba ya Borrell y Soler en un estudio monográfico sobre la propiedad, después de señalar que el fundamento de la propiedad radica en la condición de lo limitado de los recursos y en el incentivo y conveniencia de transformarlos (también incidía en este punto, entre los franceses, A. Thiers), concluye que para que la propiedad en potencia sobre los bienes pueda convertirse en una propiedad concreta sobre un bien, es preciso «[...] que se establezca una relación singular, específica, entre la cosa y su dueño; y esta relación, para ser lícita, para que sea justa de tal modo que el derecho exclusivo que adquiera sobre la misma no involucre una injusticia en perjuicio de los que resultan excluidos de su dominio, precisa que la relación aludida se funde en un título suficiente ante la Moral y el Derecho»<sup>99</sup>.

Diferenciar posesión y propiedad como situaciones jurídicas, conduce irremediabilmente a diferenciar poseedor y propietario, esto es, a admitir como algo natural que se pueda ser propietario sin tener la cosa; la propiedad como una relación jurídica, no fáctica. Esto a su vez conduce lógicamente a una conclusión inevitable: si se admite que se puede ser propietario aun cuando se carezca de una relación inmediata y ostensible respecto de la cosa, es evidente que la condición de propietario de la cosa no depende de un estado de hecho, sino de una doble condición (de carácter jurídico): 1) que se llevó a cabo un acto jurídicamente reconocible como momento eficaz de adquisición de la propiedad; 2) que no se ha producido ningún acto que implique su pérdida.

Por todo lo anterior surge con total naturalidad la regla *nemo dat quod non habet*, que Adolf Reinach ha calificado como verdad

---

Esta idea no es novedosa, y también la tenían clara alguno de los primeros comentaristas de la legislación hipotecaria, como Morell y Terry: «cada cual puede en principio disponer de lo suyo; pero al disponer de sus propios actos, de su voluntad, nadie duda que dispone de lo que le pertenece, y al disponer de los objetos exteriores, nadie sabe con certeza si son o no suyos, si se hallan o no bajo su poder. Por esto la obligación queda perfecta desde luego; pero el dominio en toda su integridad sobre el objeto no se transmite mientras no preexista real y jurídicamente en el patrimonio del transmitente. Todo esto, sin embargo, que surge lógica y racionalmente por la misma naturaleza de las cosas, no prueba que existan *modo y título*; prueba solamente que una cosa es el derecho personal y otra el derecho real, que una cosa es obligarse y otra transmitir o cumplir la obligación» (MORELL Y TERRY, 1916, p. 28).

<sup>99</sup> BORRELL Y SOLER, 1948, p. 6.

a priori del Derecho<sup>100</sup>, y que, en el Derecho Romano fue recogida como una de las *regula iuris antiqui* (D. 50.17.54: *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*), al objeto de llegar al fin último del derecho: *dar a cada uno lo que es suyo* (D. 1.1, pr). Entre nosotros, esta *regula iuris antiqui* pasa al Derecho de Partidas en P. 7.34.12. De esta regla, García Goyena explicaba que se trata de una regla tan sencilla y de tan notoria equidad, que todo comentario sobre ella resulta superfluo<sup>101</sup>.

Como se deduce con facilidad, el tratamiento de la venta de cosa ajena desde el sistema del derecho de bienes no ofrece, en su punto de partida, ninguna protección al comprador más allá de la posible operativa de la usucapión. Y es perfectamente natural que así sea: cualquier protección que las reglas del tráfico pudieran dar, en el plano jurídico real, al comprador *a non domino*, chocaría frontalmente con la secular –y repetida– regla de partida *nemo plus iuris...*, que, a decir de Josserand, es una «regla de lógica geométrica»<sup>102</sup>. Esto lo vemos confirmado históricamente, antes de la implantación del Registro de la Propiedad, en los distintos mecanismos de publicidad que se arbitraron en los distintos fueros regionales al objeto de imprimir cierta seguridad en el tráfico, mecanismos todos ellos pensados, no para proteger al pretendido adquirente, sino al *verus dominus*, y más en general al titular de cualquier otro interés protegible sobre el bien<sup>103</sup>.

En efecto, la función que histórica y empíricamente desarrollaron en las distintas regiones los sistemas de publicidad de las transmisiones, se ha centrado en la protección de los posibles terceros titulares del dominio, titulares de derechos reales sobre el bien, o incluso de intere-

<sup>100</sup> REINACH, 2010, p. 89.

<sup>101</sup> GARCÍA GOYENA, 1841, p. 75.

<sup>102</sup> JOSSERAND, 1950, p. 209.

<sup>103</sup> Como ha explicado Hernández Crespo, después de mencionar la *mancipatio* y la *in iure cessio* como mecanismos de publicidad de las transmisiones en los que la participación de la comunidad ocupa un papel esencial en este sentido, nos recuerda que «en el mismo principio de publicidad se inspiraban los antiguos fueros españoles, como el Fuero Viejo de Castilla que decía que “ninguna heredad se debe vender de noche, ni de día a puertas cerradas”, o el Fuero Viejo de Vizcaya, para el que todo acto de enajenación o gravamen de bienes inmuebles debía ser solemnemente publicado durante el Ofertorio de la Misa Mayor celebrada el domingo en la Iglesia Parroquial, anunciándose a toque de campana y en presencia de un funcionario especial, o el Fuero General de Navarra, en el que tales actos habían de ser publicados por medio de pregón durante tres domingos consecutivos, o, finalmente, varios Fueros Municipales, entre ellos los de Sepúlveda y Alcalá de Henares, que exigían que las transmisiones de inmuebles se consignaran por escrito y fueran solemnemente confirmadas en la Iglesia Parroquial en la Misa Mayor del domingo» (HERNÁNDEZ CRESPO, 1989, pp. XXIII-XXIV).

ses familiares; y no tanto en la protección del adquirente<sup>104</sup>: la protección del adquirente era una consecuencia indirecta de lo primero, y además, insegura, porque no suponía la «purga» de los posibles derechos preexistentes. La publicidad del acto transmissivo, ha cumplido empíricamente una función de *notificación pública* en orden a proteger a los titulares de derechos y de intereses preexistentes<sup>105</sup>, y no tanto para garantizar al adquirente su adquisición<sup>106</sup>.

### 3.1.2 *El caso particular de la disposición parcialmente a non domino, y su posible eficacia parcial*

No obstante lo anterior, y para el caso de disposición *parcialmente a non domino*, es decir, cuando un comunero pretende disponer de la *totalidad* del dominio sobre el bien en cuestión, cabe defender una respuesta de eficacia igualmente parcial, desde el bloque normativo del derecho de bienes.

La doctrina científica está dividida entre los que niegan la eficacia, no sólo total (lo que parece claro), sino también parcial, de los intentos dispositivos en casos como los que ahora analizamos<sup>107</sup>; y los que afirman la posibilidad de reconocer al menos una eficacia parcial al mismo, concretada sólo sobre el dominio del copropietario disponente<sup>108</sup>.

En nuestra opinión, parece más probable lo segundo. En este punto, el artículo 597 CC vuelve a ofrecernos una valiosa herramienta interpretativa, no sólo para justificar la existencia de una obligación en favor del disponente parcialmente *a non domino*, sino incluso para justificar una eficacia, igualmente parcial, en el plano jurídico-real. En este sentido, nos parecen muy valiosas las ideas de Estruch Estruch, para quien el artículo 597 CC ofrece una herramienta interpretativa muy importante: ciertamente el precepto citado ofrece sufi-

<sup>104</sup> Como ha puesto de manifiesto Méndez González, la idea de troncalidad, y el interés en el mantenimiento del patrimonio familiar facilitado por el reconocimiento de derechos de tanteo y retracto a los familiares), jugó un papel importante en la articulación de estas formas de publicidad de los actos dispositivos, en orden a posibilidad la efectividad de estos derechos (MÉNDEZ GONZÁLEZ, 2008, pp. 62 ss.).

<sup>105</sup> También en el Derecho Romano y sus antiguos ritos transmisivos. Como ha señalado Zamora Manzano, «la existencia de testigos y del *libripens* como representantes de la colectividad, constituyen un elemento crucial que otorga certeza y nominatividad a la transmisión, haciendo notoria la conexión entre el objeto y el titular. Se garantizaba la nominatividad en la titularidad de los bienes con el inconveniente de que no se inscribía en un registro sino en la mente de los testigos» (ZAMORA MANZANO, 2004).

<sup>106</sup> Para mayor profundización en esta cuestión, MÉNDEZ GONZÁLEZ, 2008.

<sup>107</sup> Por todos, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2001, p. 502, nota al pie núm. 9.

<sup>108</sup> Así, MIQUEL GONZÁLEZ, 1993, p. 1092, quien en apoyo de su tesis entiende que el caso aquí analizado, es análogo al que regulan los artículos 1460 y 1515 CC.

ciente base argumental para afirmar la validez de la relación obligatoria constituida, pero la razón por la que el precepto queda limitado a afirmar la eficacia de la relación obligatoria sin dar el salto a la eficacia jurídico real (consecuencia posterior) es la particular naturaleza de la servidumbre, que es un derecho indivisible y en relación con el cual no es posible afirmar una eficacia jurídico real parcial<sup>109</sup>.

Pero si entendemos generalizable la lógica subyacente del artículo 597 CC, como aquí creemos, a todo supuesto de disposición parcialmente *a non domino*, no se ven razones para impedir el paso a una verdadera eficacia jurídico real, si el derecho real de que se trate no tienen los condicionantes objetivos señalados de la servidumbre; y esto sucede, por ejemplo, con el derecho de hipoteca, como claramente se pone de manifiesto en el artículo 399 CC: cada comunero podrá, entre otras facultades, hipotecar «su parte».

Ahora bien: este efecto parcial no puede venir impuesto por el Derecho. Parece razonable que dicho efecto parcial en el plano jurídico real, debe ser resultado de una declaración negocial por el adquirente en este sentido, frente a la cual el disponente no puede tener posibilidad de oposición.

### 3.2 Las adquisiciones *a non domino* como excepciones a la protección del *versus dominus*. El origen y fundamento de la fe pública registral en la España del siglo XIX

El Derecho, casi sobra decirlo, y fuera del caso concreto que acabamos de ver de disposición parcialmente *a non domino*, conoce supuestos de adquisición *a non domino*, desplazando la regla de partida *nemo dat quod non habet*. En tales casos, el comprador puede acabar adquiriendo, de manera instantánea, la propiedad de lo que otro le vendió *a non domino*, es decir, sin necesidad de acudir a la institución de la usucapión. Y en el tráfico inmobiliario, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria es uno de esos casos<sup>110</sup>.

Una regla como la del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, debe entenderse como *excepcional*, y supone una valoración – ponderación de intereses hecha por el legislador, que le llevan a considerar como respuesta más apropiada el darle, *a quien lo merezca*, la propiedad de lo que, conforme a las reglas normales del tráfico, no hubiera podido adquirir si no es mediante la usucapión, y en los

<sup>109</sup> ESTRUCH ESTRUCH, 1998, pp. 232-238.

<sup>110</sup> Para el tráfico mobiliario, véase el ya citado artículo 85 del Código de Comercio. En cuanto al alcance del artículo 464 CC, la doctrina está dividida, y su análisis ha dado lugar a extraordinarios trabajos y esfuerzos intelectuales para, en algunos casos, concluir que también contiene un supuesto de adquisición a non domino, y en otros, para todo lo contrario.

casos en que el derecho pueda adquirirse por esta vía (lo que no sucede, por ejemplo, con el derecho de hipoteca). En este sentido, el artículo 34, y los requisitos que en él se contienen para que el tercero reciba esta protección excepcional por el Ordenamiento, son la explicitación de ese *merecimiento*, vale decir, expresión de las razones por las que se justifica la inversión de la regla de partida en el derecho de bienes, y justifica la *expropiación privada* a que puede conducir, sin involucrar, parafraseando la idea antes transcrita de Borrell y Soler, una injusticia en perjuicio de los que resultan excluidos de su dominio, encontrando justificación ante la Moral y el Derecho<sup>111</sup>. Esta consideración excepcional de los efectos de la fe pública registral, y de los requisitos que se exigen para resultar beneficiario de sus efectos, está presente en la doctrina del Tribunal Supremo<sup>112</sup>.

Las razones que han llevado al legislador a prever una consecuencia tal, no pueden entenderse fuera del contexto socioeconómico en el que surge.

La seguridad del tráfico ha sido siempre una aspiración en cualquier economía, por rudimentaria y poco compleja que sea. Los mecanismos de publicidad de las transmisiones inmobiliarias a que antes hicimos referencia, son prueba de ello. Pero la fe pública registral es el último grado de intensidad en la consecución de esa seguridad en el tráfico, y quizá el más perfecto a día de hoy.

Como decimos, la fe pública registral sólo puede comprenderse bien, atendiendo a las razones que estuvieron detrás de su surgimiento, y que en una línea temporal debemos localizar en el siglo XIX de nuestra historia.

Si tuviésemos que describir en pocas palabras el estado de la propiedad inmobiliaria en la España en el siglo XIX, podríamos utilizar las ideas de clandestinidad y de inmovilización:

a) Clandestinidad, en cuanto al estado jurídico real de las fincas. Es cierto que ya desde el siglo XVIII se habían

---

<sup>111</sup> Es en este sentido en el que debe entenderse una expresión como la contenida en la STS 2563/2008, de 5 de mayo de 2008 (Pte: O'Callaghan Muñoz) (RJ\2008\5502) «Puede parecer una injusticia [el efecto de la fe pública registral, que puede sacrificar al *verus dominus* extrarregistral], pero se mantiene en el Derecho en aras a la seguridad jurídica y a la confianza que debe tenerse en el Registro de la Propiedad por la presunción de exactitud registral, que en este caso es el principio de fe pública registral que proclama el artículo 34 de la Ley Hipotecaria».

<sup>112</sup> Resulta ilustrativa la doctrina mantenida en la STS 2215/2015, de 10 de abril (Pte: Orduña Moreno) (RJ\2015\1518): si el efecto de la fe pública registral supone alterar la regla básica de partida de la dinámica transmisiva, «se presenta como una consecuencia lógica» la interpretación rigurosa del supuesto de hecho activador de aquella.

arbitrado medios oficiales de publicidad del estado de las fincas, pero también es cierto que no habían tenido la eficacia esperada. Si hacemos caso a los historiadores del Derecho, nos damos cuenta que los tribunales, extrañamente, admitían la plena eficacia de los derechos y gravámenes inmobiliarios aun cuando no constaran en estos instrumentos de publicidad (Oficinas de Hipotecas, Contadurías), en una práctica claramente *contra legem*.

b) Inmovilización: esta inmovilización no sólo era «de hecho» como consecuencia de la clandestinidad antes apuntada, sino también «de derecho», como consecuencia de las vinculaciones y mayorazgos que sujetaban la propiedad a una persona o familia. Si conforme a elementales reglas de la ciencia económica se debe facilitar que los bienes estén en manos de quien más los valora y mayor utilidad extrae de ellos, lo cierto es que el tejido inmobiliario de la época permitía cualquier cosa menos eso.

Y es en este punto en el que se produjo un fenómeno muy importante, y que supuso el inicio de un proceso que, a lo que ahora nos interesa, culminó en la primera Ley Hipotecaria, y la implantación del Registro de la Propiedad, y la creación del ya extinto Banco Hipotecario Español: los procesos desamortizadores de la tierra.

Son bien conocidos los dos grandes procesos desamortizadores: uno eclesiástico y otro civil. El primero (el proceso de *desamortización eclesiástica*) tuvo su comienzo mediante un Real Decreto de 11 de octubre de 1835 firmado por el Ministro Gómez Becerra, por el que se declaraban extinguidos de presente ciertos monasterios, y a extinguir otros a corto plazo, pero aplicando en todo caso los bienes raíces y rentas de unos y otro «al crédito público»; y siguió por otro Real Decreto de 19 de febrero del año siguiente (1836), firmado esta vez por Álvarez Mendizábal, por el que se declaraban en venta «todos los bienes raíces de cualquiera clase, que hubiesen pertenecido a las comunidades y corporaciones religiosas extinguidas, y los demás que hayan sido adjudicados a la nación por cualquier título o motivo, y también todos los que en adelante lo fueran desde el acto de adjudicación» (con algunas excepciones, que ahora no vienen al caso).

A esta desamortización eclesiástica siguió la conocida como *desamortización civil*, cuyo artífice fue Pascual

Madoz, y que se materializó mediante Ley de 1 de mayo de 1855, por la que se declaraban en venta, entre otros inmuebles, los pertenecientes al Estado, al clero, a determinadas Órdenes militares, cofradías, santuarios, beneficencia e instrucción pública.

En ambos procesos desamortizadores, las ventas se realizaban mediante subasta pública, a instancia de cualquier interesado en la adquisición de alguno de los bienes declarados en venta. La normativa reguladora de ambos procesos desamortizadores preveía facilidades de pago para el comprador, porque permitía el aplazamiento del pago con un interés razonable y a veces incluso sin interés alguno<sup>113</sup>. En todo caso en que hubiese aplazamiento, éste implicaba hipoteca sobre el inmueble adquirido<sup>114</sup>.

Con estos dos procesos desamortizadores sucesivos, se pretendían dos cosas: primero, la redistribución y reorganización de la propiedad inmobiliaria<sup>115</sup>; y segundo pero no menos importante, la obtención por el Estado de unos ingresos que resultaban muy necesarios para paliar la pésima situación económica que atravesaba España, y que ponía en serio peligro el pago por su parte su deuda pública, también en el extranjero.

La eficacia de estas medidas fue sólo parcial. Ello obedeció a dos razones, muy conectadas entre sí: la primera, es que aún no existía ningún medio de publicidad oficial de la propiedad inmobiliaria que fuera verdaderamente eficaz para introducir seguridad jurídica ni en la venta ni en el gravamen. Y la segunda, porque la creciente industrialización de la economía española hacía mucho más atractivo para el inversor aplicar su dinero en la industria que en la propiedad inmobiliaria, pues el retorno de la inversión y la obtención de beneficios se obtenía en aquélla de forma mucho más rápida.

La necesidad de atajar ambos condicionantes impulsó definitivamente la instauración del Registro de la Propiedad y del Banco Hipotecario Español. Con el Registro de la Pro-

---

<sup>113</sup> Así, por ejemplo, en caso de compra de bienes procedentes de la desamortización eclesiástica, cuando el pago se hacía con títulos de deuda pública.

<sup>114</sup> En la venta de bienes procedentes de la desamortización de 1855, las facilidades para el deudor hipotecario eran mayores que en el caso de la desamortización eclesiástica. Cfr. art. 24 de la Ley de 1 de mayo de 1855.

<sup>115</sup> Téngase en cuenta que, al menos para la venta de bienes procedentes de la desamortización eclesiástica, se autorizaba a la previa división de los predios susceptibles de ello «en el mayor número de partes o suertes que se pudiere» (cfr. art. 3.4.º Real Decreto de 19 de febrero de 1836).

iedad en la Ley Hipotecaria de 1861 quedó eliminado el primero de los condicionantes (el de la falta de un mecanismo de publicidad del estado de la propiedad inmobiliaria), pues fue un Registro dotado de eficacia de *fe pública*. Por su parte, el segundo de los condicionantes apuntados (falta de atractivo en la inversión inmobiliaria, en comparación con la inversión en la industria), quedó neutralizado con la aparición de las instituciones de crédito territorial en el último tercio del siglo XIX, hasta la implantación como única institución de este tipo del Banco Hipotecario Español<sup>116</sup>.

Registro de la Propiedad, fe pública registral, e impulso del crédito territorial, se nos presentan así como ideas inseparables<sup>117</sup>. Pero en el entendido que la fe pública registral, en su origen, estaba al servicio del mercado hipotecario, y concretamente del acreedor hipotecario. Sólo más tarde el Registro acaba siendo un verdadero Registro *de la Propiedad*<sup>118</sup>.

Tener presente lo anterior, ayuda a comprender las razones generales de un precepto como el artículo 34 de la Ley Hipotecaria,

<sup>116</sup> En términos generales, el inicio de las instituciones de crédito territorial en España vino marcada por una cuestión, y era la de si debía existir una única institución de crédito territorial o si por el contrario debía admitirse su libre constitución. La libre creación de este tipo de instituciones marcó sus primeros pasos, y en este contexto, se constituye el Banco Hipotecario de España (BHE) mediante Ley de 2 de diciembre de 1872; más tarde, mediante Real Decreto de 24 de julio de 1875 se declara al BHE única institución de crédito territorial en España.

<sup>117</sup> La unión de ambos fenómenos queda muy bien explicitada en la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861: la función de las instituciones de crédito territorial es la de actuar como instituciones intermediarias «entre los capitalistas y los propietarios que buscan recursos en el crédito territorial (...), emitiendo obligaciones territoriales de valor auténtico, uniformes, fáciles de ser apreciados por todos en cambio de las garantías hipotecarias que (...) reciban, transformen en inscripciones territoriales negociables (...) [y] se encarguen de realizar por su cuenta y riesgo» [Pasaje extraído del apartado «Hipotecas voluntarias» de la exposición de motivos de la Ley de 1861]. Estas obligaciones territoriales a que la exposición de motivos se refiere, son los «títulos hipotecarios» que supusieron el nacimiento de lo que hoy conocemos como «mercado hipotecario secundario», los cuales títulos, con la Ley mencionada supra de 2 de diciembre de 1872 de creación del BHE podían ser de dos tipos: cédulas hipotecarias y obligaciones hipotecarias, que así se introdujeron por primera vez en España. Desde el RD también mencionado supra de 24 de julio de 1875 el BHE era la única institución de crédito territorial, y por tanto, la única que podía emitir títulos hipotecarios.

<sup>118</sup> Al respecto, véase DIEZ-PICAZO, 1989, p. 26-27: «El sistema de plena defensa de los acreedores hipotecarios, por exigencias internas de la mecánica jurídico-sustantiva y jurídico-registral, ha llevado (...) a hacer inscribibles las mutaciones dominicales y todas las mutaciones jurídico-reales en general, pero sólo como estadio de perfección de un registro que es ante todo un registro de protección de los acreedores hipotecarios». Y añade: «Únicamente en un momento más tardío, cuando la protección de los acreedores hipotecarios es algo que puede considerarse consolidado ya, y cuando las transformaciones económicas determinan un progreso y un incremento del mercado inmobiliario, el sistema se completa con una más rigurosa protección de los adquirentes del dominio sobre inmuebles y sólo entonces llega a ser un auténtico registro de la propiedad».

su consecuencia, y los requisitos que deben reunirse para la operativa, excepcional, de ésta.

### 3.3 El pretendido juego de los efectos de la fe pública registral en el caso analizado en la sentencia objeto de este comentario. Fe pública y tracto sucesivo.

El Registro de la Propiedad, con sus efectos de legitimación y de fe pública, vendría a ser el instrumento que permite una adecuada consideración y equilibrio entre la seguridad del derecho y la seguridad del tráfico. Porque la seguridad jurídica, como valor del sistema jurídico y de un Estado de derecho, no tiene por único objeto la protección de la estática de las situaciones, sino que también la seguridad del tráfico de una de las manifestaciones de dicho principio, como entre nosotros ha puesto de manifiesto Chico y Ortiz<sup>119</sup>. Por ello, coincidimos con Hernández Crespo en que no parece correcto plantear el conflicto entre derecho y tráfico como un conflicto entre justicia y seguridad<sup>120</sup>. El conflicto que suele plantearse en esta materia, entre seguridad jurídica estática o del derecho, y seguridad jurídica dinámica o del tráfico, aunque expresiva, parece más aparente que real<sup>121</sup>.

<sup>119</sup> CHICO Y ORTIZ, 1994, p. 32.

<sup>120</sup> HERNÁNDEZ Crespo, 1989, p. XLI.

<sup>121</sup> En su conocida obra sobre seguridad jurídica y seguridad del tráfico, Ehrenberg explicó que «[...] la seguridad jurídica y la seguridad del tráfico solamente pueden alcanzarse a costa de la celeridad del tráfico [...] [P]ara el legislador constituye una cuestión de política jurídica y para el comerciante una cuestión de política comercial, el determinar si, en algunos casos, la seguridad jurídica o la seguridad del tráfico deben anteponerse a la agilidad del tráfico, o ha de ser al revés [...] [P]ara un comerciante sería imposible y ruinoso tratar de aplicar, en su trato directo con el público, un Derecho 'formal', rígido. Igual que la lucha por el Derecho, también puede ser una obligación la renuncia al Derecho, sin la cual, a causa de la satisfacción buscada por el propio interés, muchos medios establecidos para la seguridad jurídica y la seguridad del tráfico se convierten en trabas insostenibles para el tráfico» (EHRENBERG, 2003, pp. 47-50). Pau Pedrón, en el prólogo a la traducción española de esa obra, concluye que «la seguridad del tráfico revaloriza el derecho, porque permite que su transmisión se haga con seguridad para el que adquiere» (PAU PEDRÓN, 2003, p. 13).

Merece tenerse muy en cuenta el valioso trabajo de Paz-Ares «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», publicado en 1985, en el que enfoca esta cuestión desde el análisis económico del derecho. En este trabajo el ilustre jurista explica que, habiendo ocasiones en que, en términos de eficiencia económica, la regla de la propiedad sucumbe ante la regla de la indemnización (en los casos en que los costes de transacción son tan altos que no permiten una eficiente distribución de la riqueza), la seguridad dinámica es un elemento de la protección del derecho en su disfrute en su valor de cambio: la expropiación operada por la regla del tráfico, es originada por la reducción de los costes de transacción –las normas de seguridad del tráfico tienden a comprimir la información que el adquirente necesita para mantenerse en su adquisición– que precisamente permite que el dueño de la cosa acabe obteniendo el valor de cambio de ella –aspecto del disfrute de su propiedad– y que, de otra manera, no podría obtener.

Naturalmente, esto sólo puede admitirse en la medida en que el procedimiento registral es un procedimiento dotado de seguridad y garantías, tanto en los presupuestos de activación del procedimiento mismo (salvo muy contadas excepciones, el inicio del procedimiento registral que en su caso acabará con el asiento correspondiente, comienza con la presentación de un documento *público*, cuya elaboración ha estado rodeada de garantías de Derecho público), como en su desarrollo (con la importantísima función calificadora del Registrador de la Propiedad, juicio de legalidad que es el auténtico fundamento de los poderosos efectos de la inscripción registral en España). Por ello, «cuando en algún supuesto, que ha de ser excepcional, haya de ampararse una adquisición “a non domino”, ello no será más que el tributo que hay que pagar por el funcionamiento eficaz y normal del sistema»<sup>122</sup>.

Como expusiera un autor tan autorizado como Gómez de la Serna, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria es el núcleo de toda la Ley Hipotecaria, y casi pudiera decirse que ésta podría resumirse en el mencionado precepto. Esta afirmación, aunque tomada en su literalidad podemos considerarla exagerada, sin embargo es expresiva de una idea general que sí debemos dar por cierta: todo el sistema registral está ordenado en torno a unas bases que permitan afirmar que la consecuencia jurídica del artículo 34 de la Ley Hipotecaria sea, aunque excepcional, también *aceptable*: el resto de «principios hipotecarios» resultan imprescindibles como ideas que contribuyen al efecto principal de la fe pública registral; son auxiliares de éste, y cada uno de ellos supone una justificación –parcial– de los efectos que encierra el artículo 34 de la Ley Hipotecaria<sup>123</sup>. Ciertamente, la intensidad con la que los demás principios

<sup>122</sup> HERNÁNDEZ CRESPO, 1989, p. XLI.

<sup>123</sup> Para Jerónimo González, conocido enunciador de los principios hipotecarios, el empleo del término «principio» en este ámbito no es caprichosa, y el propio autor lo justifica. Para él, un «principio» es «el punto de partida o base discursiva que, si es fundamental para las demás verdades estudiadas, no tiene fundamento dialéctico o no lo necesita por su propia evidencia» (GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, 1948, p. 289; el trabajo original, recopilado en esta obra de 1948, es del año 1931). Pues bien, en la cúspide del sistema hipotecario explicado desde los «principios» tal y como el autor entendía esta última idea, J. González coloca el de publicidad, entendida no sólo en su aspecto formal, sino en el sentido de «*fe pública* como concepto sustantivo» (GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, 1948, p. 291).

Más explícito en la línea que ahora queremos ilustrar, quizá sea Casso Romero, precisamente por ser uno de los autores que más ha criticado el empleo del término «principio» en este ámbito, en el apuntado sentido axiológico en que lo utilizaba J. González. Casso, que prefería hablar de «presupuestos» hipotecarios en lugar de hablar de «principios» por considerarlo exagerado (CASSO ROMERO, 1951, pp. 137-139), él mismo reconoce que lo que denomina «presupuesto de publicidad o de fe pública registral» (publicidad en sentido sustantivo) es «quizá el único al que puede darse con justeza el nombre de «principio registral» (CASSO ROMERO, 1951, p. 167).

Para un análisis del valor de los principios hipotecarios, su utilidad y sentido tanto como criterios informadores del sistema registral, como criterios «materiales» que deben

hipotecarios enunciados contribuyen a justificar la fe pública registral es desigual. El que ahora más nos interesa es, sin duda, el principio de tracto sucesivo. En este sentido, en los epígrafes siguientes analizaremos la conexión entre el principio de tracto sucesivo y la fe pública registral, y después, veremos estas conclusiones pueden servir para juzgar el acierto de la solución dada por el Tribunal Supremo al conflicto origen de la controversia.

### 3.3.1 *Fe pública registral y tracto sucesivo: el requisito de la previa inscripción en ambos principios*

Afirmar que el principio de tracto sucesivo ayuda a justificar los efectos de la fe pública registral ex artículo 34 de la Ley Hipotecaria, parece una idea fácil de comprender, y casi se nos presente como intuitiva. Sin embargo, aunque estamos convencidos de la certeza de esta idea, conviene dimensionarla convenientemente para no extraer de ella resultados exagerados.

El llamado principio de tracto sucesivo impone una determinada ordenación de los asientos registrales, que consiste en que, salvo la primera inscripción que acompaña al asiento de inmatriculación (cfr. art. 7 LH), toda inscripción y, más ampliamente, todo asiento registral, debe poder derivarse causalmente de otro anterior, de manera que la información de la hoja registral aparezca como un fluir continuo, sin saltos.

El principal problema que se plantea en la comprensión de este principio, radica en si el mismo debe entenderse como un principio eminentemente formal, o si además de ello, pueda calificarse como un principio material o sustantivo del Registro.

Un sector muy relevante de la doctrina entiende, que este principio de tracto sucesivo es un principio registral puramente formal. En este sentido debemos mencionar la Lacruz y a Sancho, a Chico y Ortiz, y también, aunque con algún matiz, a Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill.

Lacruz y Sancho son quizá los exponentes más claros del entendimiento del principio de tracto sucesivo como un principio puramente formal<sup>124</sup>. En la misma línea, y siguiendo de forma expresa a los anteriores autores, también Chico y Ortiz<sup>125</sup>.

---

inspirar el ordenamiento registral tomando como base la publicidad y la seguridad jurídica, resulta muy valioso el trabajo de CHICO Y ORTIZ, 1994).

<sup>124</sup> LACRUZ; SANCHO, 1991, p. 56.

<sup>125</sup> CHICO Y ORTIZ, 2001, Tm. I, pp. 331-332.

Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill, aunque también merecen ser incluidos entre los exponentes de este modo de comprender el tracto sucesivo, sin embargo introducen matices que en cierta medida se acercan a la percepción del repetido principio con contenido sustantivo, al relacionarlo con los principios de fe pública y de legitimación registral. En opinión de estos autores, «Los principios fundamentales de estos sistemas [en relación con los sistemas registrales alemán, suizo, y el español], como son los de fe pública y de legitimación registral, funcionan a base del contenido que en cada momento ofrece la correspondiente hoja o registro particular abierto a cada finca inmatriculada. Este contenido refleja la titularidad dominical de la finca en sí, como también la titularidad de los derechos reales, en cuanto consta publicada como vigente o actual según el Registro. Es lógico que con el tiempo se concentre en cada una de estas hojas o registros particulares de cada finca inmatriculada el historial registral de la misma y, por consiguiente, es indispensable que este historial figure antes y posteriormente a base de la conexión ordenada de autor a adquirente, sin producirse saltos en su continuidad». Y concluyen: «El principio de tracto sucesivo es un principio de orden, de vida regular registral que exige dicho concatenamiento en los asientos que en el pasado, presente y futuro concurrirán a formar el contenido del Registro, a través del cual giran los demás, principios hipotecarios, y señaladamente los de fe pública y de legitimación registral»<sup>126</sup>.

Otro no menos importante sector de la doctrina, en cambio, entiende que, el principio de tracto sucesivo, además de estar presente en él un aspecto formal, encierra también un importante aspecto material o sustantivo que lo explica y justifica. En este sentido, merece resaltarse la posición que sostuvo Jerónimo González en el estudio monográfico que de este principio realizó en el año 1927; pero ya antes había puesto de manifiesto la importancia sustantiva de este principio Morell y Terry, para quien el tracto sucesivo es la importación al mundo tabular, de la regla «nadie puede dar lo que no tiene», y «encierra una de las bases de la Ley Hipotecaria: no hay más verdad que la que resulta del Registro»<sup>127</sup>.

<sup>126</sup> ROCA SASTRE; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, 1995, p. 88.

<sup>127</sup> En palabras de Morell y Terry, «el art. 20 de la ley es uno de los más importantes y de los que se aplican con más frecuencia. Encierra una de las bases de la ley Hipotecaria: no hay más verdad que la que resulta del Registro. Para transmitir, para gravar, para modi-

Mucho después, y continuando el mismo enfoque de la cuestión iniciado por Morell, Camy Sánchez-Cañete propuso sustituir la denominación «tracto sucesivo» por el de «capacidad objetiva registral»<sup>128</sup>. Por último, debemos mencionar la posición, más moderada que la de Morell y la de Camy, sostenida por García García, para quien «la preexistencia del derecho en el patrimonio del transmitente, como requisito para que se pueda producir la transmisión y como prueba de la regularidad de la misma, es consecuencia del principio de tracto sucesivo, que es el que regula el eslabonamiento de todos los actos anteriores y sucesivos, sin que, por otra parte, dicho aspecto sea meramente formal, sino material»<sup>129</sup>; sin embargo, García García rechaza que el tracto sucesivo deba entenderse como una manifestación tabular de que nadie puede dar lo que no tiene, sin que por eso el repetido principio deba ser calificado como meramente formal.

La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy, Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) acepta que el principio de tracto sucesivo tiene esa doble perspectiva formal y sustantiva que sostiene este segundo grupo de autores. En este sentido, merece mencionarse, por todas, la Resolución de 9 de octubre de 2014 (BOE de 7 de noviembre de 2014), que expresamente acepta el valor formal y material del principio de tracto sucesivo al analizar el fenómeno del tracto abreviado<sup>130</sup>.

---

ficar, para extinguir un derecho, es necesario que el que transmite, grava, modifica o extingue, aparezca en el Registro con facultades para ello, y así se concibe que deba ser, dado el sistema de publicidad de la ley». Y más adelante añade: «*Nemo dat quod non habet*. Todos los casos de aplicación del art. 20 son una fiel reproducción de este principio» (MORELL Y TERRY, 1917, pp. 371-372).

<sup>128</sup> En opinión de Camy, «cuando se habla del tracto sucesivo, el profesional del derecho parece entender que está ante un principio netamente hipotecario, que en definitiva sólo interesa en la práctica jurídica de ese orden. Y esto es una equivocación, pues el llamado tracto sucesivo no es ni más ni menos que una modalidad de un principio jurídico de orden general civil, cual es el de la capacidad objetiva». (CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Tm. V, 1983, p. 376). Y añade más adelante: «el primordial efecto de la inscripción es la presunción legal «*juris tantum*», de que los derechos reales inscrito en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo (art. 38, L. H.). Y siendo esto así, sólo podrá tener capacidad objetiva conforme a la Ley, en cuanto a bienes que estén inmatriculados, aquel que según el Registro tenga inscrito a su favor el derecho que va a transmitir, modificar, gravar o extinguir, sin que pueda pretenderse otra cosa, pues para ello sería necesario cambiar el contenido de aquel asiento; actuación para la cual ha de tenerse en cuenta, que ellos están bajo la salvaguarda de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley Hipotecaria (párr. 3.º, art. 1.º L. H.). (CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Tm. V, 1983, pp. 378-379)

<sup>129</sup> GARCÍA GARCÍA, 2002, pp. 1238-1239.

<sup>130</sup> En esta Resolución puede leerse que los casos de tracto abreviado «no constituyen en modo alguno una excepción al principio del tracto sucesivo en su sentido material o sustantivo, sino sólo a su vertiente formal o adjetiva, en virtud del cual se impone, como regla general, el requisito de la previa inscripción, de forma que, por vía de principio, cada acto dispositivo ha de constar en un asiento propio o destinársele una inscripción separada, sin que en un mismo asiento consten varias inscripciones concatenadas. Es este encadenamiento formal de los asientos (un asiento por acto registrable) el que está sujeto a excepciones, admitiéndose ciertos

En nuestra opinión, y sin perjuicio de lo que más abajo diremos, resulta difícil aceptar el principio de tracto sucesivo en un sentido material o sustantivo, al menos tal y como lo han enunciado Morell o Camy. Su intento explicativo resulta meritorio, al intentar llevar a la vida tabular la regla básica del derecho de bienes «nadie puede dar lo que no tiene». Pero creemos que se trata –y dicho sea con el máximo respeto a tan ilustres hipotecaristas– un enfoque parcial, y además, cuestionable:

– Es parcial, porque como ha puesto de relieve muy certeramente Gallego Vega, el principio de tracto sucesivo opera sin ninguna duda cuando estamos ante un acto de tráfico, o más en general, cuando está presente el consentimiento del titular registral; pero también cuando se trata de la inscripción de mutaciones jurídico-reales producidas al margen del consentimiento del titular registral, e incluso contra su consentimiento<sup>131</sup>, pues el tracto sucesivo es exigible estemos o no ante actos de tráfico<sup>132</sup>; y más aún: aunque no se trate de una mutación jurídico-real. Basta pensar en anotaciones preventivas de embargo o de demanda, o en la inscripción de derechos arrendaticios.

– Es cuestionable, porque el momento de la inscripción, o más exactamente, el momento en que el título se presenta para que se lleve a cabo el asiento correspondiente, no es un momento «negocial» ni dispositivo; no sólo cuando el título presentado es administrativo o judicial, sino que tampoco lo es cuando es una escritura pública. Para que la inscripción proceda conforme al tracto sucesivo, lo único que importa es que, cuando el título se presente a inscripción, ya se haya al menos presentado (si no inscrito) el título que causalmente debe antecederle: es completamente irrelevante que, al tiempo del otorgamiento el disponente figurara en el Registro como titular registral; pero lo más importante, es que aun cuando al tiempo de presentar el título figurara como titular registral el disponente, el adquirente no quedará protegido por la fe pública registral si al tiempo de *otorgamiento* de la escritura el disponente no figuraba como titular registral: la inscripción procederá pues se respeta el tracto, pero el nuevo titular registral no gozará de los

---

supuestos en que se permite que en una misma inscripción consten varios actos dispositivos, siendo el último de ellos el que determinará la titularidad registral vigente». Y añade: «Pero en estos casos de tracto abreviado, salvo en este limitado sentido formal, no se produce excepción alguna al principio del tracto, entendido en su vertiente material como la exigencia de un enlace o conexión entre el titular registral y el nuevo titular según el título que pretende su acceso al Registro, extremo que habrá de ser en todo caso calificado y exigido por el registrador».

<sup>131</sup> GALLEGO VEGA, 2021, pp. 1455-1456.

<sup>132</sup> GARCÍA GARCÍA, 2002, p. 1235.

efectos de la fe pública registral<sup>133</sup>. Como han señalado Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill, la previa inscripción a que se refiere el artículo 34-1.º de la Ley Hipotecaria, no se identifica con la previa inscripción que exige el artículo 20 de la misma<sup>134</sup>.

En definitiva, no creemos que el principio de tracto sucesivo tenga un sentido únicamente formal; pero también creemos que su sentido material no radica, al menos directamente, en justificar el efecto de fe pública registral o el de legitimación registral. Más bien, el tracto sucesivo encuentra su fundamento tanto en la protección del titular registral (lo que podríamos denominar «seguridad estática del titular registral») impidiendo fraudes en el tráfico y garantizado en sede procesal la tutela judicial efectiva<sup>135</sup>, como en la idea de posibilitar la publicidad en su aspecto formal<sup>136</sup>. Esto es en nuestra opinión el aspecto sustantivo inmediato del tracto sucesivo; pero ello no quita que, de manera indirecta, coadyuve a justificar el efecto de fe pública registral y de legitimación y presunción de exactitud: si se admite, como aquí sostenemos, que el principio de tracto sucesivo no tiene de proteger tanto al tercer adquirente cuanto al actual titular registral, en definitiva está introduciendo importantes dosis de seguridad en el tráfico jurídico, que hace que, como ha señalado Hernández Crespo, «el Registro en la mayoría de los supuestos coincide con la realidad extrarregistral, y (...) sólo en contados casos se plantea la contradicción entre uno y otra, y en algunos de ellos se aceptan soluciones templadas de compromiso y, naturalmente, solamente en los excepcionales se hace prevalecer el contenido registral cuando concurren todos los requisitos que así lo autorizan»<sup>137</sup>. En definitiva, coadyuva a hacer aceptable la consecuencia de la fe pública registral, y en este sentido, ambos principios (tracto sucesivo y fe pública registral) están relacionados.

<sup>133</sup> GARCÍA GARCÍA, 1993, pp. 259 ss.

<sup>134</sup> ROCA SASTRE; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, 1995, pp. 429-433.

<sup>135</sup> Sobre la conexión del principio de tracto sucesivo y la proscripción de la indefensión ex artículo 24 de la Constitución, la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública es reiteradísima. Al respecto, pueden consultarse entre las más recientes, las Resoluciones de 10 de septiembre, 8 de octubre y 19 de noviembre, todas ellas del año 2024 (véanse, respectivamente, BOE de 6 de noviembre de 2024, 15 de noviembre de 2024, y 18 de diciembre de 2024).

<sup>136</sup> Nos parece revelador en este sentido los artículos 1820 y 1857 del Proyecto de Código Civil de 1851. Conforme al primero «No se hará ninguna inscripción, cuando no conste del registro que la persona de quien procede el derecho que se trata e inscribir, es el actual propietario de los bienes sobre que ha de recaer la inscripción». Por su parte, el artículo 1857 preveía que «Todas las inscripciones que sucesivamente se hicieren y que afecten unos mismos bienes, se ordenarán de modo que en cada una de ellas se encuentre la guía para instruirse de todos, y venir en conocimiento, así del actual propietario, como de las incapacidades previstas en el artículo 1829, y de todos los gravámenes existentes»

<sup>137</sup> HERNÁNDEZ CRESPO, 1989, p. XLI.

### 3.3.2 *Análisis crítico de las tesis sostenidas por la Audiencia Provincial y por el Tribunal Supremo*

Aunque otra cosa pudiera parecer, tomar partido por el carácter eminentemente formal, o también sustantivo o material del principio de tracto sucesivo, no es baladí a efectos de llegar a la solución del caso analizado en la Sentencia que aquí se comenta. De hecho, la Audiencia Provincial llegó a la conclusión a que llegó, porque comprendió el tracto sucesivo en un aspecto material, mientras que el Tribunal Supremo acaba casando la sentencia de la Audiencia, sobre la base de una comprensión eminentemente formal del tracto sucesivo. Detengámonos en esta diferenciación.

– La Audiencia Provincial entendió que la entidad bancaria era merecedora de los efectos de la fe pública registral, y que, en definitiva, había adquirido *a non domino* el derecho real de hipoteca. La razón que ofrece para esta conclusión la Audiencia es que el artículo 34 LH «*protege la realidad registral y al adquirente que confía en lo que el Registro manifiesta, y en este supuesto la escritura de constitución de hipoteca se realizó inmediatamente después de la de extinción de condominio, constando remitida telemáticamente la primera al Registro, por lo que el asiento de presentación es también anterior en el tiempo, por lo que de conformidad con lo dispuesto en los art. 24 y 25 LH, y debiendo considerar como fecha de inscripción, para todos los efectos que esta deba producir, la fecha del asiento de presentación, siendo preferente entre dos o más inscripciones, la que en el tiempo sea anterior, debe considerarse que la hipoteca se constituyó por persona que según el Registro tenía facultades para ello, estando inscrita la titularidad de los condominios respecto del inmueble que posteriormente, por extinción, se adjudica el hipotecante y, el Banco, también inscribió su derecho*».

La tesis que sostuvo la Audiencia, como decimos, sólo puede entenderse desde una concepción sustantiva o material del tracto sucesivo, y al margen de la opinión que cada uno pueda tener en torno a esta cuestión, no puede decirse que la conclusión a la que llega esté carente de lógica. De hecho, encuentra franco apoyo en la tesis sostenida por García García, y por Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill.

1) García García, al estudiar el requisito de la previa inscripción exigido por el artículo 34-1.º de la Ley Hipotecaria como presupuesto de la fe pública registral, explica que para que ello se dé,

es preciso que al tiempo de la adquisición por el tercero (de ordinario, al tiempo del otorgamiento de la escritura pública), el disponente figure en el Registro como titular del derecho transmitido –o como titular del derecho del que deriva el derecho real limitado constituido–. Pero García García apunta también, que este requisito de la previa inscripción exigido por el repetido artículo 34 de la Ley Hipotecaria, debe entenderse que concurre en el caso en que, al tiempo del otorgamiento de la escritura, el otorgante disponente ya hubiera presentado a inscripción su propio título, y finalmente esa inscripción solicitada se practique. Para el ilustre hipotecarista, en este punto el artículo 24 de la Ley Hipotecaria, al disponer la retroacción de los efectos de la inscripción a la fecha del asiento de presentación (por hipótesis, anterior a la fecha del otorgamiento en favor del tercero), permite afirmar que, en definitiva, la adquisición se verificó por el tercero en una fecha *anterior* a la fecha de la inscripción registral en favor del otorgante disponente, de manera que se cumple el requisitos exigido por el artículo 34-1.º de la Ley Hipotecaria consistente en haber adquirido de quien aparece en el Registro con facultades para disponer<sup>138</sup>. Como vemos, el paralelismo entre la tesis sostenida por García García, y la que sostuvo la Audiencia Provincial, es más que evidente.

2) Algo similar cabría afirmar en relación con la tesis que han sostenido Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill. En opinión de estos autores, «[e]l art. 34, párrafo 1.º, de la Ley Hipotecaria exige para la protección que establece, que el *tercero adquiera del titular según el Registro*, lo que presupone que al tiempo de la adquisición por el tercero ya ha de aparecer del Registro como titular del derecho enajenado, aunque no conste practicada la inscripción a su favor pero sí presentado su título adquisitivo y que éste llegue a inscribirse», pues el efecto del artículo 24 de la Ley Hipotecaria, antes citado, permite considerar al transmitente como titular *registral* en el momento en que el título se presentó a inscripción<sup>139</sup>. Roca y Roca-Sastre dan un paso más, y añaden que «[e]l problema de si el art. 34, párrafo 1.º, opera cuando al tiempo de adquirir el tercero se halla pendiente de inscribir el título intermedio del que transfirió a este tercero, si bien estando inmatriculada la finca e inscrito el derecho transferido a nombre de transmitente anterior, hay que resolverlo, en general, en sentido negativo. No obstante, el art. 105 del Reglamento Hipotecario contiene una verdadera excepción a esta regla»<sup>140</sup>. Como vemos, en opinión de estos autores, y

<sup>138</sup> GARCÍA GARCÍA, 1993, pp. 260-261.

<sup>139</sup> ROCA SASTRE; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, 1995, pp. 429-430.

<sup>140</sup> ROCA SASTRE; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, 1995, pp. 433-434.

con fundamento en lo dispuesto en el artículo 105 RH, la solución es la misma independientemente de que, al momento del otorgamiento del título, el del transmitente estuviera o no presentado en el Registro: en ambos casos el segundo adquirente estará protegido por la fe pública registral si su título se inscribe a continuación del de su otorgante, respetando el tracto.

Vemos así que la conclusión de la Audiencia cuenta con un apoyo doctrinal muy importante. *Lege latae*, sus argumentos se apoyan principalmente en el efecto retroactivo previsto en el artículo 24 de la Ley Hipotecaria, para concluir que la entidad bancaria reunía los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y en concreto, el de haber adquirido (el derecho real de hipoteca) de quien aparecía en el Registro con facultades para disponer.

Sin embargo, el Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia; y lo hace sobre la base de sostener, implícita pero claramente, una óptica formal del principio de tracto sucesivo. Creemos que esta es la solución correcta.

El Tribunal Supremo es claro al afirmar que «La inscripción del transmitente ha de ser anterior a la adquisición del tercero, ya que la protección del art. 34 LH se basa en la apariencia jurídica creada por la inscripción. Por ello, a los efectos del art. 34 LH hay que atender, no a la fecha de la inscripción del tercero, sino a la de la celebración del contrato que la originó, como ya afirmara la célebre sentencia de 12 de noviembre de 1970 (Roj: STS 97/1970 - ECLI: ES: TS:1970:97), con cita de las anteriores de 26 de febrero de 1949, 24 de abril de 1962 y 22 de noviembre de 1963, y cuyo criterio es seguido por las sentencias 348/1994, de 22 de abril, de 14 de junio de 1994 (rc. 2431/1991), y 178/2015, de 10 de abril».

En el caso origen del pleito, la *presentación* en el registro de la adjudicación del pleno dominio por el disponente (Florencio) fue anterior (en dos minutos) a la *presentación* a inscripción de la escritura de constitución de hipoteca; y aunque es cierto que la primera de las inscripciones solicitadas (adjudicación del pleno dominio del inmueble por Florencio) fue suspendida, el defecto fue subsanado y obtuvo la correspondiente inscripción (cfr. el relato de los hechos, en el fundamento de derecho primero, punto 2, primer párrafo). Esto es un dato fundamental para comprender la solución que ofrece el Tribunal Supremo al conflicto: de la diferencia de dos minutos entre el otorgamiento de una y otra escritura, y sin que las partes hayan probado otra cosa, el Alto Tribunal deduce con natural verosimilitud que «*en el momento de otorgarse la escritura de la hipoteca* (que, como hemos visto, es el momento al que debe

estarse para el requisito de la previa inscripción del art. 34 LH), *todavía no estaba presentado* en el Registro de la Propiedad el título del partícipe en la comunidad por el que se adjudicaba la propiedad de la finca» (las cursivas son nuestras).

De lo anterior, pudiera deducirse –aunque hay que reconocer que no es seguro– que si en el caso analizado, la escritura de hipoteca se hubiera presentado *después* de que se hubiera practicado el asiento de presentación del título de D. Florencio, la conclusión hubiese sido distinta, y procedería la protección de la entidad bancaria ex artículo 34 LH. El Tribunal Supremo no entra en esta cuestión, pues tal no fue el caso; pero sí ofrece argumentos suficientemente seguros para rechazar la tesis que defendieron Roca y de Roca-Sastre apuntada más arriba.

En relación con la respuesta que hubiese dado el Tribunal Supremo al caso, si al tiempo de presentar la escritura de hipoteca ya se hubiese al menos practicado asiento de presentación del hipotecante, sólo cabe plantear probabilidades. Con todo, y con las reservas lógicas con que se pueda afirmar, creemos que hay argumentos para entender que el Alto Tribunal también hubiese negado la protección registral. Esta conclusión puede deducirse, no de la STS 2171/2024 objeto de este comentario, sino de la interpretación estricta que parece debe hacerse de los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria para ser acreedor de la protección por él ofrecida. En este sentido, resulta muy expresiva la ya citada STS 2215/2015, de 10 de abril (Pte: Orduña Moreno) (RJ2015\1518): si el efecto de la fe pública registral supone alterar la regla básica de partida de la dinámica transmisiva, «se presenta como una consecuencia lógica» la interpretación rigurosa del supuesto de hecho activador de aquélla<sup>141</sup>. Sin embargo, esta sentencia no debiera emplearse

---

<sup>141</sup> Como puede leerse en el apartado 2 de su fundamento de derecho segundo, «la interpretación estricta, si se quiere rigurosa, de los requisitos legales para ser tercero del artículo 34 LH, se presenta como una consecuencia lógica de la eficacia positiva de la fe pública registral y de su especial incidencia en el tráfico jurídico inmobiliario, de forma que el tercero que lleva a cabo un negocio adquisitivo confiado en la información que el Registro publica ve convertida para él la situación registral en como una situación ciertamente inatacable pudiendo amparar, inclusive, la adquisición a non domino». Y concluye en este sentido: «Esta especial proyección de la protección registral, como excepción a la dinámica aplicativa de las reglas generales del Derecho civil en materia de adquisición de los derechos reales (artículo 4 del Código Civil, en relación con el 609 del mismo Cuerpo legal) justifica, por ella sola, la interpretación rigurosa en la exigibilidad de los requisitos de aplicación del artículo 34 LH».

A mayor abundamiento, entiende que esta necesidad de interpretación estricta en cuanto al requisito analizado (el adquirir de quien aparece en el Registro con facultades para disponer), deriva de la propia lógica de la publicidad registral: «hay que precisar que la

como «decisiva» en esta cuestión, pues en el caso concretamente analizado en ella, «en el momento del otorgamiento de la escritura de constitución de hipoteca a favor de la entidad acreedora, la titularidad dominical del deudor no estaba inscrita en el Registro, *ni tan siquiera se había presentado a inscripción*, por lo que difícilmente podía operarse el principio de fe pública registral» (la cursiva es nuestra). Cabe plantearse, por tanto, si la decisión del Tribunal Supremo hubiese sido la misma si, al menos, el título del disponente se hubiese presentado a inscripción.

La solución que ofrece el Tribunal Supremo al conflicto planteado merece crítica positiva. Parte de una óptica formal del tracto sucesivo, lo que a su vez, y aunque esto no fue objeto de discusión en el pleito, permite limitar adecuadamente el alcance de lo dispuesto en el artículo 105 del Reglamento Hipotecario, como veremos a continuación.

En efecto, en nuestra opinión el intento de dar un alcance sustantivo al principio de tracto sucesivo, lleva a afirmar que el tercero reúne el requisito de adquirir de titular registral, por haber adquirido mientras está vigente el asiento de presentación de su causante, pero aún no inscrito. Y esto conduce, por coherencia, a darle al artículo 105 del Reglamento Hipotecario un alcance que, según creemos, resulta exorbitante, por mucho que cuente con apoyo en la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

El artículo 105 RH dispone que «*No obstante lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 20 de la Ley, los Registradores podrán suspender la inscripción de los documentos en los que se declare, transfiera, grave, modifique o extinga el dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles en el caso de que la persona que otorgue el acto o contrato alegase en el documento presentado ser*

---

razón de esta interpretación no sólo radica en su incidencia o proyección en el tráfico jurídico, sino también en el propio fundamento técnico que articula y justifica la protección de la fe pública registral. En efecto, desde esta perspectiva, y tal y como reza el principio, la confianza puesta en la exactitud de la información registral y sus efectos derivados se articulan, necesariamente, desde la concurrencia secuencial que proporciona la previa inscripción registral del derecho del transferente, como germen de la confianza depositada, y la proyección del principio de buena fe como presupuesto o justificación de la protección registral dispensada, esto es, como germen que purifica los posibles defectos del título de transmitente; de modo que desde la concurrencia secuencial de estas propuestas o requisitos se explica el desarrollo técnico de la situación inatacable del tercero hipotecario como beneficiario de la fe pública registral». Y añade: «Con lo que la inscripción del derecho del tercero, en este proceso secuencial, sólo es una “condicio iuris” para hacer definitiva la protección registral ya operada: “será mantenido en su adquisición una vez haya inscrito su derecho” (artículo 34 LH). De ahí, la necesaria “inalterabilidad” del proceso descrito para operar dicho resultado adquisitivo».

*causahabiente del titular inscrito o resultare tal circunstancia del Registro y del referido documento, y a solicitud del presentante extenderá anotación preventiva por defecto subsanable»* (los subrayados son nuestros).

La posición que la Dirección General ha adoptado reiteradamente en la interpretación del artículo 105 parece hoy clara: la subsanación del defecto de tracto contemplada en el precepto, sacrifica la posible prioridad que habría que otorgar a un título presentado posteriormente (pero antes de que se presente el título intermedio) que sí respeta el tracto. Ello presupone una interpretación de la idea de *causahabiente* en un sentido amplio<sup>142</sup>. Resulta ilustrativa, por todas, la RDGRN de 12 de noviembre de 2010, en la que se conectan de manera explícita los principios de tracto sucesivo, prioridad y calificación registral, y en ella el Centro Directivo afirma que el artículo 105 del Reglamento Hipotecario implica una modalización del principio de prioridad en su vertiente formal del despacho de los documentos por el riguroso orden de su presentación, ya que «al ser calificado el defecto como subsanable, la fecha del asiento de presentación del título presentado primeramente (...) determina la prioridad del mismo y también la del que fue presentado posteriormente con objeto de acreditar aquella cualidad de causahabiente (...), permitiendo con ello reconstruir el tracto, de tal manera que los efectos de la subsanación del defecto de falta de tracto se retrotraerán a la fecha del asiento de presentación del título subsanado» (fundamento de derecho 6), concluyendo que «... en los casos en que existan títulos intermedios presentados entre los dos previstos en el artículo 105 del Reglamento Hipotecario (...) tales títulos intermedios quedan perjudicados en favor de aquellos con base en la preferencia o prioridad ganada mediante el primer asiento de presentación practicado, preferencia que se *comunica* al título que reconstruye el tracto del primero, produciéndose así lo que la propia resolución llama «trasvase de la prioridad», o verdadera «reserva de rango». Esta doctrina sería confirmada en resoluciones posteriores, como en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de de 12 de abril de 2016, en la que se afirma que «no es sólo que el artículo 105 del Reglamento Hipotecario no excluya de su ámbito de aplicación los supuestos de defectos cuya subsanación requiera una titulación susceptible de presentación y despacho autónomo (y no documentación meramente complementaria en el sentido del artículo 33 del Reglamento Hipotecario, que no es objeto de asiento de presentación propio), sino que precisamente contempla ese

---

<sup>142</sup> Lo que no es obvio, ni unánime. Así, Chico y Ortiz, defendió que causahabiente debe interpretarse aquí en un sentido restringido, como sinónimo de adquirente a título gratuito pueda provocar subrogación. «esto es, a los que se identifican con el fenómeno sucesorio» (CHICO Y ORTIZ, 2001, p. 339, idea que había ya expresado en trabajos anteriores).

supuesto y sólo ese, ya que el defecto cuya subsanabilidad prevé es justa y precisamente la falta de tracto, cuya subsanación presupone la presentación de un título material traslativo de los previstos en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria, por cualquiera de las vías formales contemplados en el artículo 3 de la misma Ley, y en el que “funde inmediatamente su derecho” el disponente, es decir, un título independiente que tiene su acceso al Registro con posterioridad». De aquí, a entender que la inscripción que así logra el actual titular registral, es una inscripción merecedora de los efectos de la fe pública registral, hay solo un paso; por eso, Roca y Roca-Sastre han sostenido que el titular registral que logra su inscripción, subsanando el defecto de tracto presentando el título intermedio de su causahabiente, es tercero hipotecario ex artículo 34-1.º LH<sup>143</sup>.

En nuestra opinión, y teniendo presente que en contra tenemos la doctrina de la Dirección General y la opinión de autores como Roca y Roca-Sastre, debiera quedar claro que el artículo 105 del Reglamento Hipotecario pretende únicamente solucionar un problema de tracto formal, y junto con ello, un problema de calificación registral; pero no puede tener el efecto sustantivo que se le asigna en relación con los principio de prioridad y de fe pública, siquiera sea por una simple cuestión de rango normativo: se trata de un precepto reglamentario que, según creemos, es insuficiente para explicar los efectos que se pretenden extraer de él. Únicamente si interpretamos el concepto de causahabiente como heredero, tendría justificación la doctrina que la Dirección General ha conformado en torno a él. Dicho de otro modo: interpretar el requisito de la previa inscripción exigido en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, a la luz de la solución que a un problema de tracto (y de calificación registral) ofrece el artículo 105 del Reglamento Hipotecario, es difícil de aceptar, sobre la base de un elemental argumento de jerarquía normativa.

Por eso, en el caso origen del conflicto resuelto por la Sentencia objeto de este comentario, y más en general, en los casos en que el titular registral actual logra su inscripción en la hipótesis contemplada en el artículo 105 del Reglamento Hipotecario, debe quedar claro que el titular registral no es merecedor de los efectos de la fe pública registral ex artículo 34 de la Ley Hipotecaria, por faltar uno de los requisitos en él exigidos: haber adquirido de quien aparece en el Registro con facultades para disponer.

Si en el caso origen de esta sentencia, la escritura de hipoteca se hubiese presentado *después* de que se hubiera presentado a inscripción el título del disponente (D. Florencio), cabe especular en torno a la solución que hubiera dado el Tribunal Supremo. Ya hemos visto

<sup>143</sup> ROCA SASTRE; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, 1995, pp. 433-434.

que la Audiencia Provincial entendía que, en tal caso, la entidad bancaria merecería la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sobre la base del efecto retroactivo al asiento de presentación, que a la inscripción hay que reconocerle ex artículo 24 de la misma Ley.

Aunque no sabemos qué hubiese sostenido el Tribunal Supremo, en nuestra opinión, y a pesar de la tesis en contra defendida por García García, el argumento basado en el efecto retroactivo contenido en el artículo 24 de la Ley Hipotecaria, nos parece un argumento de pura lógica formal, y no convincente. Sin ninguna duda, el efecto previsto en el artículo 24 de la Ley Hipotecaria parece sensato y casi necesario, y su importancia en el juego del principio de prioridad resulta incuestionable. Pero por sensato que el precepto resulte a efectos de prioridad, su consecuencia jurídica no puede alterar la *realidad histórica* con la que suceden los hechos: ese efecto retroactivo no es suficiente para negar la indiscutible realidad, que consiste en que, cuando el tercero adquiere, el Registro no publica la titularidad del otorgante disponente, que es lo que positivamente exige el artículo 34-1.º de la Ley Hipotecaria.

### 3.3.3 Breve referencia a la posible «buena fe» del banco, pretendido tercero hipotecario

Con el fin de ofrecer un comentario lo más completo posible de la sentencia objeto de este comentario, debemos hacer referencia a una cuestión que es apuntada por esta sentencia, referente a la buena fe del banco pretendido adquirente del derecho de hipoteca. Esta cuestión, y el tratamiento –breve– que de ella hace el Tribunal Supremo no resulta condicionante de la solución finalmente adoptada, y en este sentido pudiera resultar innecesaria; pero la menciona, y conviene dedicar a ella siquiera unas breves líneas.

Una vez aclarado que la entidad bancaria no merece ser acreedora de los efectos de la fe pública registral, al faltar el requisito de haber adquirido de un titular registral, la sentencia añade: «no negamos la buena fe del Banco, pues pudo creer razonablemente que el prestatario era propietario de la finca en virtud de la recién otorgada escritura de extinción del condominio, pero sí debemos constatar que carecía del precio requisito de la inscripción del artículo 34 LH» (apartado 5 del fundamento de derecho cuarto).

Pudiera pensarse del pasaje recién transcrito, que el Tribunal Supremo entendió que el banco sí reunía el requisito de la buena fe

exigido en el tantas veces repetido artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Pero no creemos que sea así. La afirmación del Alto Tribunal parece dirigida a negar que el banco pudiera incurrir en «animus nocendi», y en este sentido, parece que la idea de buena fe que maneja el Tribunal Supremo sea genérica, sinónima de comportamiento leal y no dañoso. Pero no puede entenderse en el sentido más preciso de buena fe ex artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pues como agudamente pone de manifiesto García García al analizar el requisito de la buena fe en sede de fe pública registral, «la publicidad del Registro impide que se pueda alegar buena fe en contra de los pronunciamientos registrales»<sup>144</sup>.

### 3.3.4 *Una última cuestión: la posible eficacia jurídico real parcial de la hipoteca*

Concluimos el análisis de esta importante STS 2171/2024 con una cuestión que, aunque no fue planteada por las partes, ni por tanto tratada por el Tribunal Supremo, nos ayudará a comprender de una manera más completa la posición jurídica de las partes.

Ya hemos visto, y debe quedar claro, que no hay razones para entender que el negocio constitutivo de hipoteca es inválido; y asimismo, la entidad bancaria no está protegida por la fe pública registral, de manera que no ha podido adquirir *a non domino* la hipoteca sobre la totalidad del dominio.

En este punto, y por la peculiar situación que implica la comunidad de bienes, cabe preguntarse si, descartada la eficacia constitutiva de la hipoteca sobre el total dominio, habría argumentos para afirmarla al menos sobre el dominio del comunero disponente; o lo que es igual, si cabe afirmar la eficacia parcial de la hipoteca.

Como hemos visto, la doctrina científica está dividida en este punto. Con todo, y como también hemos apuntado más arriba, nos parece que existen argumentos para afirmar la eficacia parcial del intento de disposición, eficacia que se concentrará exclusivamente sobre el dominio del disponente (Don Florencio). En definitiva, en el caso resuelto en esta STS 2171/2024 creemos que hay argumentos para afirmar que la entidad bancaria podría exigir del comunero disponente (Florencio) la eficacia de la hipoteca únicamente sobre su dominio, en el bien entendido que:

a) Esta posibilidad no puede ser impuesta a la entidad bancaria (Caja Castilla-La Mancha), sino consecuencia de su decisión.

---

<sup>144</sup> GARCÍA GARCÍA, 1993, p. 270.

b) El ejercicio de esta posibilidad exige el otorgamiento de escritura pública en este sentido, que ha de ser notificada a la otra parte (Florencio) e inscribirse en el Registro de la Propiedad.

Debe considerarse innecesaria la participación de, en el caso, Florencio, en el otorgamiento de esta escritura; para él esta posibilidad no es una opción si la entidad bancaria recurrida decidiera dar eficacia parcial a la hipoteca. Desde el punto de vista de la entidad bancaria, la situación pudiera describirse como una facultad de configuración jurídica, cuya eficacia exige, eso sí, notificación a la parte frente se pretenden la eficacia del ejercicio de esa facultad.

Por otro lado, y de optarse por la eficacia parcial de la hipoteca, ésta, ahora concretada (y de momento concretada) sólo sobre el dominio de Florencio, podría gozar de la prioridad ganada por la inscripción de la anterior constituida parcialmente *a non domino* si la escritura por la que la entidad bancaria opta por la eficacia parcial, se presenta en el Registro antes de la cancelación de, o de la anotación de demanda sobre, la inscripción de la hipoteca origen del conflicto<sup>145</sup>.

c) En el caso de que se produjera posteriormente la aceptación del gravamen hipotecario por las demás comuneras, éstas deben otorgarse mediante escritura pública otorgada por cada comunero y la entidad bancaria acreedora, e inscribirse en el Registro de la Propiedad. En estos casos, cada inscripción posterior es, materialmente, expansión sucesiva de la hipoteca sobre las otras copropiedades, y podrán gozar de la prioridad ganada en su momento por el condómino que otorgó la escritura origen del conflicto, pero en el bien entendido que ello no puede perjudicar, en términos de prioridad, a los gravámenes ya existentes sobre cada una de esas copropiedades (cfr. art. 399 CC), que, de preexistir, debieran considerarse preferentes.

---

<sup>145</sup> Aunque pudiera parecer que esta hipótesis resulta improbable, a la vista de lo dispuesto en el artículo 38 LH («no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos (...) sin que, previamente o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente»), lo cierto es que la interpretación flexibilizadora que de él se ha hecho en la jurisprudencia, al remitir la pretensión de cancelación de la inscripción al momento de la ejecución de la sentencia y no al planteamiento de la demanda (véase al respecto GARCÍA GARCÍA, 2019, p. 768.), hace que la hipótesis aquí planteada resulte perfectamente posible.

Esta conclusión que aquí defendemos, no viene impedida por los términos en que está redactado el artículo 38-2.º LH, aunque literalmente se refiera a la «nulidad o cancelación» que habría de operarse sobre la inscripción de la hipoteca otorgada *parcialmente a non domino*. La cancelación de la inscripción habría de tener únicamente efectos parciales, concretamente, sobre las titularidades de los condóminos no otorgantes de aquella hipoteca.

## V. CONCLUSIONES

1. Un estudio completo del fenómeno de los intentos de transmisión, total o parcialmente *a non domino*, exige analizar la respuesta que a dicho fenómeno se le da desde el derecho de contratos, desde el derecho de obligaciones de fuente contractual, y desde el derecho de bienes. Estos tres bloques normativos son los que se ponen en funcionamiento cuando los operadores del tráfico pretenden una transmisión del dominio o la constitución de un derecho real.

2. No obstante lo anterior, esos tres bloques normativos, aunque operan coordinadamente en los actos de tráfico para que pueda operarse la transmisión pretendida, tienen su propia finalidad institucional. No tener clara esta distinción puede llevarnos a errores tales como afirmar que la venta de cosa, total o parcialmente ajena, es nula.

3. El régimen del saneamiento por evicción previsto en sede de compraventa, y más en general, la obligación que pesa sobre el vendedor consistente en garantizar al comprador la posesión legal y pacífica de la cosa que compra, no sólo no es incompatible con afirmar que el vendedor tienen la obligación de transmisión de la propiedad de la cosa vendida, sino que ayuda a comprender el alcance de dicha obligación, que creemos que se trata de una obligación de medios.

4. El supuesto de adquisición *a non domino* previsto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, es una consecuencia excepcional, por cuanto altera la regla de partida «nadie puede dar lo que no tiene». De ahí que la jurisprudencia haya entendido que los requisitos previstos en dicho precepto para ser beneficiario de los efectos de la fe pública registral, deben ser interpretados de manera estricta.

5. El principio de tracto sucesivo es un principio registral eminentemente formal. El hecho de que se presente un título a inscripción y éste resulte inscribible por respetar el tracto registral, no garantiza al que así logra la inscripción los beneficios de la fe pública registral.

6. La sentencia objeto de este comentario resuelve, en nuestra opinión, correctamente el problema planteado al negar el pretendido beneficio de la fe pública registral. Deja, sin embargo y necesariamente, interrogantes que por razones de congruencia con los términos del recurso de casación planteado, no ha podido resolver, como por ejemplo, si para ser beneficiario de los efectos de la fe

pública registral, y en concreto reunir el requisito de adquirir de quien en el Registro aparece con facultades para disponer, basta con haber adquirido (extratabularmente) cuando ya se había al menos practicado asiento de presentación del título del otorgante. En nuestra opinión, esta cuestión merece respuesta *negativa*; el artículo 105 del Reglamento Hipotecario no puede servir como argumento para sostener lo contrario.

## JURISPRUDENCIA

### TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 9 de mayo de 1980 (RJ\1980\1790)
- STS de 28 de mayo de 1986 (RJ\1986\2832)
- STS 3811/1997, de 30 de mayo (RJ\1997\4328)
- STS 4437/1999, de 22 de junio (RJ\1999\4890)
- STS 1180/2000, de 17 de febrero (RJ\2000\806)
- STS 6757/2002, de 15 de octubre (RJ\2002\10127)
- STS 3056/2004, de 6 de mayo (RJ\2004\2100)
- STS 4045/2004, de 11 de junio (RJ\2004\4427)
- STS 5215/2004, de 15 de julio (RJ\2004\4866)
- STS 1192/2007, de 5 de marzo (RJ\2007\723)
- STS 5823/2007, de 7 de septiembre (RJ\2007\723)
- STS 1553/2008, de 26 de febrero (RJ\2008\2819)
- STS 2563/2008, de 5 de mayo (RJ\2008\5502)
- STS 2154/2011, de 28 de marzo (RJ\2012\5589)
- STS 1153/2013, de 15 de enero (RJ\2012\2276)
- STS 2083/2013, de 18 de abril (RJ\2013\3386)
- STS 5458/2013, de 6 de noviembre (RJ\2013\7261)
- STS 2215/2015, de 10 de abril (RJ\2015\1518)
- STS 386/2019, de 14 de febrero (RJ\2019\545)

### AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Zaragoza de 7 de septiembre de 1994 (TOL384.466)
- SAP de Cantabria 2477/2000, de 7 de diciembre (JUR\2001\78793)

## DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO / DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA

- RDGRN de 12 de noviembre de 2010 (RJ\2011\690)
- RDGRN de 9 de octubre de 2014 (RJ\2014\6093)
- RDGRN de 12 de abril de 2016 (RJ\2016\4239)
- RDGSJyFP de 10 de septiembre de 2024 (JUR\2024\449594)
- RDGSJyFP de 8 de octubre de 2024 (JUR\2024\453556)
- RDGSJyFP de 19 de noviembre de 2024 (JUR\2024\466834)

## BIBLIOGRAFÍA

- ALAS, Leopoldo; DE BUEN, Demófilo; RAMOS, Enrique R: *De la usucapión*. Madrid, 1916.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *La usucapión*, Madrid, 2004.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. Derecho Civil. Tm II, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 2004.
- ALEXY, Lennart; FISAHN, Andreas; HUHNS, Susanne; MUSHOFF, Tobias; TREPTE, Uwe: *Das Rechtslexikon. Begriffe, Grundlagen, Zusammenhänge*, Bonn, 2. Auflage, 2023.
- ALONSO PÉREZ, Mariano: «Anotaciones» a *El error en la doctrina del negocio jurídico*, de Vittorino Pietrobbon, Madrid, 1971.
- ARANA DE LA FUENTE, Isabel: «Artículo 397», en *Código Civil comentado* (dir. por A. CAÑIZARES LASO *et al*). Tm. I. Cizur Menor, 2016, pp. 1608-1614.
- ATIENZA NAVARRO, María Luisa: «Venta de cosa común realizada por uno solo de los comuneros sin el consentimiento de los demás», en *Comunidad de bienes* (coord. por M. J. REYES LÓPEZ), Valencia, 2021, pp. 291-312.
- BASOZABAL ARRUE, Xabier: «Artículo 360» y «Artículo 361», en *Código Civil comentado* (dir. por A. CAÑIZARES LASO *et al*), Cizur Menor, 2016, pp. 1516-1531.
- BAUDRY-LACANTINEIRE, G; SAIGNAT, L: *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*. Tm. XIX, *De la vente et de l'échange*, Paris, 1908.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO. J: *La comunidad de bienes en el derecho español*, Madrid, 1954.
- BIONDI, Biondo: *Istituzioni di Diritto Romano*. Milán, 1972.
- BORRELL Y SOLER, Antonio M: *Nulidad de los actos jurídicos según el Código Civil*, Barcelona, 1947.
- *El dominio según el Código Civil español*, Barcelona, 1948.
- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, Vol. V. Pamplona, 1983.
- CANO MARTÍNEZ, José Ignacio: *La doble venta. Una situación de pendencia*, Barcelona, 2000.
- CAPILLA RONCERO, Francisco: Voz «Permuta», en *Enciclopedia Jurídica Básica*. Madrid. Tm. III (dir. por A. MONTOYA MELGAR), 1995, pp. 4856-4858.

- CARBONNIER, Jean: *Droit Civil*. Tm. 3. *Les biens*, París, 1973.
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de contratos*, Cizur Menor, 2021.
- CASTRO, Federico de: *El negocio jurídico*, Madrid, 1967.
- COLIN, A; CAPITANT, H: Curso elemental de Derecho Civil. Tm. IV: *Contratos usuales* (traducción por la Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Con notas sobre el Derecho Civil español por Demófilo DE BUEN), Madrid, 1925.
- CUADRADO IGLESIAS, Manuel: «Artículo 597», en *Comentario del Código Civil* (dir. por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ *et al*). Tm. I. Madrid, 1993, 1510-1513.
- CUENA CASAS, Matilde: *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona, 1996.
- «Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007. Doble venta y venta de cosa ajena. Alcance del art. 1.473 del Código Civil», en *Comentarios a las Sentencias de Unificación de doctrina (Civil y Mercantil) 2005-2007*. Madrid, 2008, 492-515.
- «Doble venta: los efectos de la definitiva toma de partido del Tribunal Supremo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 722, 2010, pp. 2839-2993.
- CHICO Y ORTIZ, José María: *Seguridad jurídica y revisión crítica de los principios hipotecarios*, Madrid, 1994.
- *Estudios de Derecho Hipotecario*, Madrid, 2001.
- DANCKELMANN, Bernhard; ELLENBERGER, Jürgen: «§119 BGB», en *Grüneberg Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen*, 82 Auflage, München, 2023, pp. 97-102.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Artículo 1301», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBALADEJO), Tm. XVII, vol. 2.º, *Artículos 1281 a 1314* (2.ª edición).
- DÍAZ ROMERO, María del Rosario: «Artículo 455», en *Código Civil comentado* (dir. por A. CAÑIZARES LASO *et al*), Tm. I, Cizur Menor, 2016, pp. 1865-1870.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: Prólogo a la traducción de la obra de Wieacker *El principio general de la buena fe*, Madrid, 1984.
- «Los principios de inspiración y los precedentes de las leyes hipotecarias españolas», en *Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución*. Tm. I, vol. I. *Leyes de 1861 a 1869*, Madrid, 1989, pp. 3-27.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Tm. I, *Introducción. Teoría del contrato*. Cizur Menor, 2007.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. A: «Artículo 34», en *Comentarios a la Ley Hipotecaria* (dir. por A. A. DOMÍNGUEZ LUELMO), Cizur Menor, 2019, pp. 654-688.
- DROSS, William: *Droit des Bens*, París, Montchrestien, 2012.
- EHRENBERG, Victor: *Seguridad jurídica y seguridad del tráfico* (traducido por Antonio Pau Pedrón), Madrid, 2003.
- ESTRUCH ESTRUCH, Jesús: *Venta de Cuota y Venta de Cosa Común por uno de los Comuneros en la Comunidad de Bienes*, Cizur Menor, 1998.
- FENOY PICÓN, Nieves: «Artículo 1484» y «Artículo 1494», en *Comentarios al Código Civil* (dir. por A. A. DOMÍNGUEZ LUELMO), Valladolid, 2010.
- FERRI, Luigi: «La vendita in generale – Le obbligazioni del venditore – Le obbligazioni del compratore», en *Tratato de Diritto Privato*, Tm. 11-3.º (dir. por P. RESCIGNO), Torino, 1984.
- GALLEGO VEGA, José Ángel: «El principio de tracto sucesivo», en *Tratado de Derecho Inmobiliario Registral* (dir. por S. DEL REY BARBA y M. ESPEJO LERDO DE TEJADA), Tm. II, Valencia, 2021, pp. 1455-1477.

- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «Artículo 1483-2.º», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*. Tomo XIX. Artículos 1.445 a 1.541 (dir. por M. ALBALADEJO) Madrid, 1991.
- GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tm. II, Madrid, 1993.
- *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tm. III, Madrid, 2002.
- *Código de Legislación Hipotecaria*, Cizur Menor, 2019.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Reglas del Derecho Romano*, Madrid, 1841.
- *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Tm. III, Madrid, 1852.
- GARCÍA GOYENA, F; AGUIRRE, J: *Febrero o librería de jueces, abogados y escribanos* (cuarta edición aumentada y corregida por Joaquín Aguirre y Manuel Montalbán), Madrid, 1852.
- GASPAR LERA, Silvia: *La adquisición de la propiedad por tradición causal*. Límites a la autonomía de la voluntad, Cizur Menor, 2017.
- GIMÉNEZ ROIG, Eusebio: *Tráfico jurídico, compraventa, escritura e inscripción*, Madrid, 1998.
- GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro; MONTALBÁN, Manuel: *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, 3 tomos, Madrid, 1872.
- GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, Jerónimo: *Estudios de Derecho Hipotecario y de Derecho Civil*, Tm. I., Madrid, 1948.
- HEDEMANN, J. W: *Tratado de Derecho Civil*, Vol. III, *Derecho de obligaciones* (traducción de Jaime Santos Briz), Madrid, 1958.
- HERNÁNDEZ CRESPO, Carlos-Miguel: «Registro y seguridad jurídica», en *Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución*. Tm. I, vol. I. *Leyes de 1861 a 1869*, Madrid, 1989, pp. XXI – LII.
- JÖRS, Paul; KUNKEL, Wolfgang: *Derecho Privado Romano*, Santiago de Chile, 2018.
- JOSSEMAND, Louis: *Derecho Civil*. Tm. I, vol. III. *La propiedad y otros derechos reales y principales* (traducción de Santiago CUNCHILLOS), Buenos Aires, 1950.
- *Derecho Civil*. Tm. II, vol. II. *Contratos* (Revisado y completado por André BRUN). Traducción de Santiago CUNCHILLOS Y MANTEROLA de la tercera edición francesa (año 1939), Buenos Aires, 1951.
- KARRERA EGIALDE, Mikel M: «Art. 597», en *Código Civil comentado* (dir. por A. CAÑIZARES LASO et al). Tm. I, Cizur Menor, 2016, pp. 2305-2308.
- KOHLER, Jürgen: «§ 892», en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. München, 2020, pp. 317-347.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona, 1984.
- LAURENT, F: *Principes de Droit Français*. Tm. XXIV, París, 1877.
- LEHMANN, Heinrich: *Tratado de Derecho Civil*. Vol. I, *Parte General* (traducción de José María Navas), Madrid, 1956.
- LISO LARREA, M.ª Socorro: «Ley 567», en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra* (dir. por E. RUBIO TORRANO), Cizur Menor, 2002, pp. 1935-1940.
- LOHSSE, Sebastian: «Art. 4:119: Remedies for Non-performance», en *Commentaries on European Contract Laws* (ed. por N. JANSEN y R. ZIMMERMANN), Oxford, 2018, pp. 737-739.

- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M: «artículo 1258», en *Código Civil comentado* (dir. por A. CAÑIZARES LASO *et al*), Tm. III, Cizur Menor, 2016, pp. 590-593.
- «Ineficacia del contrato por invalidez. el binomio nulidad-anulabilidad. Líneas generales», en *Estudios de derecho de contratos* (dir. por A. M. MORALES MORENO), Tm. I, Madrid, 2022, pp. 575-597.
- LÓPEZ VILAS, Ramón: «Artículo 360», en *Comentario del Código Civil* (dir. por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ *et al.*), Tm. I, Madrid, 1993, pp. 1013-1015.
- LUZZATO, Ruggero: *La compraventa según el nuevo Código Civil italiano* (traducción al castellano por Francisco BONET RAMÓN), Madrid, 1953.
- MACÍA MORILLO, Andrea: «Artículo 1.445», en *Comentarios al Código Civil* (dir. por A. CAÑIZARES LASO *et al*), Tm. IV, Valencia, 2023, pp. 6556-6564.
- MAGNUS, Ulrich: «§ 826 BGB», en *German Civil Code* (dir. por G. DANNEMANN y R. SCHULZE), Volume I: Books 1 -3, München, 2020, pp. 1617-1621.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil español*, Tm. X, Madrid, 1908.
- MAZEAUD, Henri & Leon; MAZEAUD, Jean: *Leçons de Droit Civile*, Tm. III, vol. II, parte I: *Vente et échange*, París, 1979
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P: *De la publicidad contractual a la titulación registral. El largo proceso hacia el Registro de la Propiedad*, Madrid, 2008.
- *La función de la fe pública registral en la transmisión de bienes inmuebles. Un estudio del sistema español con referencia al alemán*, Valencia, 2017.
- *Evolución institucional de los sistemas de transmisión onerosa*, Valencia, 2023.
- MERKEL, Adolf: *Enciclopedia jurídica* (traducción de W. Roces), Madrid, 1924.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María: «Artículo 397», en *Comentario del Código Civil* (dir. por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ *et al.*), Tm. I, Madrid, 1993, pp. 1088-1093.
- «Algunos problemas de la responsabilidad por la transmisión de la propiedad en la compraventa», *Revista de Derecho*, 26, 2006, pp. 233-269.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: «La usucapión», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 3, 2000, pp. 175-204.
- «Art. 1474», en *Comentario del Código Civil* (dir. por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ *et al.*), Tm. II, Madrid, 1993, pp. 933-935.
- «Art. 1484», *Comentario del Código Civil* (dir. por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ *et al.*), Tm. II, Madrid, 1993, pp. 953-957.
- MORELL Y TERRY, J: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, Tm. I, Madrid, 1916. Tm. II, 1917.
- MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo: «El principio de fe pública registral», en *Manual de Derecho Inmobiliario Registral. Adaptado a la Ley 11/2023 – En vigor desde mayo de 2024* (dir. por J. P. MURGA FERNÁNDEZ y D. VIGIL DE QUIÑONES OTERO), Madrid, 2024.
- NANCLARES, Javier: «Ley 567», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBALADEJO), Tm. XXXVIII, vol. 2, *Leyes 488 a 596 y Disposiciones transitorias, adicional y final de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra*, Madrid, 2002, pp. 390-401.
- PABLO CONTRERAS, Pedro de. «Artículo 1473», en *Código Civil comentado* (dir. por A. CAÑIZARES LASO *et at.*), Vol. IV, Cizur Menor, 2016, pp. 142-150.
- PANTOJA, José María: *Repertorio de la jurisprudencia civil española*, Madrid, 1887.
- PAU PEDRÓN, Antonio: Introducción a la obra de EHRENBERG, Victor. *Seguridad jurídica y seguridad del tráfico* (traducido por Antonio Pau Pedrón), Madrid, 2003.

- PAZ-ARES, Cándido: «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», en *Revista de Derecho Mercantil*, 175-176, 1985, 7-40.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 2001.
- PIETROBON, Vittorino: *El error en la doctrina del negocio jurídico* (traducción y extensas anotaciones y concordancias al Derecho español por Mariano ALONSO PÉREZ), Madrid, 1971.
- REINACH, Adolf: *Los fundamentos a priori del Derecho Civil* (traducción de Mariano Crespo), Granada, 2010.
- ROCA SASTRE, Ramón María; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis: *Derecho Hipotecario*. Tm. II, Barcelona, 1995.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María: «Artículo 1539», en *Código Civil comentado* (dir. por A. CAÑIZAREZ LASO), Tm. IV, Cizur Menor, 2016, pp. 336-339.
- RODRÍGUEZ MORATA, Federico A: «Artículo 1445», en *Comentarios al Código Civil* (dir. por R. BERCOVITZ), Cizur Menor, 2021, pp. 1836-1840.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno: *Resolución y sinalagma contractual*, Madrid, 2013.
- ROPPO, Vincenzo: *Il contratto*, Milán, 2001.
- RUBINO, Domenico: «La compravendita», en *Tratatto di Diritto Civile e Commerciale* (dir. por A. CICU y F. MESSINEO), Tm. XXIII, Milán, 1971.
- SAINT-JOSEPH, Fortuné Anthoine de: *Concordancia entre el Código civil francés y los códigos civiles extranjeros*. Traducción de F. Verlanga Huerta y J. Muñiz Miranda, Madrid, 1843
- SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca: *Manual de Derecho Inmobiliario Registral*, Valencia, 2021.
- SANZ FERNÁNDEZ, Ángel: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, Tm. I, 1947 / Tm. II, 1953.
- SCAEVOLA, Q. M: Código Civil concordado y comentado extensamente con arreglo á la edición oficial. Tm. XXIII, *Artículos 1.445 á 1.541*, Madrid, 1906.
- SCHAUB, Renate: «§ 437», en *German Civil Code*. Volume I: Books 1 -3. München, 2020, pp. 750-757.
- SPRAU, Hartwig; PINZGER, Eberhard: «§ 826», en *Grüneberg Bürgerliches Gesetzbuch*, München, 2023, pp. 1508-1517.
- STOLFI, Giuseppe: *Teoría del negocio jurídico* (traducción de Jaime Santos Briz), Madrid, 1959.
- TORRENS, Robert: *Un ensayo sobre la transmisión de inmuebles por medio del registro* (traducido por Celia Martínez Escribano y Nicolás Nogueroles Peiró), Pamplona, 2011.
- TUC, M. Théophile: *Le Code Civil italien et le Code Napoléon. Études de Législation comparée*, París, 1868.
- TREITEL, G. H: *The Law of Contract*, London, 2011.
- VV. AA: *Code Civil suivi de L'exposé des motifs sur chaque loi, présenté par les orateurs du gouvernement*, Tome siéxeme, París, 1820.
- VON TUHR, Andreas: Derecho Civil, Vol. II, *Los hechos jurídicos* (traducción de Tito Ravá), Madrid, 2005.
- WAIS, Hannes: «§ 119», en *German Civil Code*. Volume I: Books 1 -3 (dir. por G. DANNEMANN y R. SCHULZE), München, 2020, pp. 143-147.
- «§ 138», en *German Civil Code*. Volume I: Books 1 -3 (dir. por G. DANNEMANN y R. SCHULZE), München, 2020, pp. 179-185.
- WEIDENKAFF, Walter: «§ 433», en *Grüneberg Bürgerliches Gesetzbuch*, München, 2023, pp. 675-678.

- WESTERMANN, H., *et. al.*: *Derechos reales* (Traducción a cargo de Ana Cañizares Laso, José María Miquel González, José Miquel Rodríguez Tapia y Bruno Rodríguez-Rosado), Madrid, 1998.
- WESTERMANN, Harm Peter: «§ 433», en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 4. Schuldrecht – Besonderer Teil I*, München, 2019, pp. 24-64.
- WESTERWELLE: «§ 892», en *German Civil Code*. Volume I: Books 1 -3 (dir. por G. DANNEMANN y R. SCHULZE), München, 2020, pp. 1741-1745.
- WOLFF, Martin: Tratado de Derecho Civil. Tomo III, Derecho de cosas. Volumen primero, *Posesión – Derecho Inmobiliario – Propiedad* (Traducción española con anotaciones de Blas Pérez González y José Alguer), Barcelona, 1971.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: «Tipología del justo título en la usucapión. Crónica de una cuestión pendiente», en *Anuario de Derecho Civil*, 2001, fasc. II, pp. 547-679.
- ZAMORA MANZANO, José Luis: *La publicidad de las transmisiones inmobiliarias en el Derecho Romano. (Antecedentes de los principios hipotecarios)*, Madrid, 2004.

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ** (Académico senior. Universidad Carlos III de Madrid).

Colaboran: **Brian BUCHHALTER MONTERO** (Investigador posdoctoral de Derecho procesal. Universidad Complutense 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), **Jose María MARTÍN FABÁ** (Profesor ayudante doctor de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Carlos ORTEGA MELIÁN** (Profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN** (Profesora permanente laboral de Derecho civil. Universidad de Burgos), **Margarita SÁNCHEZ GONZÁLEZ** (Profesora sustituta de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Francisco SANTANA NAVARRO** (Profesor contratado doctor 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.

### DERECHO CIVIL

#### PARTE GENERAL

**1. Prescripción de las acciones para exigir el cumplimiento de obligaciones declaradas por sentencia.**—El artículo 1971 CC establece que el plazo de prescripción de las acciones para exigir el cumplimiento de obligaciones declaradas por sentencia comienza desde su firmeza, pero no especifica

la duración de dicho plazo. Ante esta omisión, la jurisprudencia venía aplicando el plazo general de 15 años del artículo 1964 CC en su redacción anterior a la entrada en vigor de la LEC 1/2000, que fijó un plazo de cinco años.

El Tribunal Supremo subraya que la acción derivada del artículo 1971 CC es distinta de la ejercitada en el juicio de origen. Por ello, cualquiera que sea la naturaleza de la acción deducida en juicio, la ejecutoria que se deriva de este constituye un nuevo título con efectos propios, distinto de la acción primitiva, cuya ejecución quedaba sujeta al plazo general de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado un plazo distinto en ausencia de norma específica (art. 1964 CC en relación con el art. 1971 CC) (SSTS de 7 de julio de 1921, 19 de febrero de 1982).

**Requisitos para la existencia de fraude de ley.**—Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que el fraude de ley precisa de una serie de actos que, bajo una apariencia de legalidad, contravienen el contenido ético de los preceptos en que se amparan, respetando la literalidad de la norma pero vulnerando su espíritu. Para la apreciación del fraude de ley, lo realmente relevante es determinar si se ha producido un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, con independencia de la intención de burlar la norma (SSTS de 6 de febrero de 1957, 13 de junio de 1959, 2 de mayo de 1984, 1 de febrero de 1990, 1169/2000, de 21 de diciembre, 629/2021, de 27 de septiembre). (STS 1683/2023, de 29 de noviembre; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—En 2009, Hugo demandó a Erevardo, solicitando una indemnización de 100.000 euros por daño moral debido al incumplimiento de sus obligaciones como padre. La demanda fue desestimada en primera instancia y confirmada en apelación. Finalmente, el recurso de casación interpuesto por Hugo fue desestimado por el Tribunal Supremo, que impuso las costas al recurrente.

Una vez firme el pronunciamiento absolutorio de Erevardo, se procedió a realizar las tasaciones de costas correspondientes y, en 2017, este interpuso demanda de juicio ordinario contra su hijo por la que reclamaba el pago de 23.923,77 euros en costas procesales, más 6.976,04 euros en concepto de intereses. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, considerando que, aunque había caducado la acción ejecutiva respecto a los decretos de tasación de costas por el transcurso del plazo de cinco años previsto en el artículo 518 LEC, aún era posible la acción declarativa en virtud del artículo 1964 CC, conforme a la redacción vigente antes de la reforma de la Ley 42/2015, de 5 de octubre.

Hugo recurrió en apelación y la Audiencia Provincial revocó la sentencia de instancia con el argumento de que, a pesar de que la acción declarativa no había caducado, esta no podía ejercitarse si ya se había perdido la posibilidad de ejercer la acción ejecutiva, que se encontraba caducada. La Audiencia consideró que promover una reclamación mediante juicio declarativo, en este caso, suponía un fraude de ley, pues se contravenía el espíritu de las normas aplicables a la ejecución de costas procesales.

Erevardo interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo. (M. S. G.)

**2. Plazo de prescripción de la responsabilidad civil *ex delicto*.**—El plazo para exigir la responsabilidad civil derivada del delito es el previsto en el artículo 1964 CC, si existe una previa condena penal. En caso contrario, la responsabilidad se sujeta al plazo contemplado en el artículo 1968.2 CC, en relación con el artículo 1902 CC.

***Dies a quo* del plazo de prescripción de la acción civil ejercitada después de un proceso penal.**—El cómputo del plazo de prescripción comenzará a contar desde el momento en que la sentencia recaída o el auto de sobreseimiento o archivo, notificados correctamente, adquieran firmeza, puesto que es en ese instante cuando conoce el punto final de la paralización operada por la tramitación de la vía penal preferente, con la correlativa posibilidad entonces de actuar en vía civil por aplicación del artículo 114 LECrim. Por tanto, no puede demorarse su inicio al vencimiento del plazo de solicitud de aclaración. (STS 1646/2023, de 27 de noviembre; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Con ocasión de unas obras de construcción, por orden de su director de ejecución, se demolió un muro medianero con el edificio contiguo, así como otro perpendicular que le servía de contrafuerte. Ello provocó a los pocos días el derrumbamiento del edificio, resultando fallecido el morador de la vivienda y con graves lesiones su esposa. Por tales hechos se siguió un proceso penal únicamente contra el mencionado director de ejecución, por el fallecimiento del arquitecto superior, que terminó con sentencia de conformidad del acusado el 11 de febrero de 2013. El 5 de junio de 2014, el propietario del inmueble que se derrumbó formuló demanda contra las aseguradoras de la empresa constructora y técnicos intervinientes, solicitando su condena solidaria al pago de cantidad. En primera instancia se condenó a parte de la cantidad solicitada. La Audiencia apreció la prescripción de la acción respecto de la aseguradora de la constructora, porque no había resultada condenada en vía penal. El Supremo desestimó el recurso de casación. La demandante también alegó interrupción extrajudicial de la prescripción, que no fue estimada por haberse realizado el requerimiento una vez había prescrita la acción.

NOTA.—La razón por la que serían absueltas las aseguradoras de los técnicos no fue la prescripción de la acción, sino la existencia de cosa juzgada respecto de los pronunciamientos civiles de la sentencia penal, que apreció la Audiencia, lo que no fue combatido a través de un recurso por infracción procesal. Por ello, en este particular también fue desestimada la casación. (F. S. N.)

**3. Plazo de caducidad *dies a quo* de la acción de reducción de donaciones por inoficiosidad.**—Las lagunas e insuficiencias de la acción de reducción de donaciones por inoficiosidad deben remediarse, conforme a lo dispuesto por el artículo 654 CC, por remisión a las normas contenidas en los artículos 644 a 656 CC (STS de 4 de marzo de 1999). Ante la falta de regulación expresa, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha inclinado por la aplicación analógica del artículo 646 CC, en el que se prevé un plazo de 5 años para la revocación de donaciones por superveniencia de hijos. El Tribunal argumenta que cabe apreciar una identidad de razón entre ambas accio-

nes, pues ambas están dirigidas a la tutela cuantitativa de la legítima, por lo que resulta preferible que se cuente con el mismo plazo. Este criterio se alinea con el plazo general de las acciones personales sin plazo específico (art. 1964 CC) (SSTS de 12 de julio de 1984; de 4 de marzo de 1999).

**Dies a quo de la acción de reducción de donaciones por inoficiosidad.**—El plazo de la acción comienza a correr en la fecha en la que fallece el causante, con la única excepción de que los legitimarios no hubieran podido conocer la donación. A partir de ese momento, la legítima es efectiva, lo que permite que los legitimarios impugnen los actos dispositivos que la lesionen. El cálculo de la legítima se realiza en el momento de la apertura de la sucesión, momento en el que se determina tanto el valor de la cuota de participación del legitimario como la posible inoficiosidad de las disposiciones testamentarias. (STS 1548/2023, de 8 de noviembre; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Ezequías contrajo matrimonio con Ángeles, con quien tuvo dos hijas, Belinda y Bárbara. Tras su divorcio, contrajo nuevo matrimonio con Carla, sin descendencia.

En 2003 Ezequías otorgó testamento notarial por el que legó a su esposa los derechos que le correspondieren en el inmueble «Palomar merendero», así como el tercio de libre disposición. A sus hijas les legó, a parte iguales, los derechos sobre la «Casa chalé» y las instituyó herederas universales. En ese mismo acto, Ezequías y Carla otorgaron una escritura mediante la que él aportó a la sociedad de gananciales, entre otros bienes, el «Palomar merendero» y la «Casa chalé»

Ezequías falleció el 16 de noviembre de 2003. Un año después Belinda y Bárbara solicitaron al Colegio Notarial de Bilbao una valoración sobre la actuación notarial en el otorgamiento del testamento y la aportación de bienes a la sociedad de gananciales, pues consideraban que se habían vulnerado sus derechos legitimarios.

En enero de 2011, Carla presentó demanda para la división de la herencia y la formación de inventario. El Juzgado de Primera Instancia aprobó el inventario, incluyendo los bienes objeto de aportación, sin que Belinda y Bárbara formularan oposición. Posteriormente, la contadora partidora designada judicialmente presentó el cuaderno particional, al que las hermanas se opusieron argumentando que los bienes aportados a la sociedad de gananciales debían considerarse en su haber para preservar su legítima. Sin embargo, el juzgado rechazó su pretensión por extemporánea y consideró que esta alegación debería haberse planteado al formar el inventario y no en la partición de la herencia. Esta resolución fue confirmada por la Audiencia Provincial.

En octubre de 2016, Belinda y Bárbara interpusieron demanda contra Carla, por la que solicitaron la reducción de los legados por perjudicar su legítima. Carla se opuso, alegando, entre otras consideraciones, la caducidad de la acción de reducción por inoficiosidad.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por caducidad de la acción. Belinda y Bárbara recurrieron en apelación y argumentaron que, a falta de previsión por el legislador, el plazo para la reducción de donaciones era de 15 años (en la redacción anterior a la reforma producida por la Ley 42/2015). La Audiencia

Provincial desestimó el recurso y confirmó la sentencia del juzgado. Las hermanas interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo. (*M. S. G.*)

## DERECHO DE LA PERSONA

**4. Requisitos del requerimiento de pago previo a la comunicación de los datos a un fichero sobre incumplimiento de obligaciones dinerarias.**—El simple hecho de que la comunicación que contenía el requerimiento de pago fuera depositada en el servicio de correos junto con otras muchas cartas, no basta por sí solo para considerar que no se ha practicado el requerimiento de pago, cuando, como sucede en el presente caso, la comunicación ha sido remitida a una dirección idónea, como es la que la demandante hizo constar en el contrato del que deriva la deuda, sin que conste que hubiera comunicado un cambio de domicilio o que la demandada hubiera podido inferir dicho cambio de alguna otra circunstancia. No es necesario para considerar realizado efectivamente el requerimiento de pago haberse utilizado sistemas tales como el burofax o el correo certificado con acuse de recibo. Es más, la recepción del requerimiento de pago se puede considerar fijada a través de las presunciones o acreditada por cualquier medio de prueba, siempre que exista garantía o constancia razonable de ella, lo que se produce cuando la comunicación depositada en el operador postal ha sido remitida al domicilio del deudor y no existen circunstancias (por ejemplo, la devolución de otras comunicaciones dirigidas a ese domicilio) que desvirtúen esta conclusión.

**El carácter funcional del requerimiento de pago en la protección del derecho al honor.**—El requisito del requerimiento previo de pago tiene un carácter funcional respecto de la protección del derecho al honor frente a intromisiones ilegítimas por el tratamiento de los datos personales en ficheros sobre solvencia patrimonial. En efecto, su exigibilidad se funda en la necesidad de evitar que sean incluidas en estos registros personas que, por un simple descuido, por un error bancario al que son ajenas, o por cualquier otra circunstancia de similar naturaleza, han dejado de hacer frente a una obligación dineraria vencida y exigible sin que ese dato sea pertinente para enjuiciar su solvencia. En el presente caso, consta que la demandante había sido incluida en registros en los últimos cinco años por otras deudas, a instancia de la demandada, al menos en cuatro ocasiones con antelación a la inclusión litigiosa. En estas circunstancias, el requerimiento de pago ha perdido su virtualidad respecto de la protección del derecho al honor, porque no servía para evitar el tratamiento de los datos personales de la demandante como morosa sin serlo, pues la afectada había venido incumpliendo sistemáticamente sus obligaciones dinerarias y sus datos ya constaban en un sistema de información crediticia. En consecuencia, no se ha producido una intromisión ilegítima en el derecho al honor de la demandante. (**STS 34/2024, de 11 de enero**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

**HECHOS.**—Dulce interpuso una demanda en la que solicitaba que se declarara que Intrum había atentado contra su derecho al honor por la inclusión de sus datos personales en los ficheros Asnef-Equifax y Experian-Badexcug y se condenara a indemnizarle con 7.000 euros en concepto de daños morales.

El Juzgado de Primera Instancia estimó sustancialmente la demanda, si bien fijó la indemnización en 4.000 euros.

La demandada apeló la sentencia y la Audiencia Provincial solo estimó el recurso en lo atinente a la cuantía de la indemnización, que rebajó a 2.000 euros.

La demandada ha interpuesto un recurso de casación, el cual ha sido estimado por el Tribunal Supremo. (*J. M.<sup>a</sup> M. F.*)

**5. Conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor en un contexto de crítica por ciertas prácticas profesionales (anuncio de divorcios a 150 € por medio de furgonetas, llamadas «Divorcionetas»).**—

La Sala Primera continúa su jurisprudencia sobre la tutela en vía civil del derecho al honor en su vertiente de prestigio profesional. Para ser lesivas, las críticas de valor deben ser injuriosas o ultrajantes. No tienen por qué ser veraces, pues se profieren bajo amparo de la libertad de expresión y no de información, aunque sí deben sustentarse en una base fáctica razonable. (**STS 115/2024, de 31 de enero**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—El recurrente en casación, abogado especialista en Derecho de familia publicitó, a finales de 2020 y 2021 y a través del uso de furgonetas (luego llamadas «Divorcionetas»), su actividad profesional por un precio de 150 €. Esta forma de anuncio fue reprochada, públicamente aunque sin referencia al demandante, por la Asociación Española de Abogados de Familia.

El recurrente se sintió lesionado en su derecho al honor y solicitó, de los Juzgados de Primera Instancia de Madrid, los pronunciamientos habituales en estos procedimientos (declaración de la existencia de la intromisión, ordenación de su cese, publicación de la sentencia condenatoria, indemnización por daños y perjuicios, entre otros). Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestimaron la demanda por entender que las expresiones utilizadas por la Asociación y por su Presidenta ni estaban dirigidas directamente al recurrente ni tampoco eran vejatorias. Estaban también en relación con la actividad habitual de la Asociación y se fundaban en una base fáctica «razonable», requisito también exigible a las críticas y juicios de valor (que se amparan no en la libertad de información, sino en la libertad de expresión).

NOTA.—Las decisiones recaídas en las diversas instancias son razonables y coherentes. El Tribunal Supremo no concreta, sin embargo, qué estándar de justificación espera del recurrente en casación que quiere lograr en estos procedimientos para la tutela de derechos fundamentales una conclusión probatoria distinta a la alcanzada por los órganos de instancia. Se limita a reprochar que el recurrente no puede apartarse «inmotivadamente de las conclusiones probatorias alcanzadas en la instancia sobre hechos concretos y argumentadas en la sentencia recurrida, o lo haga con alegaciones inconsistentes». Si se admitiera la revisión de las conclusiones probatorias, mantiene el Tribunal Supremo, «se estaría desvirtuando la naturaleza del recurso de casación». Ahora bien, como en esta vía casacional se trata, ante todo, de la tutela del *ius litigatoris* (la

expresión civil de un derecho fundamental, en concreto) parece lógico entender que la *naturaleza del recurso de casación* a la que se refiere el Tribunal Supremo no sea la puramente nomofiláctica, sino la de un recurso que abrigue amparo de derechos subjetivos. De ahí se sigue que el estándar de motivación exigible para separarse de las conclusiones probatorias alcanzadas en primera instancia: a) ni puede ser excesivamente rígido en sí mismo; ni b) puede ser interpretado con tan poca flexibilidad por el Tribunal Supremo. Es decir, la «naturaleza del recurso de casación» (se entienda lo que se entienda bajo ese sintagma) no justifica un estándar tan escrito de justificación como el exigido en el supuesto de hecho. (B. B. M.)

**6. Conflicto entre el derecho al honor y las libertades de información y expresión. La presentación de una denuncia no constituye una intromisión ilegítima en el derecho al honor.**—Por lo que respecta al carácter ofensivo para el honor que puede derivarse de la presentación de una denuncia, es jurisprudencia constante que una denuncia penal «no constituye un acto de imputación lesivo para el honor al servir tan sólo como medio para poner en conocimiento del órgano jurisdiccional la posible existencia de un delito al amparo del derecho a la tutela judicial efectiva del que se siente perjudicado en sus intereses» (SSTS de pleno 337/2017, de 29 de mayo; 13/2019, de 12 de enero; y 1058/2023, de 29 de junio), siendo así que el descrédito que toda denuncia lleva aparejado para quienes figuran en ella no es bastante para apreciar la existencia de intromisión, ante la mayor protección que merece el derecho de la presunta víctima del ilícito penal.

No concurre el supuesto del artículo 7.7 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, *de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, cuando la imputación de hechos penales se realiza a través del medio legal previsto (denuncia), ante las autoridades penales competentes para conocerlos (policía judicial), en ejercicio del derecho como perjudicado y deber como ciudadano de poner en conocimiento la comisión de hechos delictivos (SSTS 212/2022, de 15 de marzo; y 1058/2023, de 29 de junio, entre otras muchas).

**Juicio de ponderación entre los derechos en conflicto.**—Para ello debe tomarse como punto de partida la doctrina constitucional y la jurisprudencia de esta sala, según la cual la preeminencia de la que gozan en abstracto las libertades de información y expresión sobre el derecho al honor (en el caso de personas jurídicas, susceptible de una protección de menor intensidad) sólo puede mantenerse en el caso concreto si concurren tres requisitos: dos de ellos comunes —que la información comunicada o la valoración subjetiva, la crítica u opinión divulgada, vengan referidas a un asunto de interés general o relevancia pública, sea por la materia, por razón de las personas o por las dos cosas, y la proporcionalidad, es decir, que en su exposición pública no se usen expresiones inequívocamente injuriosas o vejatorias—, y el tercero, la veracidad, que es un requisito legitimador de la libertad de información.

**Concepto de veracidad.**—Según la jurisprudencia, por veracidad ha de entenderse «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» (SSTS 48/2022, de 31 de enero; 485/2023, de 17 de abril; y 250/2023, de 14 de febrero). Para la jurisprudencia, el concepto de veracidad no coincide con el de la verdad de lo publicado o difundido, ya que, cuando la Constitución requiere que la información sea veraz, no está privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas, sino estableciendo un deber de diligencia sobre el informador, a quien se puede y debe exigir que lo que transmite como hechos haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos.

**La veracidad también es exigible para la libertad de expresión en el caso en el que la exposición de los hechos y la emisión de las valoraciones aparecen indisolublemente unidas.**—Desde la perspectiva de la libertad de expresión se debe recordar que, aunque tenga un campo de actuación más amplio, no ampara la descalificación de una persona atribuyéndole hechos o conductas socialmente reprochables que puedan desacreditarla, lo que implica una exigencia de veracidad respecto de los hechos cuando puedan desacreditar a la persona criticada (SSTS 450/2017, de 13 de julio; y 613/2016, de 7 de octubre, entre otras). Es decir, aunque se considerase prevalente la libertad de expresión, la doctrina jurisprudencial reitera que cuando se atribuye la comisión de hechos antijurídicos, la exposición de los hechos y la emisión de valoraciones aparecen indisolublemente unidas, por lo que ni siquiera esa exposición de una opinión crítica y legítima justificaría la atribución o imputación al criticado de hechos no veraces, que objetivamente considerados, ofendan gravemente su honor (SSTS 450/2017, de 13 de julio; y 258/2017, de 26 de abril. También, las SSTC 79/2014, 216/2013, y 41/2011).

No resultan amparadas por la libertad de expresión aquellas expresiones ofensivas relacionadas con hechos cuya comunicación pública supone una intromisión ilegítima en el derecho al honor por no cumplir el requisito de la veracidad (STS 689/2019, de 18 de diciembre). En este caso carece de relevancia la distinción entre libertad de expresión y libertad de información, pues ninguna de las dos justifica la intromisión al sustentarse las opiniones o juicios de valor en unos hechos no veraces que afectaban gravemente a la consideración pública del perjudicado (STS 236/2019, de 23 de abril). **(STS 1793/2023, de 20 de diciembre;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

**HECHOS.**—La asociación PGS, dedicada a la protección de los animales, presentó una denuncia ante el SEPRONA contra un Zoológico por maltrato animal y violación de la Ley de Zoológicos. La denuncia se sustentaba en un informe emitido por un veterinario, que lo había elaborado basándose exclusivamente en la visualización de imágenes y videos de los delfines del Zoológico denunciado, en el que se señalaba, entre otras cuestiones, que dos delfines presentaban enfermedades cutáneas y que el resto tenían los ojos más cerrados de lo habitual por causas posiblemente del cloro e incluso por conjuntivitis. Además, a pesar de sufrir las patologías mencionadas se obliga a los delfines a seguir trabajando en cada espectáculo sin tener la opción de reubicación en una zona tranquila y limpia hasta que estén totalmente recuperados.

El mismo día de presentarse la denuncia, se publica en la página web de la asociación un comunicado en el que informa sobre la presentación de la denuncia y da su opinión sobre la utilización de

animales en espectáculos y demás actividades alejadas de las tareas educativas, que, a su juicio, deberían estar prohibidas por la administración.

La denuncia, después de las averiguaciones pertinentes, no dio lugar a sanción administrativa ni a la incoación de la causa penal.

El Zoológico entonces demandó a la asociación por intromisión ilegítima en el derecho al honor. La tesis sostenida por la actora es que el propósito de la demandada fue presentar una denuncia para luego, darle repercusión mediática mediante su publicación en su página web.

El Juzgado y la Audiencia desestimaron la demanda, por prevaler las libertades de información y expresión sobre el derecho al honor de la demandante (de menor intensidad cuando su titular es una persona jurídica), porque la mera interposición de una denuncia (o de una querrela) no constituye una intromisión ilegítima en el honor a menos que las circunstancias revelen que se hizo un uso abusivo de la vía penal como instrumento para desacreditar a una persona. El Tribunal Supremo no dio lugar a la casación promovida por la actora. (*C. O. M.*)

**7. Ponderación del derecho al honor, intimidad y propia imagen frente a la libertad de expresión e información.**—Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional (por todas, STC 7/2014, de 27 de enero) que el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) otorga a su titular una facultad negativa de exclusión que solo puede ceder: 1) ante una previsión legal, proporcionada y constitucionalmente justificada, o; 2) mediante el consentimiento expreso y eficaz del afectado. La ponderación entre los derechos en conflicto debe realizarse atendiendo a si la publicación de los datos de la vida privada está justificada por los usos sociales o si los afectados han adoptado conductas que permitan sostener que, con sus propios actos, han despojado total o parcialmente de carácter privado su ámbito íntimo. Quien divulga aspectos de su vida privada debe soportar que tales datos sean objeto de conocimiento, investigación y crítica.

**Relevancia de la divulgación de la intimidad de personajes públicos en casos de infidelidades conyugales.**—La jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 437/2011, de 29 de junio; 793/2013, de 13 de diciembre; 405/2014, de 10 de julio) reconoce que la divulgación de información relativa a infidelidades conyugales y detalles de carácter sexual incide en el núcleo esencial del derecho a la intimidad. Aunque la persona afectada por la divulgación de este tipo de información pueda ser considerada un personaje público que ha adquirido esta notoriedad, precisamente, por su participación en programas del corazón, ello no implica una total desprotección de su derecho a la intimidad. Asimismo, una conformidad puntual sobre la revelación de ciertos aspectos de su intimidad no se extiende a todos los aspectos de su vida sentimental y sexual.

**Interés general y veracidad de la información: impacto en el derecho a la intimidad.**—De acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, en los casos de afectación del derecho a la intimidad, la veracidad de la noticia no determina la inexistencia de intromisión ilegítima. En estos casos, es necesario que la información transmitida, aun siendo verdadera, resulte de interés general. En este sentido, tal y como declaró la STEDH de 21 de febrero

de 2017 (Rubio Dosamantes contra España) «el interés general no puede reducirse a las expectativas de un público ávido de detalles sobre la vida privada ajena, ni al gusto de los lectores por el sensacionalismo».

**Relevancia de los programas del corazón.**—Es un hecho notorio que, dentro del ámbito de la información, la denominada «crónica de sociedad» constituye un género periodístico claramente definido. La doctrina del Tribunal Supremo (SSTS 284/2015, de 22 de mayo; 193/2022, de 17 de marzo; 400/2023, de 23 de marzo) reconoce que los programas del corazón, aunque no persigan fomentar el debate político, cumplen una función de entretenimiento y responden al interés del público por conocer aspectos de la vida privada de personas que gozan de notoriedad. Los programas de crónica social o entretenimiento, incluso en sus versiones más agresivas, cuentan con una amplia aceptación y seguimiento por parte de la sociedad. Esta circunstancia debe ponderarse a la hora de considerar su interés pues, de acuerdo con lo establecido por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, los usos sociales constituyen un criterio relevante para delimitar la protección civil del honor, la intimidad y la propia imagen. (STS 87/2024, de 23 de enero; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Begoña declaró en los programas de televisión «Sálvame» y «Sálvame Deluxe» haber mantenido una relación sentimental y sexual con Faustino mientras este estaba casado con Camila. En sus intervenciones, proporcionó información detallada sobre los encuentros, incluyendo el lugar, las fechas, los horarios y otros aspectos de carácter íntimo. Posteriormente, y a pesar de que Faustino había negado en otros programas la veracidad de estas afirmaciones, Begoña reiteró sus declaraciones, coincidiendo estas con el nacimiento de la hija del matrimonio.

Ante tales declaraciones, Faustino y su esposa Camila interpusieron una demanda contra Begoña solicitando que las manifestaciones vertidas por esta fueran declaradas constitutivas de una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de los demandantes. Asimismo, solicitaron el reconocimiento de una indemnización de 30.000 euros para cada uno.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, aunque redujo la indemnización concedida a Faustino a 20.000 euros. Contra esta resolución, Begoña interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, que desestimó su pretensión y confirmó íntegramente la sentencia de primera instancia. Finalmente, la demandada presentó recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Fundó su pretensión, principalmente, en la falta de consideración del carácter público de los demandantes, lo que les impone el deber de soportar la reducción del ámbito de protección de sus derechos de la personalidad. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación. (M. S. G.)

**8. Relación entre el derecho de rectificación y el derecho fundamental a la libertad de expresión.**—La jurisprudencia del Tribunal Constitucional a este respecto es clara. En su sentencia 168/1986, de 22 de diciembre, el Tribunal Constitucional estableció lo siguiente: «No hay duda de que la rectificación, judicialmente impuesta, de una información que el rectificante considera inexacta y lesiva de sus intereses, en los términos que establece la

Ley Orgánica 2/1984, no menoscaba el derecho fundamental proclamado por el artículo 20.1 d) CE, ni siquiera en el caso de que la información que haya sido objeto de rectificación pudiera revelarse como cierta y ajustada a la realidad de los hechos. En efecto, el simple disentimiento por el rectificante de los hechos divulgados no impide al medio de comunicación social afectado difundir libremente la información veraz ni le obliga a declarar que la información aparecida es incierta o a modificar su contenido, ni puede considerarse tampoco la inserción obligatoria de la réplica como una sanción jurídica derivada de la inexactitud de lo publicado. Por el contrario, la simple inserción de una versión de los hechos distinta y contradictoria ni siquiera limita la facultad del medio de ratificarse en la información inicialmente suministrada o, en su caso, aportar y divulgar todos aquellos datos que la confirmen o la avalen.

El ejercicio del derecho de rectificación tampoco limita el derecho de la colectividad y de los individuos que la componen a recibir libremente información veraz, pues no comporta una ocultación o deformación de la que, ofrecida con anterioridad, lo sea o pueda serlo. Aún más, la inserción de la rectificación interesada en la publicación o medio de difusión no implica la exactitud de su contenido, pues ni siquiera la decisión judicial que ordene dicha inserción puede acreditar la veracidad de aquella, como consecuencia de la propia naturaleza del derecho ejercitado y los límites procesales en que se desenvuelve la acción de rectificación. A todo ello cabe añadir que la divulgación de dos versiones diferentes de unos mismos hechos, cuya respectiva exactitud no ha sido declarada por ningún pronunciamiento firme de los órganos judiciales competentes, no restringe tampoco el derecho a recibir la información que sea veraz, es decir, a conocer cuál de aquellas dos versiones se adecúa a la realidad de lo acontecido, ya que debemos insistir en ello la investigación de la verdad y la declaración de los hechos ciertos siempre puede instarse y determinarse a posteriori mediante las acciones y procedimientos plenarios que el ordenamiento arbitra al efecto.

La difusión de informaciones contrapuestas, que no hayan sido formalmente acreditadas como exactas o desacreditadas como falsas, con efectos de cosa juzgada, no puede lesionar, por lo expuesto, el derecho reconocido en el artículo 20.1 d) CE, en su doble faceta de comunicar y recibir libremente información veraz. Antes bien, el derecho de rectificación, así entendido, además de su primordial virtualidad de defensa de los derechos o intereses del rectificante, supone un complemento a la garantía de la opinión pública libre que establece también el citado precepto constitucional, ya que el acceso a una versión disidente de los hechos publicados favorece, más que perjudica, el interés colectivo en la búsqueda y recepción de la verdad que aquel derecho fundamental protege».

Y en la STC 139/2021, de 12 de julio, se va un paso más allá al declarar que el derecho de rectificación «actúa como refuerzo, y no como límite, del derecho de información entendido en sentido amplio».

Por tanto, el derecho que tiene el demandante, como cualquier persona física o jurídica, a «rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio», no es una herramienta concedida al aludido por la información para «castigar» al medio informativo, ni una sanción a este por el ejercicio de la libertad de información, ni puede atribuírsele un efecto disuasorio del ejercicio de la libertad de información.

**Especialidades del derecho de rectificación respecto de medios de comunicación digitales.**—Resulta determinante aclarar si cuando se pretende ejercitar el derecho de rectificación respecto de una información publicada en un medio de comunicación digital, basta con publicar en el archivo digital, en lugar visible junto con la información original, un aviso aclaratorio que ponga de manifiesto que la noticia original no refleja la situación actual del individuo, como establece el artículo 85.2 LO 3/2018, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales; o si, además de esto, sigue siendo necesario publicar o difundir íntegramente la rectificación, dentro de los tres días siguientes al de su recepción, mediante un nuevo vínculo con relevancia semejante a aquel en que se publicó o difundió la información que se rectifica, sin comentarios ni apostillas, como establece el artículo 3 LO 2/1984, de Derecho de Rectificación.

Esto es, debemos determinar si, cuando el derecho de rectificación se ejercita respecto de una información publicada en un medio de comunicación digital, el artículo 85.2 LO 3/2018, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales sustituye o complementa al artículo 3 LO 2/1984, de Derecho de Rectificación.

Las informaciones publicadas en los diarios digitales, a medida que pasan los días, van quedando relegadas a posiciones secundarias, más difíciles de encontrar. En consecuencia, si la rectificación consiste solo en añadir a la información original el aviso previsto en el artículo 85.2 LO 3/2018, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, quien accede al diario digital para informarse no encontrará esa rectificación, a diferencia de lo que ocurrió con la información objeto de la rectificación en los momentos próximos a su publicación, que era fácilmente accesible y tenía una relevancia que perdió con el paso de los días.

En consecuencia, si se aceptara que la rectificación se limitara a añadir un aviso a la información original que ha quedado relegada a una posición secundaria en la página web del medio informativo con el paso de los días, el derecho que al afectado le otorga la LO 2/1984, de Derecho de Rectificación, no se vería satisfecho. Y, al mismo tiempo, aunque la simple adición de un aviso a la información original no supone que la rectificación haya sido publicada con relevancia semejante a la información que se pretende rectificar, si tal aviso no fuera añadido a la información original, esta podría seguir siendo consultada indefinidamente en el tiempo sin que quien lo hiciera tuviera conocimiento de que el afectado por la información había ejercitado su derecho de rectificación y los términos en los que lo había hecho.

Y así, queda claro que la función del artículo 85.2 de la LO 3/2018, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, es la de servir de complemento al artículo 3 de la LO 2/1984, de Derecho de Rectificación, cuando la información que se pretende rectificar ha sido publicada en un medio digital. En consecuencia, cuando la información ha sido publicada en un medio de comunicación digital, la rectificación debe ser publicada mediante un nuevo vínculo «con relevancia semejante a aquella en que se publicó o difundió la información que se rectifica», tal como prevé el artículo 3 LO 2/1984, de Derecho de Rectificación, y el medio informativo debe también insertar un aviso aclaratorio que deberá aparecer en lugar visible junto con la información original. (**STS 1209/2023, de 21 de julio**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

**HECHOS.**—Pedro interpone demanda de juicio ordinario contra «El Diario», solicitando la rectificación de una determinada informa-

ción, con la misma relevancia con la que el medio de comunicación difundió la información que se rectifica, como noticia de nueva publicación, y publicando su contenido de manera íntegra, literal y con relevancia semejante a la noticia publicada el 29 de abril de 2021.

Anteriormente, Pedro había remitido un escrito a la demandada, mediante burofax, en el que solicitaba la rectificación de la información difundida, para que fuera publicada en la misma sección. «El Diario» respondió a Pedro, afirmando que había publicado la rectificación, de conformidad con el artículo 3 de la Ley Orgánica 2/1984, de Derecho de Rectificación. Pedro accedió al contenido web de «El Diario», pero no encontró publicada la rectificación interesada. Lo mismo sucedió al buscar la publicación de la rectificación en un motor de búsqueda. Por el contrario, cuando accedió al enlace web publicado el 29 de abril de 2021 y que ya no constaba en la sección principal ni tampoco en las noticias recientes del motor de búsqueda, observó que la demandada había introducido, al final de la noticia original, el contenido del burofax a modo de nota. Ello supone que la rectificación no aparecía como nueva publicación, con la misma relevancia que la información originalmente publicada.

La demanda es íntegramente estimada. Entiende el Juzgado que, si bien «El Diario» sí había dado cumplimiento al artículo 85 de la LO 3/2018, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, la difusión de la rectificación no se había efectuado con relevancia equivalente a la publicación original, tal y como establece el artículo 3 de la Ley Orgánica 2/1984, de Derecho de Rectificación.

«El Diario» recurre en apelación, recurso que es desestimado.

«El Diario» interpone recurso de casación. El recurso es desestimado. Afirma el Tribunal Supremo que los artículos 85 de la LO 3/2018, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, y 3 de la LO 2/1984, de Derecho de Rectificación, son complementarios y no excluyentes. De tal modo, la información publicada originalmente estaba incorporada al panel o portada del periódico digital el día de su publicación, mientras que cuando se le añadió una nota con el aviso de la rectificación ya no estaba disponible en el panel o portada del periódico y solo podía accederse a ella a través de la hemeroteca del diario digital, por una búsqueda ex profeso. En consecuencia, si se aceptara que la rectificación se limitara a añadir un aviso a la información original que ha quedado relegada a una posición secundaria en la página web, el derecho que al afectado le otorga la LO 2/1984, de Derecho de Rectificación, no se vería satisfecho. (T. R. C.)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

**9. Inexcusabilidad del error en la contratación de un producto financiero cuando el cliente es profesional y cuenta con el asesoramiento de un importante despacho de abogados.**—Resulta relevante a los efectos de apreciar la inexcusabilidad del error, que Sirius interviniese en la contratación contando con el asesoramiento de un importante despacho de abogados, que recibiera los contratos antes de su firma y tuviera oportunidad de exami-

narlos con el auxilio de ese asesoramiento legal cualificado, y especialmente el hecho de que el socio mayoritario de Sirius (TSK), que intervino activamente en las negociaciones, reuniese en el momento de la contratación los requisitos económicos y financieros objetivos previstos en la legislación del mercado de valores (art. 78 bis.3 c LMV) para su consideración y clasificación como inversor profesional, aunque formalmente no hubiera sido clasificado como tal. (STS 1686/2023, de 4 de diciembre; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—El 4 de marzo de 2009, Banesto y CaixaBank otorgaron escritura de préstamo a interés variable a Sirius Solar. A fin de evitar el riesgo de fluctuación del tipo de interés, la acreditada se obligaba a realizar una cobertura de tal riesgo. El mismo día del otorgamiento de la escritura pública del préstamo, se firmaron sendos Contratos Marcos de Operaciones Financieras en documento privado con Banesto y La Caixa. El 26 de marzo de 2008, se firmó la primera confirmación con Banesto de un swap y el 22 de julio de 2008 se realizó telefónicamente la segunda confirmación. El 26 de marzo de 2008 y el 24 de julio de 2008, respectivamente, se realizaron telefónicamente con La Caixa la primera y la segunda confirmación de dos swaps. Durante la vigencia de los dos swaps con Banesto y hasta el 2017 incluido se produjeron liquidaciones negativas y positivas con una diferencia a favor de Banesto de 24.507.504,19 euros. Durante la vigencia de los dos swaps con la Caixa y hasta el 2017 incluido se produjeron liquidaciones negativas y positivas con una diferencia a favor de Caixa de 6.152.286,20 euros.

El 3 de noviembre de 2017, Sirius interpuso una demanda contra Banco Santander y contra Caixabank, en la que solicitaba, con carácter principal, que se declarase la nulidad por error vicio del consentimiento de las confirmaciones que rigen los swaps contratados con las entidades demandadas. Además, se solicitaba que se condenase a las demandadas a restituir el importe de las liquidaciones practicadas conforme a las confirmaciones declaradas nulas, que alcanzaba la cifra de 30.632.391,67 euros, más los intereses legales desde cada una de las liquidaciones indebidamente practicadas.

La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda.

Sirius interpuso un recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el cual fue estimado por la Audiencia, que, en consecuencia, revocó la sentencia de primera instancia y estimó la pretensión principal de la demanda.

Los demandados interponen sendos recursos de casación, los cuales son estimados por el Tribunal Supremo. (*J. M.<sup>a</sup> M. F.*)

**10. Contrato de arrendamiento financiero inmobiliario. Simulación: ausencia de desequilibrio en el precio.**—No existe error notorio o arbitrariedad cuando no aprecia la existencia de un desequilibrio relevante, a los efectos de la simulación pretendida, entre el precio pagado por el inmueble en el contrato de compraventa y el valor del inmueble en este momento: no se aprecia la existencia de un desequilibrio entre el precio de venta de la finca recogido en la escritura la compraventa y el precio del arrendamiento finan-

ciero inmobiliario suscrito simultáneamente que conlleve la nulidad del *lease back* que fue el contrato realmente concertado por las partes, pues se ha de tener en cuenta el tiempo de duración del contrato de arrendamiento (15 años) y la forma de pago (180 cuotas mensuales). Resulta razonable al comparar los dos parámetros relevantes: el precio pagado para la compra del inmueble y el importe del contrato de leasing inmobiliario, concertados ambos el mismo día. El precio pagado por la venta del inmueble y el importe del leasing constituido sobre ese mismo inmueble. La diferencia responde al periodo de financiación, 15 años, y a la forma de pago mediante 180 cuotas mensuales de pagos sucesivos. (STS 1685/2023, de 29 de noviembre; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—P. L., S. A. (hoy, por absorción, C. S., S. L.), suscribió una escritura pública de compraventa de una finca a favor de B. A. S. A. (posteriormente B. P. E., S. A., hoy B. S., S. A.), el mismo día ambas partes suscribieron un contrato de leasing, o arrendamiento financiero inmobiliario por 15 años. La arrendataria financiera dejó de pagar las cuotas mensuales y más tarde fue declarada en concurso de acreedores. En el seno del concurso se autorizó la refinanciación de la deuda, que se materializó mediante la resolución del anterior contrato de leasing y la suscripción de otro nuevo contrato de arrendamiento financiero sobre el mismo inmueble, concertado entre la concursada (C. S., S. L.), con la intervención de la administración concursal, y B. P. E., S. A., al cabo de un año, C. S., S. L. cesó en el pago de las cuotas mensuales y B. P. E., S. A. instó la resolución del contrato, el desahucio por falta de pago y la reclamación de las cuotas pendientes. Posteriormente, C. S., S. L. cedió los derechos que le correspondían sobre la reseñada finca a favor de V. R., S. L. en pago de una deuda. La representación procesal de la entidad V. R., S. L. interpuso demanda contra la entidad financiera B. P. E., S. A. solicitando se dictase sentencia que declarase la nulidad de los contratos denominados de compraventa y de arrendamiento financiero, entre P. L., S. A. y B. A., S. A. (hoy, por absorción, C. S., S. L. y B. P. E., S. A.), así como el de arrendamiento financiero celebrado posteriormente ya entre las entidades absorbentes, con la consecuente nulidad de las inscripciones registrales a que hayan dado lugar y su cancelación, junto con la titularidad dominical del inmueble controvertido a favor de la actora V. R., S. L., con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración de nulidad, con imposición de costas a la demandada. La representación procesal de B. P. E., S. A., (hoy B. S., S. A.) se opuso a la demanda reclamando su desestimación. El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Estepona dictó sentencia en la que desestimó íntegramente la demanda, con imposición de costas a la entidad actora tras considerar que existían razones suficientes para entender que el conjunto de operaciones realizadas responden a la finalidad económico-financiera causalmente autónoma propia del *lease back* o arrendamiento financiero de retorno sobre bienes inmuebles, concurriendo todos y cada uno de dichos elementos en el presente caso, habiéndose conocido dicha operación no sólo por las partes sino por la administración concursal de la antecesora de la demandante, sin que se haya puesto en ningún momento en duda su validez. Recurrída en apelación por la representación proce-

sal de la parte actora, la entidad V. R., S. L., la Sección 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Málaga dictó sentencia desestimando el recurso y condenando al apelante al pago de las costas de la segunda Instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D.–L. S.)

**11. Usura en créditos *revolving*.**—Para determinar la referencia que ha de utilizarse como interés normal del dinero a efectos de la comparación con el interés cuestionado y valorar si el mismo es usurario, debe utilizarse el tipo medio de interés en el momento de celebración del contrato, correspondiente a la categoría a la que corresponda la operación crediticia cuestionada, esto es, un crédito *revolving*, que se trata de una categoría específica dentro de la categoría más amplia de crédito al consumo. El crédito *revolving* tiene una categoría específica en el Boletín Estadístico del Banco de España para determinar el tipo medio como parámetro comparativo (Capítulo 19.4 del Boletín Estadístico del Banco de España, con columna separada e independiente del crédito al consumo). Así pues, para el crédito *revolving* se entenderá como interés usurario, por ser notablemente superior al normal del dinero, el que supere en 6 puntos porcentuales el tipo medio. Como quiera que en este caso la TAE era del 24,46 % y que en la fecha de contratación del crédito el tipo medio TEDR era del 19,32 % (lo que supondría una TAE 20 o 25 centésimas superior), el interés contractual no superaba los 6 puntos porcentuales para ser considerado usurario.

**Control de incorporación: legibilidad, tamaño de la letra.**—La legibilidad de los contratos con consumidores, en relación con el tamaño de la letra empleado en su redacción, viene regulada actualmente en el artículo 80.1 b) TRLCU (en redacción dada por la Ley 4/2022, de 25 de febrero), que impone un tamaño superior a los 2.5 milímetros y un espacio entre líneas superior a los 1.15 milímetros, así como que el contraste con el fondo sea suficiente para no hacer dificultosa la lectura. Previamente, la reforma del mismo precepto por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, había establecido el tamaño mínimo de la letra en 1,5 milímetros. Pero cuando se firmó el contrato litigioso, en 1996, ni estaba en vigor el TRLCU ni existía en nuestro ordenamiento jurídico ninguna norma que vinculara la validez de un contrato con consumidores, a efectos de la incorporación de sus cláusulas, a un determinado tamaño de letra. Por ello, para los casos anteriores a la vigencia de las normas que han impuesto un concreto tamaño de letra, debe exigirse una posibilidad real de lectura y que el tipo de letra no sea microscópico o diminuto. En este caso, las referencias al tipo de interés se encuentran al principio del contrato, son fácilmente localizables, y aunque con un tipo de letra pequeño, resultan legibles a simple vista, sin necesidad de ningún esfuerzo especial. Por lo que cabe considerar que la cláusula supera el control de incorporación en cuanto a la legibilidad cuestionada. (STS 151/2024, de 6 de enero; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

**HECHOS.**—El 3 de septiembre de 1996, Domingo celebró con CaixaBank un contrato de tarjeta de crédito de pago aplazado, con un interés nominal mensual del 1,84 % y TAE del 24,46 %.

Domingo interpuso una demanda contra CaixaBank en la que solicitó que se declarase la nulidad del contrato por ser usurarios los intereses remuneratorios pactados. La sentencia de primera ins-

tancia estimó íntegramente la demanda, por considerar que los intereses eran usurarios, al superar la TAE en dos puntos el tipo efecto de definición restringida (TEDR).

El recurso de apelación de la demandada fue estimado por la Audiencia Provincial. Así, consideró que la TAE del 24,46 % anual, en la fecha en que se suscribió el contrato, no era notablemente superior al normal del dinero para operaciones crediticias semejantes, por lo que el contrato no podía ser calificado como usurario. Como consecuencia de lo cual, revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda.

El demandante ha interpuesto un recurso de casación, el cual ha sido desestimado por el Tribunal Supremo. (*J. M.<sup>a</sup> M. F.*)

**12. Legitimación pasiva del cedente del crédito por la nulidad del préstamo.**—En caso de cesión de créditos, aunque la nulidad del contrato de préstamo por su carácter usurario puede hacerse valer frente al cesionario sin necesidad de que sea demandado al mismo tiempo el cedente, puede estar justificada la demanda frente a este último si con ello se pretende garantizar un eventual derecho a la devolución de la diferencia, a favor de la prestataria, entre el importe del préstamo y lo pagado por todos los conceptos. Lo contrario afectaría al principio de no empeoramiento del deudor en caso de cesión del crédito. En este caso en que la demanda se presentó frente al prestamista cedente del crédito antes de que hubiera sido comunicado al prestatario la cesión del crédito, tras la ampliación de la demanda frente al cesionario persistía el interés de la demandante en que el pronunciamiento que declarara la nulidad del contrato de préstamo por usurario y sus efectos se dirigieran no sólo frente al cesionario del crédito por la devolución del préstamo, sino también frente al cedente de este crédito. Por ende, se reconoce la legitimación pasiva del cedente, a quien se extiende la declaración de nulidad del contrato y sus consecuencias, en concreto la condena a devolver la eventual diferencia, a favor de la prestataria, entre el importe del préstamo y lo pagado por todos los conceptos. (**STS 88/2024, de 24 de enero**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

**HECHOS.**—El 2 de julio de 2017, Andrea concertó un préstamo *on line* con la entidad 4Finance, por un importe de 800 euros, que debía devolverse en 24 mensualidades. La TAE fijada en el contrato era del 151 %.

Andrea interpuso la demanda contra 4Finance, en la que solicitaba la declaración de nulidad del contrato de préstamo por usurario. En su contestación a la demanda, 4Finance excepcionó la falta de legitimación pasiva, porque había dejado de tener relación contractual alguna con la demandante, como consecuencia de que había cedido el crédito a Invest Capital Ltd. El juzgado suspendió la audiencia previa y la demandante amplió la demanda para incluir a Invest Capital, cesionaria del crédito, como demandada.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la acción de nulidad del préstamo por usura y condenó a la demandada cesionaria, Invest Capital, a pagar toda la cantidad que hubiera recibido en exceso respecto a la cantidad prestada, pero absolvió a 4Finance, la demandada cedente, al apreciar su falta de legitimación pasiva.

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la demandante, que impugna el pronunciamiento que absuelve a Finance, al entender que la cedente tiene legitimación pasiva, y que tanto la cedente como la cesionaria ostentan interés directo en el pleito. La Audiencia desestima el recurso.

La sentencia de la Audiencia ha sido recurrida en casación por la demandante, sobre la base de un único motivo, el cual es estimado por el Tribunal Supremo. (*J. M.ª M. F.*)

**13. Contratos de doble finalidad.**—El Tribunal Supremo continúa su jurisprudencia sobre los llamados contratos de doble finalidad: cuando del contexto no resulta con claridad que el préstamo hipotecario se celebra con un propósito personal o profesional, el criterio del «objeto empresarial mínimo o insignificante» es criterio para determinar si el adherente interviene en el contrato como consumidor o como profesional. (**STS 59/2024, de 22 de enero**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—El recurrente en casación es una entidad bancaria que celebró dos contratos de préstamo hipotecario con un matrimonio. Éstos interpusieron demanda solicitando la declaración de nulidad, por abusivas, de las cláusulas techo y suelo. Aunque obtuvieron éxito en primera y segunda instancia, el Tribunal Supremo estima que el matrimonio actúa en condición de profesional y, por tanto, no es posible realizar ningún control de transparencia material en relación con las cláusulas suelo y techo. El préstamo estaba dirigido, mayormente, a desarrollar una actividad profesional (una carnicería): con el capital obtenido, el matrimonio adquirió un local comercial y lo adaptó a las necesidades del nuevo negocio. En nada influye que la hipoteca se constituyera sobre su vivienda familiar. (*B. B. M.*)

**14. Requisitos de la modificación unilateral de contratos celebrados con consumidores.**—No es abusiva la modificación unilateral de un contrato celebrado con consumidor por una compañía eléctrica, siempre que suceda con el necesario preaviso y garantizando al consumidor la posibilidad de resolver sin penalización alguna. La notificación al respecto, operada al pie de una factura, es una práctica abusiva si un consumidor razonablemente atento y perspicaz no tendría por qué advertir, en un examen rutinario de un documento repetitivo como lo es una factura, que se han modificado los términos de facturación y cobro de los servicios. (**STS 1694/2023, de 4 de diciembre**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—La Federación de Consumidores de Euskadi ejerció una acción colectiva de cesación contra Iberdrola. Reclamó de los Juzgados de Mercantil, entre otros pronunciamientos, la declaración de nulidad una cláusula contractual que variaba el modo de facturar la potencia consumida y, por otra parte, que no reiterara las siguientes conductas: 1) modificar unilateralmente las condiciones del contrato de suministro de electricidad; y 2) comunicar de manera incomprensible para un consumidor medio aquella modificación. Para fundar su pretensión, la Federación de Consumidores alegó

que la cláusula por la que se modificaba el sistema de facturación era nula por contravenir una norma imperativa (art. 9 Real Decreto 116/2001), además de por haber sido comunicada sin la suficiente transparencia.

El Juzgado de lo Mercantil estimó la demanda. Consideró que el artículo 9 del mencionado Real Decreto era imperativo y que la nueva cláusula impuesta por Iberdrola era abusiva por limitar derechos de los consumidores y por quebrar la reciprocidad (arts. 86 y 87 Real Decreto Legislativo 1/2007). El recurso de apelación formulado por Iberdrola fue desestimado por la Audiencia, que asumió los argumentos del Juzgado de lo Mercantil.

El Tribunal Supremo desestima, de la misma manera, el recurso de casación. Por una parte, discrepa de los órganos de instancia y sí estima conforme a Derecho la modificación realizada por Iberdrola: no puede considerarse contrario a Derecho que Iberdrola pretenda que el cliente «pague por lo que se contrata, por la disponibilidad de red (de potencia) que el cliente desea asegurarse» (entre otros motivos). Es decir, el Tribunal Supremo establece que las condiciones de los contratos celebrados con consumidores o usuarios pueden ser modificados de manera unilateral, siempre que se respete el plazo de preaviso y se garantice al cliente un derecho real a resolver el contrato sin penalización alguna. Por otro lado, no es posible decidir *in abstracto* si el modo elegido por los suministradores para notificar una modificación del contrato es una práctica abusiva o no: es necesario examinar la comunicación en particular y comprobar si el consumidor ha tenido posibilidad «real y efectiva» de tomar conciencia de ella y de los derechos que le competen tras la modificación contractual. En el supuesto de hecho, el Tribunal Supremo estimó contraria a Derecho la notificación realizada por Iberdrola (al pie de una factura y sin ninguna llamada a atención particular): un consumidor medio, razonablemente atento y perspicaz no tenía por qué advertir «en un examen rutinario de un documento por naturaleza repetitivo, que se le variaba el sistema de facturación y cobro». (B. B. M.)

**15. Préstamo multidivisa. Nulidad de la comisión por cambio de moneda.**—Para que las entidades bancarias puedan cobrar comisiones a sus clientes deben cumplirse dos requisitos: que retribuyan un servicio real prestado al cliente y que los gastos del servicio se hayan realizado efectivamente. Además, las entidades no pueden cobrar por servicios que no hayan solicitado o aceptado los clientes, que deberán haber sido informados por anticipado del importe que van a tener que pagar por ese servicio. En este concreto caso, el banco no ha justificado en razón de qué cobraba dicha comisión mínima de 15,03 €, ni ha acreditado en qué consistieron los supuestos servicios que ampararían ese cobro. Máxime cuando no resulta obvio que la modalidad de intercambio de divisa en este tipo de contrato tenga un coste necesario para el banco que pueda repercutir en el cliente. Además, los prestatarios no han sido informados por anticipado del importe que van a tener que pagar por ese servicio. Por estas razones, se declara la nulidad de la comisión de cambio de moneda, y se condena al banco a la restitución de las cantidades cobradas por su aplicación, más los intereses legales desde la fecha de cada cobro.

**Préstamo multidivisa. Nulidad de la cláusula que permite exigir garantías adicionales.**—Para que el consumidor conozca y comprenda la cláusula que faculta a Bankinter a exigir garantías adicionales si la garantía hipotecaria deja de ser suficiente para garantizar la devolución del capital, resulta insuficiente la información sobre la posibilidad de que, en caso de apreciación de la divisa elegida, aumente el importe de la equivalencia en euros de las cuotas y del capital pendiente de amortizar. Además, la cláusula endosa un riesgo, que en principio recae sobre prestamista, al prestatario, que, habiendo prestado una garantía hipotecaria que era suficiente cuando se celebró el contrato y ha sido adecuadamente conservada, puede ser compelido a prestar garantías complementarias. Por estos motivos, se declara nula la cláusula que permite a Bankinter la exigencia de garantías adicionales. (STS 15/2024, de 9 de enero; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—El 12 de agosto de 2008, Ángel y Sonsoles concertaron un préstamo hipotecario multidivisa con Bankinter. Junto con las cláusulas multidivisa, la escritura contenía una cláusula que permitía al banco el cobro de una comisión mínima de 15,00€ por cada abono en una moneda diferente a la de la cuenta de abono y una cláusula que reservaba al prestamista la posibilidad de exigir garantías adicionales si el importe adeudado sobrepasaba un determinado umbral.

Los prestatarios interpusieron demanda contra el banco, en la que solicitaban la nulidad del clausulado multidivisa, incluidas las estipulaciones relativas a la comisión de cambio, y la que incorporaba la posibilidad de exigir garantías adicionales. La sentencia de primera instancia estimó la demanda y declaró la nulidad de las cláusulas referidas.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación de la entidad prestamista, revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda en todas sus pretensiones.

Los demandantes han interpuesto un recurso de casación, el cual es estimado por el Tribunal Supremo. (*J. M.<sup>a</sup> M. F.*)

**16. Nulidad de ciertas cláusulas de renuncia de acciones en el contexto de cláusulas suelo.**—El Tribunal Supremo reitera su jurisprudencia sobre la nulidad de las cláusulas de renuncia al ejercicio de acciones cuando no ha sido facilitada al consumidor la información necesaria para valorar las consecuencias jurídicas y económicas. (STS 96/2024, de 29 de enero; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El demandante (consumidor) celebró en 2008 un contrato de préstamo hipotecario con la demandada, que fue novado en 2015 en un doble sentido: fue suprimida la cláusula suelo y fue pactada una nueva por la que el prestatario renunciaba a las acciones que pudieran pertenecerle por aquella. En 2017 solicitó el demandante la declaración de nulidad de la cláusula suelo y de la cláusula sobre gastos de formalización del préstamo.

Aunque la entidad se opuso, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial estimaron las pretensiones del

demandante. El Tribunal Supremo admitió parcialmente el recurso de casación y estimó que la supresión de la cláusula suelo era válida, aunque eso no supone ningún impedimento para ejercitar una acción de nulidad: la novación solo produce efectos *ex tunc*; la nulidad, sin embargo, *ex tunc*. Por otra parte, la cláusula de renuncia de acciones es nula por falta de transparencia, pues no se ha acreditado que el consumidor hubiera tenido acceso a los datos e información exigible sobre las consecuencias jurídicas y económicas de la renuncia. De esa manera, no es posible afirmar que la renuncia fuera fruto de un consentimiento «libre e informado». (B. B. M.)

**17. Interpretación de la expresión «imputar algún delito al donante» a efectos del artículo 648.2 CC.**—El Código civil francés de 1804 no contempló, entre las causas de revocación de donaciones por ingratitud, la contemplada en el artículo 648.2 CC.

En el Proyecto de Código Civil de 1851 se recogía como causa de revocación que «el donatario imputare al donador alguno de los delitos que dan lugar al procedimiento de oficio, aunque lo pruebe, a menos que el delito se hubiere cometido contra el propio donatario, su mujer, o hijos constituidos bajo su autoridad». De ahí pasó al Código civil vigente, contando, al parecer, con los precedentes de los artículos 1488 del Código portugués, 1081 del Código italiano de 1865 y 2764 del Código mejicano, en las versiones vigentes en 1889. Este artículo fue interpretado por la doctrina posterior con grandes dificultades.

Esta causa de revocación se ha mantenido en el Código Civil, cuya redacción original no se ha modificado, a pesar de que ordenamientos más modernos la tratan de una forma más abierta. Así, el artículo IV. H.- 4:201 del *Draft of Common Frame of Reference* (DCFR) dice que el contrato de donación puede ser revocado si el donatario es culpable de ingratitud grave (*gross ingratitude*) por haber cometido de forma intencional un daño grave (*serious wrong*) contra el donante.

La doctrina española ha formulado diversas interpretaciones en torno al problema: así, algunos autores entienden que basta la simple imputación; para otros, es necesaria la denuncia, pero esta tesis olvida que el artículo 261.2 LECrim establece no están obligados a denunciar «los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines del delincuente y sus colaterales consanguíneos o uterinos y afines hasta el segundo grado inclusive». Finalmente, otra parte de la doctrina considera que la expresión «imputare» consiste en la persecución judicial efectuada por el donatario al donante y, por ello, lo que genera ingratitud es la persecución del delito, no su simple imputación o denuncia.

En cualquier caso, la formulación de una querrela sí implica la imputación de un delito, dado que no es una simple declaración de conocimiento de la comisión de un hecho delictivo, que se comunica ante una autoridad o funcionario, sino que implica una declaración de voluntad, presentada por escrito ante la autoridad jurisdiccional competente, mediante la cual se ejercita la acción penal con la adquisición de la condición de parte acusadora.

**Interpretación de la expresión «a menos que el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario» a efectos del artículo 648.2 CC.**—Se debe determinar si tal expresión normativa exige o no el pronunciamiento condenatorio del donante para entender operativa la causa de exclusión.

Por una parte, no se puede exigir a los donatarios que permanezcan impasibles cuando son víctimas o perjudicados por un delito cometido por el donante, o cuando el delito se ha cometido contra las otras personas vinculadas a las que se refiere el artículo 648.2 CC. El ordenamiento jurídico no les puede exigir una conducta de tal clase para no reputarlos ingratos, ni tampoco obligarles a sufrir pasivamente las consecuencias del delito para no incurrir en causa de revocación de la donación efectuada. El acto gratuito no puede imponer un deber ético de soportar hechos delictivos. En estos supuestos, es legítimo que la donataria actúe en defensa de sus derechos, aun cuando lo haga de forma activa, constituida en parte acusadora en un proceso penal.

Por otra parte, aunque la infracción penal se cometa por el donante contra una sociedad mercantil de la que donante y donataria son socios a partes iguales, considerar a la donataria como perjudicada por el delito es una conclusión perfectamente racional en la exégesis del artículo 648.2 CC. Esta condición de perjudicada por el delito en función de la composición del sustrato personal de la entidad (dos únicos socios, en su momento unidos por vínculo matrimonial, titulares del 50 % del capital social) fue reconocida por la sentencia de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, en aplicación de la doctrina del levantamiento del velo. Precisamente, la condición de perjudicada es la que legitima para el ejercicio de la acción penal como acusación particular por el perjuicio patrimonial sufrido, aun cuando el sujeto pasivo del ilícito criminal sea una sociedad mercantil.

No obstante, el artículo 648.2 CC no exige, expresamente, la condena del donante en un procedimiento criminal para que opere la exclusión de ingratitud. Ahora bien, tampoco puede ampararse en derecho una imputación falaz y sin fundamento de un delito contra el donante por parte de la donataria. En tales casos, se exige efectuar un juicio prudente de ponderación de las circunstancias que concurran. En dicha ponderación, siempre se debe tener presente que la revocación de un negocio jurídico, como es la donación, debe ser objeto de interpretación restrictiva. (STS 1713/2023, de 12 de diciembre; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

**HECHOS.**—Efrain demanda a Águeda. Solicita la revocación por ingratitud de la donación que le hizo de una casa, realizada ante notario el 31 de diciembre de 1997. En el momento de la donación, ambos estaban casados en separación de bienes. La casa había sido comprada por ambos, a partes iguales y constante matrimonio. La demanda es desestimada.

Efrain recurre en apelación. El recurso es estimado, por entender que concurre la causa de revocación prevista en el artículo 648.2 CC, de modo que la donación queda revocada por causa de ingratitud.

Águeda interpone recurso de casación. El recurso es estimado, dado que, si bien se produce la causa de revocación de la donación por ingratitud, también se presenta la circunstancia que exceptúa la aplicación de dicha causa.

En efecto, por un lado, Águeda imputa un delito a Efrain, y esta imputación es causa de revocación: Águeda se personó en un procedimiento contra Efrén como acusación particular, llegando incluso a pedir una condena más grave que la postulada por el Ministerio Fiscal y a interponer recurso de casación con la finalidad de agotar las posibilidades del ejercicio de la acción penal. Sin embargo, por

otro lado, también se dan las circunstancias que el artículo 648.2 CC exige para que se exceptúe la aplicación de la causa de revocación por ingratitud, cual es que el delito que se imputa al donante se hubiese cometido contra el mismo donatario.

Efrain es absuelto, lo cual no es óbice para la exclusión de la causa de revocación por ingratitud, dado que el artículo 648.2 CC no exige condena firme del donante en un procedimiento criminal. Ahora bien, la exclusión de la aplicación de la causa de revocación por ingratitud tampoco puede ampararse en imputaciones completamente infundadas. De tal modo, aplicando un juicio prudente de ponderación de las circunstancias del caso, se concluye que, a pesar de la absolución del donante, la imputación del delito por parte de la donataria no fue infundada por los siguientes motivos: hubo apertura de juicio oral y el Ministerio Fiscal ejerció la acción penal y civil dimanante del delito y calificó la conducta del donante como constitutiva de un delito de apropiación indebida. (*T. R. C.*)

**18. Responsabilidad del proyectista por defectos constructivos causados por mala elección de materiales.**—La influencia de un producto de la construcción en defectos de la obra puede venir motivada porque, aun siendo adecuado objetivamente y cumpliendo las prescripciones técnicas, no sea idóneo para su puesta en una determinada obra. En estos casos, la responsabilidad será del agente de la edificación que haya decidido su utilización. Si el defecto constructivo se ha ocasionado por una mala elección de los materiales en el proyecto, que ocasionan unos daños que afectan a elementos estructurales, se desborda la responsabilidad del director de ejecución de la obra, por entrar en las competencias del proyectista (STS 221/2014, de 5 mayo). (**STS 1574/2023, de 14 de noviembre**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

**HECHOS.**—Una comunidad de propietarios fue requerida por el Ayuntamiento para realizar unas obras de saneamiento de voladizos de terrazas y revestimiento de fachadas, por riesgo de desprendimiento y desplome. Ejecutadas las obras se desprendió la capa de acabado de los paneles en determinadas zonas de una forma generalizada, deteriorando gravemente su aspecto estético, y además con riesgo de estabilidad para tal capa de paneles. En primera instancia se estimó la demanda exclusivamente respecto de las pretensiones formuladas contra la empresa constructora, y se absolvió al proyectista al no considerarlo responsable por no haber asumido la dirección de la obra. La Audiencia estimó en parte el recurso de la comunidad y condenó también al proyectista, quien recurrió. El Tribunal Supremo no dio lugar a la casación. (*F. S. N.*)

**19. Contrato de seguro: acción directa.**—La acción directa que corresponde al perjudicado frente a la compañía de seguros del causante del daño se configura jurídicamente como un derecho propio del perjudicado, autónomo e independiente del que ostenta la administración asegurada contra la compañía de seguros, de manera tal que se proclama que la acción

directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador frente al asegurado.

**Presupuestos indeclinables.**—En todo caso, deben concurrir los presupuestos indeclinables de que el riesgo asegurado sea objeto de una de cobertura vigente, que constituya el daño sufrido por el perjudicado, y que, quien reclame sea titular de un interés lesionado por una acción jurídicamente imputable a la persona física o jurídica, pública o privada, asegurada.

**Derechos y acciones del perjudicado.**—Para obtener el resarcimiento del daño sufrido, el perjudicado cuenta con dos derechos, cada uno de ellos instrumentalizado con la correspondiente acción, de los que surgen dos obligaciones diferentes: la del asegurado, causante del daño, que nace del hecho ilícito, y la del asegurador, proveniente también de ese mismo hecho ilícito, pero que presupone la existencia de un contrato de seguro, sometida al régimen especial del artículo 76 Ley del Contrato de Seguro (LCS). La víctima puede acumular ambas acciones y ejercitarlas conjuntamente contra el autor del daño y su compañía aseguradora, unidos por vínculos de solidaridad; o bien, ejercitarlas independientemente sólo contra el causante del daño o únicamente contra la compañía de seguros.

**Carácter no vinculante de la decisión tomada en vía administrativa.**—La jurisprudencia ha señalado que no vincula la decisión adoptada en vía administrativa. El conocimiento de la acción de resarcimiento del daño sufrido corresponde a los tribunales de lo civil, pese de los infructuosos intentos, que pueda realizar la Administración por evitar este orden jurisdiccional, y, por consiguiente, determinada la responsabilidad del ente público, la compañía debe hacer honor al compromiso asumido y legalmente impuesto de indemnizar a los perjudicados. (STS 1519/2023, de 6 de noviembre; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

**HECHOS.**—La representación procesal de A., P., B., R., C., Ce. y S. interpuso demanda de juicio ordinario a consecuencia de la defunción de N., esposa y madre de los actores, quien afirmó falleció víctima de la desatención sufrida por parte de los servicios de urgencias del Hospital G., por lo que los actores interpusieron demanda en reclamación de cantidad contra la compañía aseguradora Z. E. Compañía de Seguros y Reaseguros, en la que solicitaba se dictara sentencia que condenara a la entidad aseguradora demandada a satisfacer cierta cantidad de dinero junto con los intereses previstos en el artículo 20 LCS, desde la fecha del siniestro hasta su completo pago, así como las costas que se devenguen. Por su parte, la representación procesal de la entidad demandada alegó incidente de falta de jurisdicción, ya que sostenía que la competencia correspondía a la jurisdicción contencioso administrativo y no a la civil, respecto a este incidente, el Juzgado de Primera Instancia núm. 26 de Barcelona, mediante auto, declaró la falta de jurisdicción a favor del orden contencioso administrativo, resolución que fue recurrida en apelación por la representación procesal de los actores, el auto de la Sección 11.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso y declaró la competencia de los juzgados de lo civil para conocer del procedimiento. En relación con la demanda principal, la representación procesal de la demandada Z. E. Compañía de Seguros y Reaseguros se opuso a la misma. El Juzgado de Primera Instancia núm. 26 dictó sentencia desestimando íntegramente la

demanda al considerar vinculante la decisión tomada en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, no impugnado, lo que conforma un acto administrativo que goza de presunción de legalidad, e impuso las costas a los actores. Recurrida en apelación por la representación procesal de la parte actora, la sección 17.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona, tras declarar el carácter no vinculante de la decisión administrativa y la posibilidad de conocer la demanda por la jurisdicción civil, estimó el recurso planteado, revocando la sentencia de instancia al entender que la atención prestada a la paciente no puede encuadrarse dentro de una correcta praxis asistencial, porque los procesos diagnósticos y de seguimiento no fueron los adecuados, al no utilizar todos los medios disponibles y recomendados por las guías y protocolos médicos, condenando a la entidad demandada, Z. E. Compañía de Seguros y Reaseguros al abono a los demandantes de cierta cantidad, más los intereses legales del artículo 20 LCS desde la fecha del siniestro hasta su pago, así como las costas de la primera instancia, sin hacer especial pronunciamiento con respecto a las devengadas en el recurso. Esta sentencia contiene un voto particular que manifiesta procedente la confirmación de la sentencia dictada por el juzgado de instancia, al afirmar el carácter vinculante de la decisión administrativa adoptada en el expediente de responsabilidad patrimonial. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D.-L. S.)

**20. Responsabilidad civil extracontractual. Interpretación jurisprudencial del artículo 1910 CC. Aplicación del artículo 1910 CC a los daños causados por las cosas que se arrojan o proyectan dentro de una casa.**—Aunque el artículo 1910 CC se refiere únicamente a los daños causados a terceros por las cosas que son arrojadas o que caen desde un edificio, la jurisprudencia optó ya hace tiempo por una interpretación extensiva, conforme a la que el precepto se aplica no solo a los eventos dañosos originados por las cosas que se arrojen hacia afuera, sino también a aquellos que se arrojen o proyecten dentro de una casa, puesto que el citado artículo no indica hacia dónde deben dirigirse los objetos lanzados. Resulta paradigmática estos efectos la sentencia 526/2001, de 21 de mayo, que aplicó el artículo 1910 CC en un caso de lesiones sufridas por el impacto de un vaso arrojado en el interior de una discoteca.

**Sentido de la expresión *se arrojen o cayeren*.**—Este artículo se aplica tanto en los casos en los que la cosa se desplaza de arriba abajo, como en aquellos en los que el objeto se mueve sin existir un desnivel, o asciende, como sucede en las emanaciones de gas. Como declaró la STS 239/1984, de 12 de abril, las expresiones «se arrojen o cayeren» en él empleadas no constituyen «*numerus clausus*», razón por la cual pueden ser objeto de interpretación extensiva en cuanto a los supuestos que originados dentro del límite ambiental en él determinado, puedan causar daño o perjuicio, tanto a otros convecinos, copropietarios, etc., por el principio de salvaguarda de las relaciones de vecindad; como a quienes con ocasión de deambular por las inmediaciones del inmueble reciban daño o sufran perjuicio por las cosas que se arrojen o cayeren del piso, vivienda o local en cuestión.

**Alcance del término *cosas* del artículo 1910 CC.**—Incluye tanto los objetos sólidos, como los líquidos y las sustancias gaseosas. Se refieren a

objetos sólidos, entre otras, las SSTS 535/1989, de 5 de julio –caída a la calle del cristal de una ventana–; 1113/1999, de 22 de diciembre –petardos arrojados en un recinto deportivo cerrado–; y 1243/2007, de 4 de diciembre –caída de una maceta–. En particular, por su cierta similitud con el presente caso, cabe resaltar la STS 535/1989, de 5 de julio, que consideró incluíble en la responsabilidad prevista en el artículo 1910 CC la caída a la calle de un fragmento de cristal que se desprendió de una de las ventanas de un piso exterior y alcanzó a un peatón que circulaba por la calle.

**Interpretación del vocablo *casa* del artículo 1910 CC.**–Es el lugar desde donde cae o se arroja la cosa, el término «casa» ha de considerarse como cualquier inmueble habitable en sentido amplio (viviendas, locales comerciales, oficinas, teatros, discotecas, establecimientos hoteleros, etc.).

**Concepto de «cabeza de familia» en el caso de inmuebles de uso no residencial.**–Cuando se trata de un inmueble de uso no residencial, sedes de empresas, locales comerciales, inmuebles en los que se ejercen profesiones liberales, etc., y existen relaciones de subordinación, el cabeza de familia será el titular de dicho negocio o empresa, con independencia de su condición de persona física o jurídica (STS, del Pleno, 204/2021, de 15 de abril).

**Alcance de la expresión *habitar una casa o parte de ella*.**–La exigencia de que el cabeza de familia «habite» el edificio se interpreta de una forma amplia. En efecto, el término habitar se entiende referido a cualquier tipo de uso, residencial o no, del que sea susceptible, desde una perspectiva material, el edificio o construcción de que se trate. Además, la casa se considera habitada por el que posee el título para usarla y disfrutarla aun cuando todavía no la utilice, como acontece en el caso de edificios en construcción.

**Régimen de responsabilidad del *cabeza de familia*.**–Respecto al autor material de la acción de arrojar o dejar caer, el artículo 1910 CC imputa responsabilidad al titular del inmueble desde el que caen o se arrojan las cosas tanto por hecho propio como por hecho ajeno, inclusive los hechos dañosos cometidos por personas de las que dicho titular no está legalmente obligado a responder.

**El *cabeza de familia* no responde cuando el daño procede de una actuación ilícita e imprevisible de un tercero que está fuera de su esfera de control: *inexistencia de nexo causal*.**–Cuando se trata de un hecho ilícito causado por un tercero del que el titular no debía responder, como sucedió en el caso enjuiciado, en que un cliente del establecimiento rompió violenta e inopinadamente el cristal de la puerta de acceso al mismo.

Para que exista nexo causal que justifique la responsabilidad del titular del establecimiento debería tratarse de un supuesto previsible e incluido en su esfera de control.

**La responsabilidad civil del artículo 1902 CC. La existencia de la culpa como presupuesto de la imputación del daño.**–La creación de un riesgo, del que el resultado dañoso sea realización, no es elemento suficiente para imponer responsabilidad (objetiva o por riesgo), ni siquiera cuando la actividad generadora del riesgo sea fuente de lucro o beneficio para quien la desempeña. Se requiere, además, la concurrencia del elemento de la culpa (responsabilidad subjetiva), que sigue siendo básico en nuestro Derecho positivo a tenor de lo preceptuado en el artículo 1902 CC, que no admite otras excepciones que aquellas que se hallen previstas en la Ley. El mero hecho de que se haya producido el resultado dañoso, realización del riesgo creado, no puede considerarse prueba de la culpa (demostración que *faltaba algo por prevenir*), puesto que ello equivaldría a establecer una responsabili-

dad objetiva o por el resultado, que no tiene encaje en el mencionado artículo 1902 CC.

**Concepto de culpa.**—La apreciación de la culpa es una valoración jurídica resultante de una comparación entre el comportamiento causante del daño y el requerido por el ordenamiento. Constituye culpa un comportamiento que no es conforme a los cánones o estándares de pericia y diligencia exigibles según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. El mero cumplimiento de las normas reglamentarias de cuidado no excluye, por sí solo, el denominado *reproche culpabilístico*.

**Determinación del modelo de diligencia exigible para la apreciación de la culpa.**—El riesgo no es un concepto unitario, sino graduable, que puede presentarse con diversa entidad; y ello tiene relevancia para la ponderación del nivel de diligencia requerido. No cabe considerar exigible una pericia extrema y una diligencia exquisita, cuando sea normal el riesgo creado por la conducta causante del daño. La creación de un riesgo superior al normal —el desempeño de una actividad peligrosa— reclama, empero, una elevación proporcionada de los estándares de pericia y diligencia. La falta de adopción de las más exigentes medidas de cuidado en su caso requeridas justifica atribuir responsabilidad (por culpa o subjetiva) por los resultados dañosos.

**La carga de la prueba de la culpa.**—El carácter anormalmente peligroso de la actividad causante del daño —el que la misma genere un riesgo extraordinario de causar daño a otro— puede justificar la imposición, a quien la desempeña, de la carga de probar su falta de culpa; mientras que para las actividades que no quepa calificar de anormalmente peligrosas, regirán las normas generales del artículo 217 LEC. Del tenor del artículo 1902 CC en relación con el artículo 217.2 LEC, se desprende que corresponde al dañado demandante la carga de la prueba de la culpa del causante del daño demandado. No será así, cuando «una disposición legal expresa» (art. 217.6 LEC) imponga al demandado la carga de probar que hizo cuanto le era exigible para prevenir el daño; o cuando tal inversión de la carga de la prueba venga reclamada por los principios de «disponibilidad y facilidad probatoria» a los que se refiere el artículo 217.7 LEC.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 386 LEC, el tribunal podrá imputar a la culpa del demandado el resultado dañoso acaecido, cuando, por las especiales características de éste y conforme a una máxima de la experiencia, pertenezca a una categoría de resultados que típicamente se produzcan por impericia o negligencia, y no proporcione el demandado al tribunal una explicación causal de ese resultado dañoso que, como excepción a aquella máxima, excluya la culpa por su parte.

**Nivel de diligencia en los supuestos de daños producidos en establecimientos públicos dedicados a la hostelería.**—La STS 185/2016, de 18 de marzo, en un supuesto de daño producido en un establecimiento abierto al público (corte en un pie por unos cristales esparcidos en el suelo de una discoteca), al interpretar conjuntamente el artículo 1902 CC y el artículo 147 TRLCU, entendió que en los establecimientos públicos dedicados a hostelería y espectáculos resulta exigible que el riesgo propio de la actividad se reduzca mediante medidas específicamente dirigidas al efecto. A falta de normas reglamentarias que las precisen, su coste de adopción no puede superar claramente el beneficio que para el público comporte la correlativa disminución de los resultados lesivos de que se trata. Así, deberá ponderarse si el evento dañoso acaecido evidencia, o no, un defecto —un déficit de la seguridad que legítimamente cabía esperar— del servicio prestado. Y si dicho evento

tiene lugar dentro de un ámbito que se halle bajo el control del empresario prestador del servicio; que es quien cuenta con la información sobre las medidas de cuidado exigibles, y en su caso adoptadas, a fin de reducir el riesgo. (STS 116/2024, de 31 de enero; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

**HECHOS.**—El actor estaba tomando un café en la puerta de un establecimiento de restauración (bar), cuando un cliente que se encontraba en el interior golpeó violentamente el cristal de la puerta de entrada, que resultó hecha añicos. A consecuencia de esa acción, un fragmento de cristal impactó en el ojo izquierdo del actor, que tuvo que ser intervenido quirúrgicamente en dos ocasiones, quedándole como secuela la pérdida del cristalino (afaquia). La víctima presentó demanda contra el propietario del establecimiento y su aseguradora. La demanda se basaba en los artículos 1902 y 1910 CC y en el artículo 147 TRLCU, por cuanto el cristal del establecimiento que resultó roto y fragmentado no reunía los requisitos técnicos de seguridad legalmente exigibles, en particular los previstos en el Código Técnico de la Edificación.

Quedó probado que la causa del siniestro no fue que el cristal fuera inadecuado o un defecto de mantenimiento de la puerta, sino su rotura por la actuación inopinada y violenta de una tercera persona no demandada.

La sentencia de Primera Instancia y de la Audiencia Provincial desestimaron la demanda. El Tribunal Supremo no dio lugar a la casación. (C. O. M.)

**21. Reclamación de daños por suspensión del servicio ferroviario.**—El administrador de infraestructuras ferroviarias (ADIF) conforme al artículo 34 de la Ley del Sector Ferroviario (LSF) ostenta la facultad de suspensión del tráfico en las circunstancias especiales previstas de accidentes, fallos técnicos o cualesquiera otras incidencias y disponía que las empresas ferroviarias afectadas por una medida de suspensión de tal naturaleza no podían exigirle indemnización a ADIF, pero no que tales empresas no pudieran hacerlo frente a los terceros causantes de los hechos que dieron lugar a la suspensión. Debe tenerse en cuenta que las perturbaciones a las que se refiere dicho precepto de la LSF como causantes de la medida de suspensión del tráfico pueden tener su origen en circunstancias excepcionales no achacables a ningún acto humano (fenómenos meteorológicos, accidentes naturales) o en hechos generadores de responsabilidad contractual o extracontractual, en cuyo supuesto rigen las reglas generales de responsabilidad civil previstas en los artículos 1093 y 1902 CC. Es decir, conforme al artículo 34.2 LSF, Renfe no tenía acción frente a ADIF, pero el precepto no impedía que la tuviera contra los causantes del hundimiento del túnel que motivó la paralización de la operativa de dicha empresa ferroviaria en el tramo afectado.

**Abuso de derecho: fundamentación.**—La jurisprudencia ha señalado que la doctrina del abuso de derecho se sustenta en unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos, y como institución de equidad, exige para poder ser apreciada, una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna, generando efectos negativos (los

más corrientes daños y perjuicios), al resultar patente la circunstancias subjetiva de ausencia de finalidad sería y legítima, así como la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho, exigiendo su apreciación una base fáctica que proclama las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y subjetivas (voluntad del perjudicar o ausencia de interés legítimo).

**Retraso en el ejercicio de la acción.**—El abuso del derecho desde la perspectiva del retraso en el ejercicio de la acción con la finalidad de obtener una ventaja o un lucro por el transcurso del tiempo. Sobre la incardinación del retraso desleal en el artículo 7.2 CC, es contrario a la buena fe el ejercicio de un derecho tan tardío que la otra parte tenía razones para pensar que no iba actuarlo, pues un derecho subjetivo o una pretensión no puede ejercitarse cuando el titular no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer y ha dado lugar, con su actitud omisiva, a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que ya no se ejercita el derecho.

**Presupuestos para la apreciación del retraso desleal.**—Para la apreciación del retraso desleal, la actuación de la parte debe ser anterior al término del plazo de prescripción legalmente previsto y, además de una consustancial omisión del ejercicio del derecho y de una inactividad o transcurso dilatado de un periodo de tiempo, requiere una objetiva deslealtad respecto de la confianza suscitada en el deudor de la no reclamación del derecho de crédito. De tal manera que para que se pueda estimar la existencia de retraso desleal en el ejercicio de un derecho deben concurrir los presupuestos siguientes: (i) el transcurso de un periodo de tiempo sin ejercitar el derecho, aunque necesariamente ejercitado dentro de plazo prescriptivo o de caducidad de la acción; (ii) la omisión de dicho ejercicio; (iii) la creación de una confianza legítima en la otra parte en que no se va a ejercitar la reclamación; y (iv) una conducta del titular del derecho/acrededor que puede ser calificada como permisiva de la actuación de la otra parte, o que suponga una clara e inequívoca renuncia de su derecho.

**Interpretación de los contratos: principio rector.**—Respecto del sentido y la finalidad de las reglas legales de interpretación contractual, el principio rector de la labor interpretativa es la averiguación o búsqueda de la voluntad real o efectivamente querida por las partes, que se proyecta, necesariamente, sobre la totalidad del contrato celebrado, considerado como una unidad lógica y no como una mera suma de cláusulas, de ahí que la interpretación sistemática (art. 1285 CC) constituya un presupuesto lógico-jurídico de esta labor de interpretación.

**Interpretación literal.**—El sentido literal, como criterio hermenéutico, es el presupuesto inicial, en cuanto que constituye el punto de partida desde el que se atribuye sentido a las declaraciones realizadas, se indaga la concreta intención de los contratantes y se ajusta o delimita el propósito comercial proyectado en el contrato. Y cuando los términos son claros y no dejan duda alguna sobre la intención de los contratantes, la interpretación literal no sólo es el punto de partida sino también el de llegada del fenómeno interpretativo, e impide que, con el pretexto de la labor interpretativa, se pueda modificar una declaración que realmente resulta clara y precisa. A ello responde la regla de interpretación contenida en el párrafo primero del artículo 1281 CC. Pero, en otro caso, la interpretación literal también contribuye a mostrar que el contrato por su falta de claridad, por la existencia de contradicciones o vacíos, o por la propia conducta de los contratantes, contiene disposiciones interpretables, de suerte que la labor de interpretación debe seguir su curso, con los criterios hermenéuticos a su alcance (arts. 1282-1289 CC), para poder dotar a aquellas

disposiciones de un sentido acorde con la intención realmente querida por las partes y con lo dispuesto imperativamente en el orden contractual.

**Revisión casacional de la interpretación de los contratos.**—En cuanto al alcance de la revisión casacional, la interpretación de los contratos constituye una función de los tribunales de instancia, que ha de prevalecer y no puede ser revisada en casación salvo cuando sea contraria a alguna de las normas legales que regula la interpretación de los contratos o se demuestre su carácter manifiestamente ilógico, irracional o arbitrario. El único objeto de discusión a través del recurso de casación sobre la interpretación contractual, no se refiere a lo oportuno o conveniente, sino la ilegalidad, arbitrariedad o contradicción del raciocinio lógico. Por ello salvo en estos casos, prevalecerá el criterio del tribunal de instancia, aunque la interpretación contenida en la sentencia no sea la única posible, o pudiera haber alguna duda razonable acerca de su acierto o sobre su absoluta exactitud.

**Contrato de seguro: suma asegurada.** La suma asegurada es la cuantía por la que el interés se asegura en el contrato y, por lo tanto, representa el límite máximo de la indemnización a pagar por el asegurador en cada siniestro, artículo 27 Ley de Contrato de Seguro (LCS). Esto es, la suma asegurada, fijada unilateralmente por el tomador, tiene como función la de servir de límite máximo de la indemnización que corresponde satisfacer y actúa para calcular la prima, pero sin que tal suma pueda tenerse en cuenta a los fines de fijar la indemnización, para lo que ha de tenerse en cuenta el importe del daño efectivamente causado. Delimitación cuantitativa que también se encuentra en los artículos 1 y 73 LCS.

**Cláusulas que contraen el límite indemnizatorio a la suma asegurada.** Ante ciertas vacilaciones sobre la calificación de las cláusulas que contraen el límite indemnizatorio a la suma asegurada como delimitadoras del riesgo o limitativas de los derechos del asegurado, la jurisprudencia unificó el criterio y concluyó que eran cláusulas delimitadoras, en los siguientes términos: El artículo 8 LCS establece como conceptos diferenciados la naturaleza del riesgo cubierto (art. 8.3 LCS) y la suma asegurada o alcance de la cobertura (art. 8.5 LCS). La suma asegurada, como límite máximo establecido contractualmente para el contrato de seguro (art. 27), puede ser limitada o ilimitada, cuando así se pacta o se deduce de las prestaciones convenidas, pero debe incluirse necesariamente en la póliza, como elemento esencial del contrato, en cuanto sirve de base para calcular la prima y de límite contractual a la futura prestación de la aseguradora, según la propia definición del contrato de seguro en el artículo 1 LCS, de tal forma que aquellas cláusulas mediante las cuales se establece la cuantía asegurada o alcance de la cobertura no constituyen una limitación de los derechos que la ley o el contrato reconocen al asegurado, sino que delimitan la prestación del asegurador por constituir el objeto del contrato.

**Oponibilidad a terceros.**—La jurisprudencia ha admitido que la cláusula de suma asegurada, en cuanto límite cuantitativo de la indemnización, es oponible al tercero perjudicado en los seguros de responsabilidad civil.

**Seguro de responsabilidad civil: límite.**—El artículo 27 LCS contiene una definición común para todos los seguros de daños, y si bien el de responsabilidad civil pertenece genéricamente a dicha categoría, no cabe obviar que su verdadera naturaleza es la de un seguro de deudas, de protección del patrimonio del responsable asegurado, porque el nacimiento de la obligación de indemnizar a la que se refiere el artículo 73 LCS implica correlativamente el nacimiento de un crédito a favor del tercero perjudicado. Especificidad del

seguro de responsabilidad civil que, en el caso de la suma asegurada, se manifiesta en que como la cuantía económica del daño indemnizable únicamente se puede determinar cuándo se liquida el siniestro (a diferencia de los seguros puros de daños, en que puede fijarse a priori), el modo de fijación de la suma asegurada debe ser mediante el establecimiento de un límite por siniestro.

**Unidad de siniestro.**—Este problema se manifiesta en aquellos casos en que los daños causados a terceros tienen la misma causa garantizada en la póliza, de modo que puedan dar lugar a una o a varias reclamaciones. Para estos casos, suele establecerse por las aseguradoras la cláusula de «unidad de siniestro» o de «siniestros en serie», con la que se persigue fijar un tope a la obligación máxima del asegurador; sobre la base de considerar que constituye un solo y único siniestro el acontecimiento o serie de acontecimientos dañinos debidos a una misma causa original con independencia del número de reclamantes o reclamaciones formuladas.

**Múltiples reclamaciones.**—En caso de múltiples reclamaciones, que puedan ser calificadas como un único siniestro, el límite asegurado es aplicable a su conjunto y no a cada una de las reclamaciones individuales, por lo que se constituye como una eventual excepción al ejercicio de la acción directa por el perjudicado cuando el límite de la suma asegurada ya se ha alcanzado con el pago de las indemnizaciones realizadas por el asegurador hasta ese momento.

**Seguros por capas.**—En relación con los límites indemnizatorios pactados y la posibilidad de múltiples reclamaciones, en la práctica es frecuente en casos de seguros de responsabilidad civil de grandes empresas, la suscripción de varias pólizas con la misma o diferentes aseguradoras por tramos (en el argot asegurador, por «capas»). Es decir, se contratan distintas capas que consisten cada una de ellas en una suma asegurada expresada en un límite y que se superponen unas a otras, operando «en exceso» cuando la cuantía total del siniestro sobrepasa el límite correspondiente. De tal manera que cuando un siniestro o un conjunto de siniestros supere el límite del primer tramo (capa), el segundo cubre la diferencia y el tercero la posible nueva diferencia resultante, etc. (cláusula *Drop down* o *Step down*).

**Acción directa contra la aseguradora: excepciones.**—En la configuración de la acción directa del perjudicado contra la compañía aseguradora de la responsabilidad civil se ha expuesto por la jurisprudencia que la inmunidad de dicha acción a las excepciones que el asegurador tenga contra su asegurado significa que no puede oponer las excepciones personales ni las derivadas de la conducta del asegurado, como por ejemplo el dolo, pero sí las excepciones objetivas, tales como la definición del riesgo, el alcance de la cobertura y, en general, todos los hechos impositivos objetivos que deriven de la ley o de la voluntad de las partes del contrato de seguro.

**Delimitación del riesgo: oponibilidad a tercero perjudicado.**—La delimitación del riesgo efectuada en el contrato resulta oponible al tercero perjudicado, no como una excepción en sentido propio, sino como consecuencia de la ausencia de un hecho constitutivo del derecho de aquel sujeto frente al asegurador. Ese derecho podrá haber nacido frente al asegurado en cuanto causante del daño, pero el asegurador no será responsable, porque su cobertura respecto al asegurado contra el nacimiento de la obligación de indemnizar sólo se extiende a los hechos previstos en el contrato. En tales casos, queda excluida la acción directa, pues el perjudicado no puede alegar un derecho al margen del propio contrato. Por ello, la aseguradora no queda

privada de la posibilidad de excepcionar las cláusulas delimitadoras del riesgo, como es el capital máximo por siniestro.

**Imposición de los intereses del artículo 20 LCS y su posible exoneración.**—Es reiterada jurisprudencia que viene proclamando sin fisuras que dichos intereses ostentan un carácter marcadamente sancionador, imponiéndose una interpretación restrictiva de las causas justificadas de exoneración del deber de indemnizar, al efecto de impedir que se utilice el proceso como excusa para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados. Por ello, sólo concurre la causa justificada del artículo 20.8 LCS, en los específicos supuestos en que se hace necesario acudir al proceso para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación de indemnizar; esto es, cuando la resolución judicial deviene imprescindible para despejar las dudas existentes en torno a la realidad del siniestro o su cobertura.

**La judicialización de la reclamación, ante la negativa de la aseguradora de hacerse cargo del siniestro.**—La mera circunstancia de judicializarse la reclamación, ante la negativa de la aseguradora de hacerse cargo del siniestro, no puede dejar sin efecto la aplicación del artículo 20 LCS, pues en tal caso su juego normativo quedaría desvirtuado y su aplicación subordinada a la oposición de las compañías de seguro. Es decir, la judicialización, excluyente de la mora, habrá de hallarse fundada en razones convincentes que avalen la reticencia de la compañía a liquidar puntualmente el siniestro; dado que no ha de ofrecer duda que acudir al proceso no permite presumir la racionalidad de la oposición a indemnizar, puesto que no se da un enlace preciso y directo, conforme a las directrices de la lógica, entre ambos comportamientos con trascendencia jurídica, solamente cuando la intervención judicial sea necesaria para fijar el derecho a la indemnización y razonable la oposición de la compañía, ante la situación de incertidumbre concurrente, podrá nacer la causa justificada a la que se refiere el artículo 20.8 LCS. (STS 57/2024, de 18 de enero; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—La representación procesal de R. V., S. A.; R. F. y M., S. A. y R. M. (Grupo R.) interpuso demanda de responsabilidad civil extracontractual contra O., S. A.; A, S. A., (ambas integrantes de una UTE); G., S. A. de Seguros y Reaseguros; HDI A. G. y contra A. I. Europe Limited, a consecuencia de los daños causados por el hundimiento en el túnel del Gornal, en el marco de los trabajos de ejecución de las obras llevadas a cabo por una Unión Temporal de Empresas (UTE) para la construcción de la plataforma de una línea de alta velocidad, al producirse la rotura de dos paneles de la pantalla del túnel y el posterior hundimiento de parte del andén de la estación de ferrocarril de Bellvitge, en la demanda se solicitaba que se condene solidariamente a las entidades demandadas, como responsables de los daños causados por mala praxis de la obra encomendada, a pagar determinadas cantidades, junto con los intereses legales y los que preceptúa el artículo 20, apartado 4.º de la Ley 50/89, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro en cuanto a las aseguradoras codemandadas; todo ello con expresa imposición de las costas a las codemandadas. Las representaciones procesales de las entidades demandadas se opusieron a la demanda y solicitaron su desestimación, con la particularidad de que la representación procesal de la aseguradora G., S. A. de Seguros y

Reaseguros solicitó subsidiariamente se la tenga por allanada parcialmente, y en cuanto a la cantidad restante del principal reclamado se desestime la demanda. El Juzgado de Primera Instancia núm. 88 de Madrid dictó sentencia en la que estimó parcialmente la demanda al apreciar responsabilidad civil extracontractual de los demandados, dada la relación de causalidad entre el hundimiento del túnel y los daños y perjuicios ocasionados por la paralización del tráfico ferroviario (pero aminoró la indemnización solicitada en la demanda), más los intereses, hasta el límite de las distintas capas pactado como cobertura de seguro, todo ello sin expresa imposición de costas. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la parte demandante, e impugnada por las representaciones de O., S. A., A, S. A., (ambas integrantes de una UTE); HDI AG y AI Europe Limited. La Sección 12.ª de la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de R. V., S. A.; R. F. y M., S. A y R. M. (Grupo R.), revocando parcialmente la sentencia de instancia en el sentido de estimar íntegramente la demanda por responsabilidad civil extracontractual presentada contra O., S. A.; A, S. A., (ambas integrantes de una UTE); HDI A. G. y A. I. Europe Limited, así como estimar parcialmente la demanda contra la entidad aseguradora G., S. A. de Seguros y Reaseguros; condenando a todas las entidades demandadas por responsabilidad civil extracontractual a que abonen a las actoras, hasta el límite de las distintas capas pactado como cobertura del seguro, cierta cantidad de dinero conforme al desglose señalado, junto con los intereses legales; y a las aseguradoras demandadas se les imponen los intereses previstos en el art. 20 Ley de Contrato de Seguro a computar desde la fecha del siniestro. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D.-L. S.)

## DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

**22. Ejercicio de acción real para la demolición de chimeneas instaladas sobre elementos comunes (art. 396 CC).**—El Tribunal Supremo reitera su jurisprudencia sobre la naturaleza real de la acción que, al amparo del artículo 396 CC, se ejercita para demoler instalaciones en elementos comunes del edificio. Su plazo de prescripción es, por tanto, el del artículo 1963 CC.

**Requisitos del consentimiento tácito.**—Del mismo modo, el Tribunal Supremo continúa en su entendimiento del silencio y del consentimiento tácito, solo jurídicamente relevante cuando el que calla «podía y debía» hablar y, además, su silencio es «elocuente». Es decir, el consentimiento tácito debe resultar de actos inequívocos que demuestren de manera segura el pensamiento de conformidad del agente. Procesalmente, el Tribunal Supremo entiende que un exceso de prácticamente veinte páginas en el máximo establecido para formular el escrito del recurso de casación no es un motivo de inadmisión absoluto. (STS 107/2024, de 30 de enero; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—El litigio versa sobre la conformidad a Derecho de la ampliación de ciertas chimeneas que se ubican en el patio de una comunidad de vecinos. La mercantil demandada, que conducía una actividad de restauración, pidió permiso a la comunidad de vecinos para ampliar aquellas chimeneas. Aunque la comunidad de vecinos se mostró dispuesta a debatir la cuestión, no llegó finalmente a ningún acuerdo. Años después, uno de los comuneros (otra sociedad mercantil) solicitó la declaración de ilegalidad de aquellas obras y su consiguiente demolición.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestiman la demanda. Entienden que la demandada no tenía por qué solicitar autorización para ejecutar las obras, pues solo se trataba de ampliar y ajustar a la normativa vigente unas chimeneas ya existentes. La Audiencia pone de relieve, en el mismo sentido, que la acción había caducado, pues el artículo 18.6 LPH solo admitía el ejercicio de la acción hasta 2014 (y no hasta 2016, en que finalmente sucedió). No conforme con ello el comunero demandante interpone recurso de casación que, a pesar de ciertas irregularidades procesales, es admitido. El Tribunal Supremo entiende, en contraste con los órganos de instancia, que la acción ejercitada es de naturaleza real y que, por tanto, no estaba prescrita. Por otra parte, no es posible admitir que la comunidad de vecinos actuara —en abuso de derecho— contra sus propios actos, pues nunca consentió las obras realizadas: el conocimiento no equivale al consentimiento. No generó en la mercantil demandada ninguna expectativa legítima de confianza.

Ahora bien, el recurso no de casación no puede ser estimado: la ampliación de las chimeneas no suponen la constitución de una servidumbre sobre elementos comunes, pues aquellas ya existían. De tal manera, lo único viable sería la demolición, lo que no ha sido pedido por el demandante. Tampoco ha quedado acreditado que la ampliación de las chimeneas produjera un perjuicio relevante en la comunidad de vecinos. Y, por último, en 2016 la mayoría de los propietarios se opuso al ejercicio de acciones contra la ahora demandada. De tal manera: no procede estimar el recurso cuando, aunque se estimara algún motivo, el fallo debiera mantenerse por otras razones.

NOTA.—La flexibilidad del Tribunal Supremo respecto de los requisitos de forma que debe llenar el escrito por el que se interpone el recurso de casación es razonable. Lo es porque, aunque se mantiene el Tribunal en la necesidad de limitar los escritos, pone de relieve que lo trascendente es que no se dificulte la «comprensibilidad de los argumentos». De esa manera, aunque el recurso sea extenso, no genera oscuridad de ninguna clase ni tampoco produce «merma alguna del derecho de defensa de la contraparte».

De otra parte, el Tribunal Supremo atribuye consecuencias jurídicas al silencio en un sentido similar a la Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos presentada en 2023. El artículo 1224.2 de la Propuesta prevé que el silencio o la inacción, «por sí solos, no significan consentimiento, salvo que resulte otra cosa de la ley, de los usos, de las prácticas entre las partes o de otras circunstancias». En términos del Derecho

penal se puede sostener que el silencio (una omisión) solo es relevante cuando el que calla está en posición de garante (*cf.* art. 11 CP). Es decir, solo cuando una norma jurídica o el contexto imponen la obligación de manifestar expresamente la voluntad (y no sucede así), es posible atribuir relevancia al silencio. (*B. B. M.*)

**23. Propiedad horizontal: viviendas turísticas. Limitaciones al uso de los distintos pisos o locales establecidos por los estatutos comunitarios: deben ser expresas.**—En el régimen de propiedad horizontal, son legítimas las limitaciones que, al uso de los distintos pisos y locales, establezcan los estatutos comunitarios, al amparo del artículo 1255 CC, siempre que respeten las disposiciones de derecho necesario que deberán ser escrupulosamente observadas. Así, el derecho a la propiedad privada, consagrado en el artículo 33 CE, es concebido ampliamente en nuestro ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las establecidas legal o convencionalmente que, en todo caso, deben ser interpretadas de un modo restrictivo (véanse SSTs 145/2013, de 4 de marzo; y 1643/2023, de 27 de noviembre, entre otras).

Estas limitaciones o prohibiciones, que deben atender al interés general de la comunidad y estar referidas a la realización de determinadas actividades o al cambio de uso del inmueble, deben constar de manera expresa. Por lo demás, a fin de tener eficacia frente a terceros deben estar inscritas en el Registro de la Propiedad (SSTs 358/2018, de 15 de junio; y 1671/2023, de 29 de noviembre, entre otras).

**Función de los estatutos en la propiedad horizontal.**—La formulación de los estatutos no resultará indispensable, si bien podrán estos cumplir la función de desarrollar la ordenación legal y adecuada a las concretas circunstancias de los diversos casos y situaciones (SSTs de 31 de enero de 1987, 19 de julio de 1993 y 15 de octubre de 2009).

**Acción de cesación de actividad prohibida por los estatutos al amparo de artículo 7.2 LPH. La prohibición estatutaria de utilizar la vivienda como hospedaría incluye que queda vedado su uso como vivienda turística.**—Son sinónimos de hospedaría, como acción o efecto de hospedar a alguien, el «alojamiento, acogida, hospedaje, albergue, hospicio», según la misma fuente de la RAE. Por tanto, al ejercer la demandada una actividad abierta al público, anunciada en plataformas publicitarias, cuya esencia radica en satisfacer las necesidades de alojamiento transitorio inherentes a la actividad de turismo, que guarda identidad de razón con la prohibición estatutaria de destinar los pisos a hospedaría, es por lo que concluir que está vedada la posibilidad de utilizarlos con destino turístico no conforma una interpretación arbitraria, ni prohibir dicho uso constituye un abuso de derecho. (**STs 105/2024, de 30 de enero**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

**HECHOS.**—La comunidad de propietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal demandó a una entidad mercantil, titular de una vivienda del inmueble destinada a uso turístico, mediante el ejercicio de una acción de cesación de actividad prohibida en los estatutos, al amparo del artículo 7.2 LPH.

El artículo 9.1 de los estatutos de la citada comunidad disponía que está vedado: *Cambiar el uso de la vivienda por otro distinto de su habitual y permanente, transformándola en local comercial o*

*industrial, ni destinarla, ni aun en parte, a colegios, academias, hospederías, depósitos, agencias, talleres ni a fines vedados por la moral por la Ley.*

El juzgado y la audiencia estimaron la pretensión de la actora. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada.

NOTA.—Nuestro Tribunal Supremo ya se ha pronunciado en este sentido sobre el alcance de la limitación estatutaria al uso turístico de la vivienda. Así, la STS 1671/2023, de 29 de noviembre, en un caso que contenía la siguiente limitación estatutaria: «queda terminantemente prohibido la realización de actividad económica alguna en las viviendas (oficina, despacho, consulta, clínica, etc) salvo que la propia subcomunidad de portal lo autorice por unanimidad previa consulta obligatoria de algún interesado». La misma solución se adoptó por la STS 1643/2023, de 27 de noviembre, en un caso similar en que la norma estatutaria establecía: «no podrán ejercerse actividades profesionales, empresariales, mercantiles o comerciales de ningún tipo; reservándose su uso al de carácter exclusivamente residencial».

Además, las SSTS 1232/2024, del Pleno, de 3 de octubre; y 1233/2024, del Pleno, de 3 de octubre, permiten a la comunidad de propietarios, a partir del artículo 17.2 LPH, prohibir la actividad de alquileres turísticos si se aprueba por una mayoría cualificada de tres quintos, al suponer tal restricción del uso de las viviendas para fines turísticos una prohibición legítima, que no cabe negar, ya que no altera el contenido esencial del derecho de propiedad. (*I. D.-L. S.*)

**24. Propiedad horizontal: La doctrina del abuso del derecho.**—La doctrina del abuso de Derecho se sustenta en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos, y como institución de equidad, exige para poder ser apreciado, una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna, generando efectos negativos (los más corrientes daños y perjuicios), al resultar patente la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima, así como la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho (SSTS de 11 de mayo de 1991 y 25 de septiembre de 1996, entre otras). Su apreciación exige una base fáctica que proclame las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) (STS 18 de julio de 2000) y subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo) (SSTS de 1 de febrero de 2006; y 10/2022, de 12 de enero).

**Doctrina del abuso del derecho en materia de propiedad horizontal.**—En materia de propiedad horizontal, la STS de 16 de julio de 2009 ha entendido que el abuso de derecho, referido en el artículo 18.1 c) de la LPH, consiste en la utilización de la norma por la comunidad con mala fe civil en perjuicio de un propietario, sin que pueda considerarse general el beneficio de la comunidad. En definitiva, la actuación calificada como abusiva no puede entenderse fundada en una justa causa y su finalidad no será legítima (STS 10/2022, de 12 de enero).

Las reglas para la aprobación de acuerdos comunitarios han de ser objeto de una interpretación adecuada a la realidad social actual, como autoriza el artículo 3 CC, para evitar supuestos de abuso notorio del derecho, que impidan lograr la más ordenada convivencia de los cotitulares y preservar la paz

vecinal (STS 19 de diciembre de 2008). Ahora bien, son circunstancias que configuran el abuso de derecho, las subjetivas, de intención de perjudicar o de falta de interés serio y legítimo, y las objetivas, de exceso o anormalidad en el ejercicio de un derecho y producción de un perjuicio injustificado (SSTS 8 de mayo y 28 de noviembre de 2008), y es plenamente legítimo el interés de los comuneros disidentes de que no se alteren los elementos comunes en beneficio exclusivo de uno de ellos, a partir de un acuerdo de cuya adopción es responsable la comunidad, haciendo uso del derecho que les concede la normativa de la propiedad horizontal para impedirlo (SSTS 423/2011, de 20 de junio; y 318/2016, de 13 de mayo, entre otras).

**Propiedad horizontal: la obtención de licencia administrativa para la realización de obras no exime de cumplir las normas imperativas recogidas en la LPH.**—La obtención de una licencia administrativa para la realización de obras únicamente es útil a los efectos de verificar que su ejecución se ajustó a las prescripciones administrativas que se exigen por la ordenación urbanística, pero en nada exime del cumplimiento de las normas imperativas recogidas en la LPH respecto a la necesaria concurrencia del consentimiento de los copropietarios para que pueda otorgarse validez a las obras realizadas (STS 419/2013, de 25 de junio).

**La posibilidad del cambio de uso de un inmueble en el ámbito de la propiedad horizontal, no elimina su control por la junta de propietarios.**—Si los estatutos permiten efectuar operaciones de división sin necesidad del consentimiento de la comunidad, la junta de propietarios sólo tendrá que efectuar una actividad de control referente a que las obras no perjudiquen a elementos comunes ni a otros propietarios, y no afecten a la estructura, la seguridad, configuración o estado exterior del edificio, pues si se respetan estas limitaciones, la junta lo único que tiene reservado es la atribución de nuevas cuotas de los espacios afectados por la reforma (véanse SSTS de 30 de septiembre de 2010, y 286/2014, de 3 de septiembre). (STS 89/2024, de 24 de enero; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.—Los demandantes, propietarios de dos viviendas, pertenecientes a una Comunidad de Propietarios, que derivan de una finca matriz descrita como local comercial del mismo edificio, ejercitaron una acción de impugnación del acuerdo denegatorio de la Junta de propietarios en relación con la solicitud presentada para la autorización de apertura de dos puertas de acceso a las viviendas por el interior del edificio para dar acceso a las viviendas en las que se transformó el local.

Quedó probado que la Comunidad no objetó la transformación del local en viviendas cuando se le comunicó, pero sí al saber que a las viviendas resultantes no se les permitía la entrada desde el exterior, sino que para acceder a ellas había que abrir dos puertas en el interior del edificio.

El juzgado desestima la demanda al entender que la Comunidad no está perjudicando de forma injustificada a los actores con ejercicio abusivo de derecho, por carecer éstos de interés serio y legítimo, y por no haber vulneración del principio de igualdad dado que a ningún otro local se le ha concedido acceso desde el interior del edificio con apertura de huecos. La audiencia revocó la sentencia de primera instancia al no contener el acuerdo impugnado motivación alguna para la denegación de la autorización instada, y que-

dar probada la falta de perjuicio de la apertura de las dos puertas a la Comunidad demandada. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por la Comunidad (*I. D.-L. S.*)

**25. Razonabilidad de la tarifa fijada por los tribunales de justicia españoles por la concesión de licencias de uso del repertorio de una entidad de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual ante la declaración de abusividad de la tarifa fijada por la propia entidad de gestión.**—Entre las normas complementarias a la versión en vigor a junio de 2013 del artículo 17 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), se encuentra la regulación sobre las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual. En concreto, resultan relevantes los apartados 1 y 2 del artículo 157 LPI.

En el marco de esta normativa, juega la jurisprudencia de la sala Primera del Tribunal Supremo en relación con las tarifas no razonables como consecuencia de la vulneración del Derecho de la Competencia. Esta jurisprudencia afirma que los contratos celebrados por las sociedades de gestión, como forma impuesta por el artículo 157 LPI de administrar los derechos cuya gestión les es conferida, constituyen contratos impuestos por la ley para cumplir con la finalidad de facilitar la difusión, en condiciones razonables y mediante retribución, de los derechos exclusivos y de remuneración sobre obras de propiedad intelectual cuya gestión se confía a las expresadas sociedades. Estas sociedades de gestión no pueden imponer restricciones contrarias al principio de libre competencia o imponer condiciones discriminatorias a unos u otros usuarios fundándose en la posición privilegiada que se deduce en su favor de la exclusividad de la gestión en los respectivos ámbitos de actuación sin ni siquiera acreditar cuáles son los concretos titulares de derechos que les han confiado la gestión (art. 150 LPI). Por ello, cualquier género de imposición de remuneraciones o tarifas que pueda considerarse no razonable por parte de dichas sociedades debe considerarse vetada por el mandato contenido en el artículo 157 LPI.

En el caso español, la Comisión Nacional de los Mercados y Competencia (CNMC) expresamente sancionó como un acto de abuso de posición de dominio la concesión de las licencias por la SGAE bajo las tarifas que venía exigiendo (10 % del importe generado por la venta de las entradas). Y esta decisión de la autoridad nacional de la competencia ha sido confirmada por los tribunales de lo contencioso-administrativo.

En consecuencia, al plantearse un pleito sobre el carácter equitativo de la tarifa aplicada por la SGAE, es obligatorio dejar de aplicar el 10 %, porque porcentaje estaba en la base de la calificación de abuso de la posición de dominio realizada por la CNMC.

A pesar de ello, la circunstancia de que la tarifa que la SGAE pretendía cobrar no resulte de aplicación por esa razón (por constituir un acto de abuso de posición de dominio) no obsta que los autores, a través de la entidad de gestión, tengan derecho a cobrar los derechos derivados de los actos de comunicación de sus obras que efectivamente se hayan realizado. Para dar cumplimiento a este derecho, corresponde aplicar otra tarifa que se considere razonable.

A falta de tarifa determinada de antemano, se debe establecer una tarifa razonable. En esta labor, la referencia utilizada por la CNMC a efectos de calificar la tarifa fijada por la SGAE como abusiva por posición de dominio

resulta particularmente significativa desde la perspectiva del análisis de la equidad sobre bases homogéneas. Esta referencia es la comparación entre las tarifas de la SGAE (9 %-10 %) y la aplicada por la entidad británica (3 %),

En atención a lo anterior, no constituye ninguna arbitrariedad que suponga contravención de la norma legal que los tribunales de justicia españoles fijen una tarifa del 3 % cuando se les plantee un pleito sobre el carácter equitativo de la tarifa aplicada por la SGAE en casos como este. (**STS 1523/2023, de 7 de noviembre**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—SGAE demanda a Rock Producciones, solicitando el pago de una cantidad en concepto de licencia por la realización de una serie de conciertos organizados por Rock Producciones. La demanda es íntegramente estimada.

Rock Producciones recurre en apelación. El recurso es estimado en parte, de modo que se reduce la cantidad que se condenó a pagar en primera instancia. Esta reducción parte de una resolución firme de la CNMC, confirmada por los tribunales de lo contencioso-administrativo, que califica de abuso de posición de dominio la aplicación por la SGAE de las tarifas que venía exigiendo por el otorgamiento de licencias para el uso del repertorio por ella gestionado (tarifa del 10 %), circunstancia que vicia de nulidad los contratos de licencia concertados por la demandada. Sin embargo, argumenta la Audiencia que la nulidad de las tarifas no puede conducir a la desestimación de la demanda, porque, de facto, se ha hecho un uso de los derechos gestionados por SGAE. De tal modo, se aplica de forma estimativa una tarifa del 3 % sobre el importe bruto de la facturación, tarifa que es aplicada por la sociedad de gestión británica.

SGAE interpone recurso de casación. El recurso es desestimado, dado que el establecimiento de una tarifa del 3 %, la cual es la fijada por la entidad de gestión británica, no constituye una arbitrariedad y porque el resto de motivos de casación se basan en normas que no estaban vigentes en el momento en que se generaron los derechos de propiedad intelectual cuyo pago se reclama. (*T. R. C.*)

## DERECHO DE FAMILIA

**26. Derecho a contraer matrimonio en el caso de personas con discapacidad. Apreciación de la capacidad.**—El artículo 23.1.a) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, impone a los Estados la obligación de garantizar la igualdad en el ejercicio del derecho a contraer matrimonio, asegurando que las personas con discapacidad puedan casarse libremente y sin discriminación. Por su parte, el artículo 12.4. de la Convención exige el establecimiento por parte de los Estados de salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos que pudieran producirse.

Ni la incapacitación ni la discapacidad intelectual excluyen automáticamente la aptitud para contraer matrimonio, ni siquiera bajo el régimen legal previo a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio. Sin embargo, dado que el consentimiento de los cónyuges es la causa del nacimiento del vínculo matrimonial, la capacidad natural de entender y de querer esta unión

constituye un requisito indispensable para su validez. Así, la falta de consentimiento matrimonial será causa de nulidad del mismo.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 56 CC, cuando un contraente presente deficiencias psíquicas que puedan impedirle prestar consentimiento matrimonial, incluso con medidas de apoyo, se requerirá un dictamen médico sobre su aptitud en este aspecto. No obstante, ni la omisión de dicho dictamen ni la falta de detección de una posible incapacidad durante la tramitación del expediente matrimonial impiden una posterior declaración judicial de nulidad. De lo contrario, el régimen del artículo 73 CC quedaría desprovisto de contenido (SSTS 235/2015, de 29 de abril y 145/2018, de 15 de marzo).

**Caducidad de la acción de nulidad matrimonial.**—El Tribunal Supremo sostiene que la nulidad matrimonial está sometida a un régimen jurídico específico, distinto del previsto para los contratos, por lo que el artículo 1301 CC no resulta aplicable en esta materia. El precepto de referencia es el artículo 71 CC, que establece como regla general la nulidad del matrimonio por falta de consentimiento y que no contempla un plazo de caducidad de la acción. (STS 91/2024, de 24 de enero; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—En noviembre de 2013, los hijos de Valentín interpusieron demanda de modificación de la capacidad frente a su padre, en la que alegaban que padecía un deterioro cognitivo desde hacía varios años y que había sido diagnosticado con Alzheimer en 2011, lo que afectaba a su toma de decisiones. Solicitaban el nombramiento de uno de sus hijos (Pascual) como tutor.

Tres meses después, Valentín y Jacinta (hermana de su primera esposa, fallecida) contrajeron matrimonio. Al poco tiempo, Valentín otorgó testamento por el que nombró heredera a Jacinta, con sustitución a favor de los descendientes de ella en caso de premoencia. En este testamento, Valentín asignaba a sus hijos únicamente la legítima estricta.

En diciembre de 2014, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la que modificaba la capacidad de Valentín en los ámbitos personal y patrimonial y designó a Jacinta, su esposa, como tutora. La sentencia quedó firme al no ser recurrida.

Al mes siguiente, sus hijos interpusieron demanda de nulidad matrimonial frente a Valentín y Jacinta. Alegaban que, en el momento de contraer matrimonio, su padre carecía de capacidad para prestar consentimiento. Dos años después, sin haber recaído sentencia en el procedimiento de nulidad matrimonial, Valentín falleció y sus hijos promovieron la nulidad del testamento.

En septiembre de 2019, el Juzgado de Primera Instancia declaró la nulidad del testamento por falta de capacidad del testador y validó el anterior, que instituyó como herederos universales a sus hijos. Esta resolución fue recurrida en apelación por Jacinta, pero la Audiencia Provincial confirmó la sentencia y, posteriormente, el Tribunal Supremo inadmitió el recurso de casación.

En junio de 2021, uno de los hijos de Valentín interpuso una nueva demanda de nulidad matrimonial frente a Jacinta. El Juzgado de Primera Instancia declaró la nulidad del matrimonio por falta de consentimiento, por lo que Jacinta recurrió en apelación. En su sen-

tencia, la Audiencia Provincial apreció la existencia de un error vicio en el consentimiento matrimonial. Sin embargo, en aplicación del artículo 1301 CC, la acción se encontraba caducada por el transcurso de los cuatro años fijados para su ejercicio. Finalmente, Pascual interpuso recurso de casación alegando la infracción del artículo 1301 CC en relación con el artículo 73 CC y la imprescriptibilidad de la acción de nulidad matrimonial. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación. (*M. S. G.*)

**27. Atribución de carácter ganancial a bienes privativos. Interpretación del artículo 1355 CC.**—Es doctrina del Tribunal Supremo (STS 195/2019, de 27 de mayo) que la atribución de carácter ganancial a bienes adquiridos con caudal privativo durante la vigencia de la sociedad de gananciales debe realizarse de común acuerdo entre los cónyuges. La declaración por la que uno de los cónyuges manifiesta que el bien adquirido en solitario forma parte de la sociedad es coherente con la presunción de ganancialidad, pero no es suficiente para atribuir por sí sola dicha condición. (STS 35/2024, de 15 de enero; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—María Ángeles presentó solicitud de formación de inventario de la sociedad de gananciales vigente durante su matrimonio con Fausto. Este se opuso al inventario presentado y manifestó su disconformidad con la calificación como ganancial de la mitad indivisa de unos inmuebles que habían sido comprados por su padre en documento privado y, posteriormente, adquiridos a partes iguales por su hermana y él. Al no haber conformidad entre las partes, el procedimiento se resolvió por la vía del juicio verbal y el Juzgado de Primera Instancia resolvió atribuir carácter ganancial a las cuotas litigiosas. Esta decisión se fundamentaba en que, en la escritura pública que se otorgó con posterioridad a la compra, se hizo constar la adquisición para la sociedad de gananciales.

Fausto recurrió en apelación argumentando que el Juzgado de Primera Instancia había obviado que su exesposa había reconocido expresamente que no hubo acuerdo entre ellos para atribuir carácter ganancial a las cuotas litigiosas y que no concurrió al otorgamiento de la escritura. Sin embargo, la Audiencia Provincial desestimó el recurso, pues consideró que lo relevante era lo recogido en las escrituras que se otorgaron constante el matrimonio.

Frente a esta resolución, Fausto interpuso recurso de casación alegando que los bienes en cuestión eran privativos suyos, independientemente de lo recogido en la escritura, ya que fueron pagados por su padre. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación (*M. S. G.*)

**28. Aplicación de la doctrina de los actos propios a la valoración de bienes en la liquidación del régimen económico matrimonial.**—Los cónyuges, al comenzar el régimen económico de participación sin solución de continuidad tras la disolución del régimen de gananciales anterior, pueden inventariar sus bienes y valorarlos, estableciendo de consenso su patrimonio

inicial. En tal caso, los bienes que se adjudican en pago de sus respectivos haberes, conforme a los valores que se fijan de común acuerdo, pasan a formar parte del patrimonio inicial de cada uno de ellos en el régimen económico matrimonial de participación.

Si se produce una liquidación de la sociedad de gananciales y, en el mismo acto, se otorgan capitulaciones matrimoniales para acordar que rija en lo sucesivo el régimen de participación, unos determinados bienes no pueden tener un valor diferente en función del régimen económico matrimonial, salvo que así lo acuerden los propios cónyuges.

Y que ese valor que se otorga a los bienes en la liquidación del primer régimen económico que rige el matrimonio no sea el de mercado, a diferencia del otorgado a los mismos bienes para estimar el patrimonio final ante la liquidación del segundo régimen económico, no es óbice a lo anterior, dado que los cónyuges pueden apartarse de la regla que para la estimación de los bienes constitutivos del patrimonio inicial prevé el artículo 1421 CC, en su primer párrafo, atribuyéndoles, de común acuerdo, otro valor, sin más límites que los establecidos a la autonomía de la voluntad.

En consecuencia, el valor que las partes asignaron a los bienes litigiosos al liquidar el primer régimen e iniciar el segundo es el que debe observarse para la estimación del valor de los bienes constitutivos del patrimonio inicial al plantearse la liquidación de este segundo régimen matrimonial.

De tal modo, supone una actuación contraria a los actos propios pretender que la estimación de la valoración de los bienes constitutivos del patrimonio inicial al plantearse la liquidación del segundo régimen matrimonial sea efectuada con criterios distintos de los utilizados al otorgar la escritura en la que se estableció el segundo régimen económico matrimonial. Los criterios para valorar los mismos bienes y el mismo día no pueden ser divergentes, sin acuerdo entre los cónyuges, en función del régimen económico matrimonial.

**Criterios de actualización del valor estimado de los bienes que conforman el patrimonio inicial en el régimen de participación.**—Para determinar el patrimonio inicial, la estimación de los bienes que lo constituyen tan solo supone, de los dos que establece el artículo 1421 CC, el primer paso. El segundo, una vez establecido el importe de la estimación, consiste en su actualización, que debe realizarse, como el propio artículo 1421 CC establece en su segundo párrafo, «el día en el que el régimen haya cesado».

Para realizar dicha operación, es necesario utilizar un índice de actualización que el precepto no identifica. Si las partes tampoco lo han acordado, procede utilizar, como índice de actualización, el IPC, dado que es el índice que realmente denota la variación real del poder adquisitivo. (STS 17/2023, de 1 de diciembre; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

**HECHOS.**—Juan y Cristina contraen matrimonio bajo el régimen económico de gananciales. Tras 21 años, otorgan escritura de capitulaciones matrimoniales, en la que extinguen el régimen de gananciales y establecen para lo sucesivo el régimen de participación. También liquidan y adjudican los bienes existentes en la sociedad de gananciales.

El matrimonio entre Juan y Cristina se disuelve por sentencia de divorcio. Juan presenta demanda en solicitud de propuesta de liquidación del régimen económico de participación en las ganancias contra Cristina. La demanda es admitida, por lo que se señala día para la comparecencia para acordar la liquidación. La compare-

encia es infructuosa, por lo que se continúa conforme las reglas del juicio verbal. Tras ello, la demanda es parcialmente estimada, por lo que se declara la liquidación de la sociedad.

Juan recurre en apelación, recurso que es desestimado.

Juan interpone recurso de casación. El recurso es estimado, dado que resulta contrario a la doctrina de los actos propios que, al liquidar el régimen económico matrimonial de participación, Cristina pretenda valorar los bienes con criterios diferentes de los utilizados al liquidar el régimen económico de gananciales. (T. R. C.)

**29. Privación de la patria potestad.**—El artículo 170 CC prevé la facultad de que se pueda privar total o parcialmente de la patria potestad al que incumple los deberes inherentes a ella. No obstante, la privación requiere que los progenitores incumplan tales deberes de forma grave y reiterada, así como que sea beneficiosa para el hijo, pues la potestad es una función inexcusable que se ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad y que conlleva una serie de deberes personales y materiales hacia ellos en el más amplio sentido. De ahí que sea firme por autorizada doctrina que se trata de una función con un amplio contenido, no de un mero título o cualidad. Es por ello que resulta incompatible mantener la potestad y, sin embargo, no ejercer en beneficio del hijo ninguno de los deberes inherentes a la misma.

La institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requiere por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el artículo 154 CC, pero, en atención al sentido y significación de la misma, su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo.

A la hora de valorarse el alcance y significado del incumplimiento de los referidos deberes, se exige una amplia facultad discrecional del juez para su apreciación, de manera que la disposición se interprete con arreglo a las circunstancias del caso, sin que pueda prevalecer una consideración objetiva exclusivamente de su supuesto de hecho. En efecto, la amplitud del contenido del artículo 170 CC y la variabilidad de las circunstancias exigen conceder al juez una amplia facultad discrecional de apreciación, pero en modo alguno puede prescindirse de que se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor.

Por ejemplo, no se ve en qué forma la protección del interés del menor puede aconsejar mantener una titularidad de la patria potestad a favor de quien, desde el nacimiento del menor, no ha tenido relación con él, no se ha hecho cargo de su cuidado y manutención, no se ha personado en el procedimiento de privación de la patria potestad, no se ha preocupado de su situación ni ha velado en ningún momento por su protección y tutela. Mantener la titularidad de la patria potestad a pesar del reconocimiento de una ausencia total del padre en la vida del menor desde su nacimiento y de la dejación de sus funciones, aunque sea con un contenido mínimo que permita una interferencia en el ejercicio exclusivo de la patria potestad por parte del otro progenitor, no reduce en beneficio del menor.

En cualquier caso, la privación no implica la extinción de la relación paterno filial y el demandado continúa ostentando el deber legal de velar por

su hijo y prestarle alimentos, contenido de la filiación y no de la patria potestad (arts. 39 CE y 110 CC).

La privación tampoco impide que, a instancias del padre interesado, pueda recuperarse la patria potestad si, por un cambio de actitud, estuviera dispuesto al cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad y ello resultara beneficioso para el hijo en atención a las circunstancias. (STS 106/2024, de 30 de enero; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Benita, madre del menor Agustín, interpone demanda de juicio ordinario contra Abel, quien reconoció a Agustín en el momento del nacimiento, solicitando la privación total de la patria potestad de Abel respecto de Agustín. La demanda es parcialmente estimada. Se atribuye la guarda y custodia exclusiva sobre el hijo a Benita, sin régimen de visitas en favor de Abel, mientras que la patria potestad se mantiene de titularidad compartida.

Benita recurre en apelación, recurso que es desestimado.

Benita interpone recurso de casación, que es estimado. Entiende el Tribunal Supremo que en nada beneficia al menor el mantenimiento de la patria potestad de un progenitor que, desde el nacimiento del menor, no ha tenido relación con él, no se ha hecho cargo de su cuidado y manutención, no se ha personado en el procedimiento de privación de la patria potestad, no se ha preocupado de su situación ni ha velado en ningún momento por su protección y tutela. (T. R. C.)

**30. Concepción jurisprudencial del interés superior del menor. Ha de considerarse como: Relaciones paternofiliales. Suspensión del régimen de visitas al padre. La configuración jurídica del interés superior del menor.**—El interés superior del menor se configura como un principio axiológico básico en la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de las relaciones parentales y tuitivas que recaen sobre los menores. Su campo propio de actuación opera de forma primordial en los procesos matrimoniales, pero no sólo en ellos. No es un concepto jurídico estático, sino dinámico, que no permanece petrificado, sino que evoluciona continuamente condicionado por los valores imperantes en la sociedad. Constituye un concepto general y abstracto a concretar en cada supuesto sometido a consideración judicial según los específicos factores concurrentes.

**Concepción jurisprudencial del interés superior del menor: como un principio axiológico preferente en la solución de las controversias judicializadas sobre las medidas relativas a los menores.**—El interés del menor se ha considerado incluso como bien constitucional, lo suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales (SSTC 99/2019, de 18 de julio; 178/2020, de 14 de diciembre; y 81/2021, de 19 de abril), toda vez que ha de prevalecer en el juicio de ponderación de los derechos fundamentales en conflicto. Desde esta perspectiva, toda interpretación de las normas que procuran el equilibrio entre derechos, cuando se trata de menores de edad, debe basarse en asegurar el interés superior del menor (STC 64/2019, de 9 de mayo).

**Concepción jurisprudencial del interés superior del menor: como un concepto jurídico indeterminado.**—El interés del menor constituye uno de

esos conceptos legales que no son susceptibles de ser predeterminados y de encerrarse en una fórmula normativa, que abarque todo el haz de manifestaciones que comprende. Es poliédrico, y como tal de necesaria ponderación en atención a las particularidades de cada caso. En este sentido, la jurisprudencia le atribuye el calificativo de concepto jurídico indeterminado, constitutivo de una cláusula general que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial (STS 835/2013, de 6 de febrero). Se configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que ha de relacionarse bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales (SSTS 93/2018, de 20 de febrero; y 705/2021, de 19 de octubre, entre otras).

Dado el carácter de *principio general*, de *cláusula general* y *principio jurídico indeterminado* que puede atribuirse a la protección del interés del menor es preciso llenar su contenido. En cada caso concreto hay que identificar lo que resulta más adecuado al interés de ese menor en sus concretas circunstancias. El artículo 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de *Protección Jurídica del Menor* recoge algunos de los criterios generales que pueden servir para interpretar y aplicar en cada caso el interés del menor. Se trata de criterios que habían venido siendo tenidos en cuenta en las decisiones de los tribunales. Más recientemente, las SSTS 705/2021, de 19 de octubre; y 729/2021, de 27 de octubre; así como, la STC 64/2019, de 9 de mayo se expresan en el mismo sentido.

En definitiva, para valorar qué es lo que resulta más beneficioso para el menor, ha de atenderse especialmente a las circunstancias concretas del caso, pues no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre cuál sea su mayor beneficio (SSTC 178/2020, de 14 de diciembre; y 81/2021, de 19 de abril).

**Concepción jurisprudencial del interés superior del menor: se integra dentro del marco del orden público.**—El orden público encuentra hoy su manifestación más evidente en el propio texto constitucional. Dentro del mismo, se encuentra el *orden público familiar*, basado en los principios constitucionales de igualdad entre los cónyuges (arts. 14 y 32 CE) y protección integral de los hijos (art. 39 CE), que determinan una esfera jurídica de indisponibilidad. Pues bien, la jurisprudencia ha considerado que el interés y beneficio del menor conforma un principio de tal naturaleza, dado que, en el ordenamiento jurídico nacional e internacional, se configura como una regla imperativa que inspira todas las decisiones referentes a un menor de edad. De este modo, las SSTS 823/2012, de 31 de enero de 2013; 569/2016, de 28 de septiembre; y 251/2018, de 25 de abril, afirman que la protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público.

**Concepción jurisprudencial del interés superior del menor: opera como límite a la autonomía de los progenitores en los negocios jurídicos de familia con respecto a las medidas referentes a los hijos menores de edad (art. 90 CC).**—El régimen de custodia, sea o no compartida y exista o no acuerdo parental, debe adoptarse siempre, considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño; y si bien se confiere a los progenitores la facultad de autorregular tal medida y el Ministerio Fiscal tiene el deber de

velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, sólo al órgano judicial le corresponde la facultad de resolver el conflicto que se le plantea, pues exclusivamente él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional (SSTC 185/2012; y 77/2018, de 5 de julio).

**Concepción jurisprudencial del interés superior del menor: constituye un principio de aplicación preferente en casos de imposibilidad de su armonización con otros intereses convergentes como son los de los progenitores u otros familiares o allegados.**—El criterio que ha de presidir la decisión que, en cada caso, corresponda adoptar al Juez, a la vista de las circunstancias concretas que concurran, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable (SSTC 11/2008, de 21 de enero; 16/2016, de 1 de febrero, entre otras) y (STS 438/2021, de 22 de junio). Ahora bien, en el supuesto de imposibilidad de conciliación de intereses contrapuestos, se deberá atender al primordial del menor, lo que significa que dicho principio no está al mismo nivel que el de los otros intereses concurrentes, sino superior. Este criterio lo contempla también el artículo 2.4 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de *Protección Jurídica del Menor*.

**Concepción jurisprudencial del interés superior del menor: es un principio precisado de un estándar de motivación reforzada.**—El canon de razonabilidad constitucional deviene más exigente cuando se encuentran implicados valores y principios de indudable relevancia constitucional, como es el principio del interés superior del menor, que tiene su proyección constitucional en el artículo 39 CE, y que se define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos, tanto administrativas como judiciales ( SSTC 138/2014, de 8 de septiembre; 64/2019, de 9 de mayo; 178/2020, de 14 de diciembre; así como 113/2021, de 31 de mayo; y STS 984/2023, de 20 de junio, entre otras muchas).

**Concepción jurisprudencial del interés superior del menor: opera como un instrumento de flexibilización del rigor procesal.**—Permite atemperar la rigidez de las normas procesales o sacrificar los legítimos intereses y perspectivas de terceros (SSTC187/1996, de 25 de noviembre; 77/2018, de 5 de julio; 178/2020, de 14 de diciembre), así como inspira y rige toda la actuación jurisdiccional, que se desarrolla en los procesos de familia, y que determina, por la prevalencia de este principio constitucional de tuición sobre las normas procesales, la tramitación de dichos procesos bajo un criterio de flexibilidad procedimental (SSTC 65/2016, de 11 de abril), quedando ampliadas la facultades del juez en garantía del interés que ha de ser tutelado (SSTC 4/2001, de 15 de enero; y 178/2020, de 14 de diciembre). En el mismo sentido, se ha expresado la STS 281/2023, de 21 de febrero.

**Concepción jurisprudencial del interés superior del menor: susceptible de apreciación mediante el auxilio de ciencias extrajurídicas.**—La determinación del interés superior del menor no es una simple labor de interpretación jurídica, sino de apreciación circunstancial, en donde el auxilio de otras disciplinas tiene campo abonado de ponderación, y, entre ellas, la psicología ocupa un papel destacado. De esta forma, la STS 545/2022, de 7 de julio, considera la psicología como ciencia de la conducta que permite hacer predicciones razonables del comportamiento futuro de las personas. En cualquier caso, los informes psicosociales elaborados deben ser analizados y cuestionados jurídicamente por el tribunal, como ocurre con los demás informes periciales, conforme a las reglas de la sana crítica (SSTS 465/2015, de 9 de septiembre; 135/2017, de 28 de febrero; y 318/2020, de 17 de junio), así

como someterlos a valoración con el resto de las pruebas practicadas o aportadas al pleito, pues en otro caso sería tanto como delegar la toma de decisiones en el equipo psicosocial, haciendo dejación de las que corresponden al tribunal por su atribución constitucional (STS 705/2021, de 19 de octubre).

**Significado del interés superior del menor.**—La falta de madurez y competencia de los niños y de las niñas inherentes a las limitaciones propias de la edad, la ausencia de recursos con los que cuentan para solventar situaciones desfavorables en las que pueden verse inmersos, los sitúan, en no pocas ocasiones, en una posición de especial vulnerabilidad, que constituye campo abonado para sufrir abusos, maltratos y lesiones en sus derechos fundamentales, o, incluso, para ser instrumentalizados, en su perjuicio, en los conflictos intersubjetivos entre adultos, dentro de los cuales alcanzan especial significación aquellos en los que se encuentran inmersos sus progenitores (STS 625/2022, de 26 de septiembre). Es necesario, por consiguiente, preservar a los menores a la exposición de situaciones de riesgo cara a una deseada inserción futura en el mundo de los adultos, sin repercusiones peyorativas provenientes de las situaciones vividas. Todo ello sin perder además la perspectiva de que los menores son titulares de derechos, no simples personas objeto de protección jurídica, y, como tales, indiscutibles beneficiarios de todos los derechos humanos (STC 99/2019, de 18 de julio).

En definitiva, quien no puede, por su edad, defenderse por sí mismo, ni velar por sus intereses, transfiere tal función a las instituciones públicas y privadas, para garantizar que aquellos sean debidamente respetados, y siempre, además, previa audiencia de los menores con suficiente juicio, para no ser postergados de las decisiones que más directamente les afectan. Manifestación de lo expuesto la constituye la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal en los procedimientos judiciales y administrativos para cuidar de dichos intereses (art. 749 LEC); o la posibilidad de la fijación de medidas de oficio por parte de los tribunales de justicia, como excepción a los principios dispositivo y de aportación de parte, conformadores de los pilares esenciales sobre los que se sustenta el edificio del proceso civil (arts. 158 CC y 752 LEC).

**El interés preferente del menor puede justificar la limitación y suspensión del régimen de comunicación entre padres e hijos.**—Pueden concurrir circunstancias que justifiquen la limitación del régimen de comunicación o su suspensión, en tanto en cuanto un régimen de visitas impuesto resulte perjudicial para el interés superior de los menores, pues las medidas que deben adoptarse al respecto son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor» (STS 170/2016, de 17 de marzo). La jurisprudencia establece que la autoridad judicial podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja; o bien, por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes (SSTS 54/2011, de 11 de febrero; 680/2015, de 26 de noviembre; y 625/2022, de 26 de septiembre). Así se pronuncia el artículo 94.3 CC. (STS 129/2024, de 5 de febrero; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

**HECHOS.**—El objeto del proceso consistió en la fijación de medidas definitivas con respecto a la hija menor de los litigantes. La progenitora demandó al progenitor discutiéndole la custodia de la menor, el ejercicio de la patria potestad, el régimen de visitas y los alimentos de la hija común.

Quedó probado: 1) Los antecedentes penales y la conducta agresiva del progenitor, condenado por dos delitos de lesiones en el ámbito de la violencia de género frente a la madre de la menor, con riesgo de proyección de sus actitudes peyorativas hacia la menor, dada su personalidad en formación y el hecho de que la madre constituye el núcleo afectivo de la menor, al tiempo que le proporciona los resortes de seguridad necesarios para su estabilidad y adecuado desarrollo emocional. 2) Su mal estado psíquico que manifiesta una actitud agresiva y altamente exagerada sin acreditar que ha seguido un tratamiento psiquiátrico con éxito. 3) El comportamiento altamente nocivo y extraño del progenitor con la menor mediante un vídeo aportado por la madre donde puede verse al padre besando largamente en la boca a su hija cuando era un bebé. 4) El manifiesto desinterés del padre por mantener relaciones con su hija en los últimos cuatro años y que su cuidado y atención hacia ella es nula. 5) Que la niña, al dictarse la sentencia por la audiencia, contaba tan solo con 8 años, lo que coloca a la menor en una situación de manifiesta vulnerabilidad.

El juzgado atribuyó a la madre la guarda y custodia de la hija de los litigantes, así como el ejercicio exclusivo de la patria potestad, acordando la suspensión del régimen de visitas del progenitor. La audiencia revocó la sentencia de primera instancia al considerar procedente un régimen de visitas, cada dos semanas, en el punto de encuentro que fije el juzgado, el sábado de 9 a 14 horas, o en el día que determinen las partes, dentro de tal horario; ya que, aunque los besos a la menor en la boca cuando era un bebé por su padre suponen una conducta inadecuada, ni el Equipo Técnico eliminó el régimen de visitas en este caso, ni constan signos evidentes de agresión a la menor. Además, la situación de violencia no se produjo contra la menor, y, respecto de la situación psiquiátrica del progenitor, no supone una situación agresiva para la niña como demuestra la pericial psiquiátrica, y, en cualquier caso, quedará diluida desde el momento en que las visitas se lleven a cabo en el seno del punto de encuentro. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación promovido por la demandante apoyada por el Ministerio Fiscal. (*I. D.-L. S.*)

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO

Sentencias comentadas

## Cuestiones de Derecho transitorio y naturaleza jurídica de la legítima vasca de descendientes: comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Civil y Penal) 4/2024, de 10 de junio\*

**LAURA SANCHO MARTÍNEZ**

Profesora ayudante doctora de Derecho civil  
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)

### RESUMEN

*Este trabajo tiene por objeto el examen crítico de la doctrina contenida en la STSJPV (Sala de lo Civil y Penal) 4/2024, de 10 de junio, en la que el Alto Tribunal vasco ha venido a resolver por vez primera dos fundamentales y controvertidos interrogantes suscitados por la entrada en vigor de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco: de un lado, qué tratamiento debe dispensarse a los legados de legítima estricta dispuestos en testamentos otorgados conforme al Código Civil antes de la entrada en vigor de aquella ley, cuando el causante fallece con vecindad civil vasca con posterioridad a dicha fecha; y, de otro, cuál sea la exacta naturaleza que quepa asignar a la nueva legítima vasca de descendientes.*

### PALABRAS CLAVE

*Derecho civil vasco, Derecho transitorio, legítima vasca de descendientes, legítima estricta, principio del favor testamenti.*

---

\* Esta publicación forma parte del Grupo de Investigación Consolidado del Sistema Universitario Vasco GIC IT-1445-22 (Gobierno Vasco), del que es IP el Dr. Gorka Galicia Aizpurua.

## Issues of transitional law and the legal nature of the basque compulsory share for descendants: commentary on judgment 4/2024 of June 10 by the Civil and Criminal Chamber of the High Court of Justice of the Basque Country

### ABSTRACT

*This paper critically examines the doctrine established in Judgment 4/2024, issued on 10 June by the Civil and Criminal Chamber of the High Court of Justice of the Basque Country. In this ruling, the Basque High Court has, for the first time, addressed two fundamental and contentious questions arising from the entry into force of Law 5/2015 of 25 June on Basque Civil Law. Firstly, it considers the treatment to be given to «strict» compulsory share legacies in wills made under the Civil Code prior to the enactment of that law, when the deceased had Basque civil residence at the time of death occurring after that date. Secondly, it clarifies the precise legal nature to be attributed to the newly established Basque compulsory share for descendants.*

### KEYWORDS

*Basque Civil Law, Transitional Law, Basque compulsory share for descendants, «Strict» compulsory share, Principle of favor testamenti.*

**SUMARIO:** I. *Introducción.*—II. *Antecedentes fácticos y procesales.*—III. *Delimitación de las cuestiones planteadas.*—IV. *La respuesta del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco al recurso de casación interpuesto: doctrina fijada y consideraciones críticas.* 1. Sobre la eficacia y alcance de los legados de legítima estricta en testamentos otorgados conforme al Código Civil con anterioridad a la entrada en vigor de la LDCV: cuestiones de Derecho transitorio. 1.1 Planteamiento. 1.2 Doctrina de la DGRN/DGSJFP y sentencias precedentes. 1.3 Doctrina casacional fijada por el TSJPV. 1.4 Valoración. 2. Sobre la naturaleza jurídica de la legítima vasca de descendientes.—*Bibliografía.*—*Listado de resoluciones.*

## I. INTRODUCCIÓN

Con fecha de 3 de octubre de 2015, tuvo lugar la entrada en vigor de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (en adelan-

te, LDCV o Ley 15/2015); texto normativo que, como todos los operadores y doctrina especializada coinciden en expresar de manera uniforme, ha venido a representar un «hito crucial en la evolución del ordenamiento civil vasco», pues, a su través, se ha dotado por primera vez de un Derecho civil común a toda la ciudadanía vasca<sup>1</sup>.

En efecto, tal como proclama el primero de los preceptos de aquella ley, sus disposiciones, junto con la costumbre y los principios generales del Derecho que lo inspiran, conforman –aunque no agotan<sup>2</sup>– el «*Derecho civil de la Comunidad Autónoma del País Vasco*» (CAPV), en decisiva vocación unificadora de un ordenamiento antaño fragmentado. Así, el sistema hasta hace poco vigente se caracterizaba por la coexistencia de tres Fueros Civiles –uno por cada Territorio Histórico vasco– que, aunque integrados al cabo en un solo cuerpo formal –la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho civil foral del País Vasco (LDCF)–, eran tributarios de recorridos históricos diversos y portadores de contenidos singulares<sup>3</sup>; y, a la postre, derivaban en la convergencia, en materia sucesoria, de hasta cinco regímenes privados diferentes en el territorio de la CAPV<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> GALICIA AIZPURUA y CASTELLANOS CÁMARA, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2018, p. 37. En esta senda, GIL RODRÍGUEZ ya apuntaba, en su «Nota Preliminar» al *Manual de Derecho Civil Vasco* [GIL RODRÍGUEZ y GALICIA AIZPURUA (dirs.)], que, aunque la LDCV puede ser calificada como un «pequeño y dubitativo paso» parlamentario, sin duda «acabará percibiéndose como un enorme avance para la ciudadanía vasca, que, casi sorpresivamente y de la noche a la mañana del pasado día 3 de octubre de 2015, resultó ser civilmente vasca, por imperativo legal» (GIL RODRÍGUEZ, 2023b, p. 17).

En unívoca dirección de planteamientos, subrayan el decisivo punto de inflexión marcado por Ley 5/2015 en el devenir del ordenamiento privado vasco, entre otras voces, ARAKISTAIN ARRIOLA, 2023, p. 295; ATXUTEGI GUTIÉRREZ, 2022, p. 73; MAGALLÓN ELÓSEGUI, *CDT*, 2019, p. 254; ÁLVAREZ RUBIO, *REDI*, 2016, pp. 25-26; URRUTIA BADIOLA, 2020, pp. 37-38; IRIARTE ÁNGEL, *Iura Vasconiae*, 2016, p. 324; OSÉS ABANDO, *Iura Vasconiae*, 2016, pp. 515-516.

<sup>2</sup> A pesar del desafortunado tenor literal del artículo 1.1 LDCV («*Constituyen el Derecho civil de la Comunidad Autónoma del País Vasco las disposiciones de esta ley...*»), es preciso entender que la fuente primera del Derecho Civil Vasco es la ley civil –toda ley, no solo la 15/2015– dictada por el Parlamento Vasco, como así sugiere expresamente el apartado I de su Exposición de Motivos: «(...) no pretende esta ley agotar ahora todo el posible campo de desarrollo del Derecho civil foral vasco, que será paulatinamente ampliado a nuevos campos por otras leyes que puedan ser dictadas por [el Parlamento Vasco] en función de las diferentes necesidades y las demandas sociales de cada momento, dentro del marco competencial (...), así como, tal y como ya se ha dicho, por la vía de la costumbre y los principios generales del Derecho civil foral, como fuentes del Derecho». Como enseña la mejor doctrina, «la ley vasca representa la fuente primera del ordenamiento civil propio, aunque no lo expresa de este modo franco el artículo 1.1 LDCV (...). Obligado resulta, por tanto, trascender el giro legal (“esta ley”) para acceder a lo que es obvio: toda norma legal dictada por el Parlamento Vasco en el ámbito de su competencia exclusiva para conservar, modificar y desarrollar el Derecho civil propio queda integrada en (*constituye*) dicho ordenamiento» (GIL RODRÍGUEZ, 2023c, p. 53. *Vid.*, en el mismo sentido, TORRES LANA, *REDS*, 2020, pp. 107-108).

<sup>3</sup> GIL RODRÍGUEZ, 2023a, pp. 27-30.

<sup>4</sup> El Fuero de Bizkaia únicamente extendía su aplicación a la parte que, en dicho Territorio Histórico, integra el llamado «Infanzonado» o «Tierra Llana» (cfr. arts. 5 y 6 LDCF), así como a los municipios alaveses de Llodio y Aramaio (art. 146 LDCF); el Fuero de Álava, por su parte, regía exclusivamente en el territorio conocido como «Tierra de Ayala» (cfr. art. 131 LDCF); mientras que el Fuero de Gipuzkoa, a pesar de que extendía su

En la actualidad, la LDCV instaura, en marcado contraste con el panorama precedente, un nuevo Derecho civil vasco verdaderamente *común*, aplicable a todas las personas que ostenten «*vecindad civil vasca*» (art. 10.1 LDCV); novedosa condición, esta última, que la Ley 15/2015 reconoce y atribuye *ope legis* a quienes, a su entrada en vigor, «*gocen de vecindad civil en cualquiera de los territorios de la Comunidad Autónoma del País Vasco*» (cfr. disp. trans. 7.ª LDCV), al servicio del propósito unificador<sup>5</sup>.

En consonancia con su objetivo, la LDCV ha reducido notablemente el número de regímenes sucesorios existentes en la CAPV, de suerte que, tras la entrada en vigor de dicho texto normativo, solo cabe distinguir un novedoso estatuto común para toda la ciudadanía vasca, al que se añade, no obstante, la perpetuación de ciertas instituciones forales –a razón, al parecer, de su arraigo en sus respectivos territorios (*vid.* el apartado IV de la Exposición de Motivos de la LDCV)–, a modo de subsistemas especiales (en particular, la libertad de testar y el usufructo poderoso del Valle de Ayala [cfr. arts. 88 ss. LDCV], así como la troncalidad propia de la Tierra Llana de Bizkaia y los términos municipales alaveses de Aramaio y Llodio [cfr. arts. 61 ss. LDCV]).

En este sentido, de entre todos los cambios propiciados en materia sucesoria por el proceso uniformizador, destaca, muy señaladamente, la instauración de un sistema legitimario (cuasi)universal para los vecinos vascos –a salvo las excepciones que todavía representan, en este orden, la troncalidad vizcaína (cfr. arts. 47 y 70.1 LDCV) y la plena libertad de testar ayalesa (cfr. art. 89 LDCV)–, que ha venido a reemplazar la tetradivisión legitimaria previamente existente en la CAPV, donde concurrían, hasta la

---

aplicación a la totalidad de dicho Territorio Histórico, funcionalmente solo servía a aquellos vecinos guipuzcoanos que fuesen, a su vez, titulares de un caserío sito, precisamente, en dicho espacio territorial (cfr. arts. 150 y 151 LDCF). Teniendo presente que, además, el artículo 13 LDCF reconocía a los vizcaínos no infanzones (vizcaínos «no aforados» o «de villa») la posibilidad de testar mancomunadamente y por comisario (cfr., en sentido opuesto, los artículos 669 y 670 CC), la diversidad de ordenamientos recién descrita resultaba en la necesidad de discernir entre cinco regímenes sucesorios diferentes en un ámbito territorial ciertamente reducido: los tres esquemas sucesorios aforados, el correspondiente a los no aforados –sujetos al régimen general del Código Civil–, más un quinto estatuto especial relativo a los vizcaínos no infanzones, en los términos previamente indicados (*vid.* GALICIA AIZPURUA, *AJI*, 2016, pp. 305-306; GIL RODRÍGUEZ, 2023a, pp. 27-30).

<sup>5</sup> Se ha de advertir, no obstante, que, tal y como señala la propia LDCV en su Exposición de Motivos, el objetivo ha sido alcanzar un «*texto unificado que puede ser aceptable para todos los vascos*, salvo en los casos de leyes y costumbres muy diferenciadas, como ocurre con la libertad de testar ayalesa, o la troncalidad y el régimen de comunidad de bienes en el matrimonio vizcaíno». Y es que la unificación pretendida por el legislador vasco no ha llegado a presentar un carácter absoluto, de suerte que han querido ser preservadas ciertas instituciones forales –en palabras del legislador, «*muy diferenciadas*»–, con la consiguiente subsistencia de determinados subordenamientos civiles singulares que justifican la coexistencia en dicha ley, junto a la vecindad civil vasca, de las denominadas vecindades civiles locales (cfr. art. 10.2 y disp. trans. 7.ª LDCV) (*vid.* GALICIA AIZPURUA, 2023a, pp. 71-74).

entrada en vigor de la nueva ley, tres regímenes legitimarios forales más el esquema legitimario del Código Civil.

Dejando a un lado las instituciones excepcionales previamente referidas, la nueva legítima vasca se caracteriza por tres rasgos fundamentales. En primer lugar, se establece en favor solo de los descendientes, y no así de los ascendientes (cfr. art. 47.1 LDCV). En segundo lugar, su cuantía queda establecida en un tercio del caudal hereditario (cfr. art. 49 LDCV), lo que supone una notable reducción en contraste con el *quantum* exigible en el anterior sistema –de cuatro quintos en el caso de que resultara aplicable el esquema legitimario del Fuero de Bizkaia (cfr. art. 55 LDCF), y de dos tercios de regir el sistema general del Código Civil–. Y, por último, presenta un carácter colectivo, lo que implica que, a la hora de satisfacer la legítima en la cuantía expresada, el causante puede elegir entre uno o varios de sus descendientes de cualquier grado y apartar a los demás, de manera expresa o tácita (cfr. arts. 48.2 y 51.1 LDCV). Además, junto a la legítima de descendientes, la LDCV reconoce una legítima al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, consistente en una cuota usufructuaria de la mitad de todos los bienes del causante en concurrencia con descendientes o de dos tercios en defecto de ellos (art. 52 LDCV), así como un derecho de habitación en la vivienda conyugal o de la pareja de hecho, mientras el superviviente se mantenga en el estado requerido por los artículos 54 y 55 LDCV<sup>6</sup>.

No obstante, pese a la sencillez del nuevo sistema instaurado, su entrada en vigor no ha estado ayuna de conflictos y discusiones sobre ciertos trascendentes extremos, relacionados muy destacadamente, en lo que a efectos de este trabajo interesa, con las dos siguientes cuestiones: de un lado, qué tratamiento debe dispensarse a los legados de legítima estricta dispuestos en testamentos otorgados conforme al Código Civil antes de la entrada en vigor de la LDCV, cuando el causante fallece con posterioridad a dicha fecha; y, de otro, cuál sea la exacta naturaleza de la legítima vasca de descendientes, con las consecuencias que ello provoca sobre la necesaria intervención o no de los legitimarios en las operaciones particionales.

Pues bien, ambos interrogantes han sido solventados, en el sentido del que a continuación se dará cuenta, por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Civil y Penal) 4/2024, de 10 de junio (Ponente: D. Francisco de Borja Iriarte Ángel)<sup>7</sup>, cuya doctrina casacional será objeto de examen crítico en las líneas que siguen.

<sup>6</sup> En profundidad sobre los caracteres identificativos del nuevo sistema legitimario vasco, *vid.* GALICIA AIZPURUA, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, 2016, pp. 83 ss.

<sup>7</sup> ECLI: ES: TSJPV:2024:1186.

## II. ANTECEDENTES FÁCTICOS Y PROCESALES

La sentencia examinada parte, a efectos decisorios, de los siguientes antecedentes relevantes.

En fecha 11 de abril de 2005, Doña Elvira otorga testamento abierto ante notario de Bergara (Gipuzkoa), en el que hace constar que se halla acogida al Derecho común, y realiza, en lo que interesa al caso, dos disposiciones con el siguiente tenor literal:

*«Segunda.—Lega a sus hijos, Don Antón, Doña Casilda, Doña Inocencia y Doña Alejandra la porción de legítima estricta que a cada uno de ellos corresponda.*

*Tercera.—Sin perjuicio del legado anterior, instituye heredera a su hija doña Adela, que será sustituida vulgarmente por su estirpe de descendientes; es deseo de la testadora que se le adjudiquen todos los bienes de su herencia, facultándole para pagar en metálico la legítima estricta de sus hermanos».*

Casi once años después de haber formulado aquellas últimas voluntades, tiene ocasión, en fecha 17 de septiembre de 2016, el deceso de Doña Elvira, siendo así que en el momento de fallecimiento obraba ya en vigor, en consecuencia, la LDCV.

El 19 de septiembre de 2017, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Durango declara nula por simulación contractual la escritura de compraventa de la nuda propiedad de la vivienda sita en la dirección núm. 000 de Bergara que Doña Elvira otorgó en vida a favor de su hija Doña Adela, y que, a la postre, resultaría ser el único bien integrante de la masa de la finada. El antecedente es ajeno al procedimiento del que conoce el TSJPV en la resolución que se comenta, mas relevante, como luego se indicará, a efectos de la interpretación que posteriormente se realiza.

El 20 de febrero de 2018, Doña Adela otorga unilateralmente escritura de aceptación de la herencia de su madre, por la que se adjudica en exclusiva y en pleno dominio la vivienda localizada en Bergara a la que acaba de hacerse referencia. Conforme a la documentación obrante, y como se ha señalado, dicho bien era el único que componía el patrimonio de la causante.

Ante dicha situación, dos de las hermanas de la heredera, Doña Alejandra y Doña Casilda, instituidas legatarias de la porción de legítima estricta a cada una de ellas correspondiente en el testamento de su madre, interpusieron demanda de juicio ordinario soli-

citando la nulidad de la escritura de aceptación de herencia otorgada por Doña Adela, así como la nulidad y cancelación de su inscripción en el Registro de la Propiedad de Bergara. En orden al sostenimiento de sus pretensiones, las actoras alegaban que la voluntad de la testadora debía prevalecer en la interpretación y aplicación de su testamento; y que, en el presente supuesto, habida cuenta de la literalidad de sus disposiciones, era clara la voluntad explícita de la causante de que les fuese asignado un legado de sus respectivas porciones de legítima estricta. En consecuencia, concluían que la herencia debía adjudicarse conforme a la voluntad de la testadora, manteniendo los legados ordenados en relación a las legítimas, y con la preceptiva intervención de los legitimarios en las operaciones particionales y de adjudicación de la herencia.

Doña Adela formuló contestación a la demanda interpuesta por sus hermanas oponiendo, en síntesis, que la voluntad real de la testadora pasaba por adjudicarle a ella el único bien que integraba su patrimonio; que en su madre concurría un desafecto patente hacia el resto de sus hijos, pero que, no obstante, se hallaba sometida a las limitaciones impuestas por el Código Civil en el momento de testar; que hallándose en vida trató, incluso, de eludir dichas restricciones por la vía de transmitir dicho bien a la después heredera, a través de una compraventa que más tarde fue declarada simulada; y que, en fin, era tal voluntad real de la testadora la que debía prevalecer como elemento esencial en la interpretación del testamento, al margen de su literalidad. A este respecto, y en particular, la demandada esgrimía que la sucesión de su madre debía regirse por la LDCV, subrayando que «las demandantes no son ya legitimarias con fundamento en el Código Civil sino en su caso en base y presupuestos del Derecho Civil Vasco donde la legítima es colectiva y de libre disposición por parte de la testadora mediante el mecanismo del apartamiento».

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Durango, que conoce del proceso, dicta sentencia de 25 de enero de 2022 por la que, ateniéndose a una interpretación literal de las disposiciones testamentarias, y en consideración de la prueba testifical practicada, estima íntegramente la demanda presentada por Doña Alejandra y Doña Casilda, ordenando la nulidad de la escritura de manifestación y aceptación de herencia, así como la nulidad y cancelación de la correspondiente inscripción registral.

Frente a dicha sentencia, Doña Adela formula recurso de apelación bajo el alegato de que la prueba practicada ha sido valorada de forma errónea, pues de la misma se desprende la voluntad de la testadora de dejarle todos sus bienes y excluir al resto de su descenden-

cia, insistiendo en que «la sucesión que aquí nos ocupa se rige por la Ley 5/2.015, y en precisión no se trata de un problema de interpretación de testamento, sino de aplicación de ley». En este sentido, argumenta la «legitimidad y necesidad de interpretar un testamento sujeto y regulado a derecho común en atención a las normas y principios del derecho civil vasco», con la «posibilidad de flexibilizar o incluso dejar sin efecto la aplicación o excepcionar esas exigencias normativas» y de «considerar tácitamente apartadas» a las demandantes.

La parte apelada formula oposición al recurso, replicando que de la prueba practicada en ningún caso se deduce la voluntad de Doña Elvira de excluir de la sucesión al resto de sus hijos, y que, por el contrario, es la voluntad expresamente manifestada a través del testamento otorgado la que debe prevalecer y llevar a respetar los legados de legítima estricta ordenados.

Tras efectuar una exposición de algunas de sus resoluciones previas en materia de conflictos intertemporales, la sección 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Bizkaia dicta sentencia 10/2024, de 11 de enero<sup>8</sup>, por la que desestima el recurso de apelación interpuesto –salvo en lo relativo a la imposición de costas a la demandada– y confirma la resolución de instancia, en los siguientes términos: «ciertamente, desde la citada prueba, y pese a la argumentación que despliega la parte apelante, la prueba testifical no desvirtúa la voluntad afirmada de la [causante] de dejar la vivienda a la Sra. [Adela], que como bien pone de manifiesto la parte apelada, y resulta del testamento, era favorecer a la misma con la determinación y adjudicación de dicho bien, lo que no obsta ni ello implica en su consideración voluntad de desheredación del resto de sus hijos».

Contra la anterior sentencia, Doña Adela interpone recurso de casación ante la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (en lo sucesivo, TSJPV), alegando infracción de los artículos 48 y 51 LDCV, y sustentando su interés casacional en la inexistencia de doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal autonómico en relación con las cuestiones que a continuación se detallan, a fin de que este cumpla la función nomofiláctica que tiene encomendada en el artículo 2.3 LDCV.

Mediante Auto de 7 de marzo de 2024, la Sala de lo Civil del TSJPV declara su competencia para conocer del recurso de casación interpuesto y lo admite a trámite, al considerar que en las cuestiones planteadas por la recurrente concurre el interés casacional requerido<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> ECLI: ES: APBI:2024:23.

<sup>9</sup> En el ordenamiento vasco, la Ley 4/2022, de 19 de mayo, del Recurso de Casación Civil Vasco (LRCCV) admite la presentación de recursos de casación ante la Sala de lo Civil del TSJPV siempre que los mismos presenten interés casacional, lo que sucederá,

### III. DELIMITACIÓN DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS

En el recurso de casación formulado contra la SAP Bizkaia (sección 3.<sup>a</sup>) 10/2024, de 11 de enero, la recurrente suplica a la Sala de lo Civil del TSJPV la fijación de doctrina sobre dos extremos fundamentales.

En primer lugar, se plantea a la Sala cuál es el tratamiento que debe dispensarse a los legados de legítima estricta dispuestos a favor de los descendientes en testamentos otorgados conforme al Código Civil antes de la entrada en vigor de la LDCV, cuando el testador fallece tras su entrada en vigor con vecindad civil vasca y aquellos legatarios concurren con otro u otros descendientes instituidos herederos. A este respecto, la recurrente estima infringida por la sentencia de instancia la normativa vasca en materia de legítimas –que considera aplicable a la sucesión *sub litis*–, en la que no existe legítima «estricta» que deban recibir individualmente cada uno de los descendientes, esgrimiendo, además, que la voluntad de la causante oportunamente interpretada debe conducir a entender apartados tácitamente de la herencia a los designados como legatarios de legítima estricta en el testamento (arts. 48 y 51 LDCV).

Pero, en segundo término, se solicita también a la Sala que dicte doctrina relativa a la naturaleza jurídica de la legítima vasca de descendientes y a la posibilidad del instituido heredero de ejecutar la partición sin el concurso de los legitimarios. En particular, la recurrente defiende la caracterización de dicha legítima como del tipo *pars valoris*, con base en lo previsto en el artículo 48.1 LDCV, por lo que sostiene –e impugna la decisión contraria de la sentencia de instancia a ese respecto– que, aun en el supuesto de que las demandantes tuviesen algún derecho hereditario, en ningún caso era preceptiva su participación en los actos particionales.

El 10 de junio de 2024, la Sala de lo Civil del TSJPV dicta sentencia 4/2024 por la que, estimando el recurso, casa y anula la SAP Bizkaia (sección 3.<sup>a</sup>) 10/2024, de 11 de enero; desestima la demanda interpuesta ante el Juzgado de Primera Instancia de Durango; y establece, respecto a las dos cuestiones previamente identificadas, la doctrina casacional que pasamos a examinar de seguido.

---

entre otros casos, cuando «la resolución recurrida resuelva una cuestión sometida a la normativa del Derecho civil vasco de la que no exista doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, sea esta relativa a la propia ley o a normas anteriores de igual o similar contenido» (art. 4.3 LRCCV).

#### IV. LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO AL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO: DOCTRINA FIJADA Y CONSIDERACIONES CRÍTICAS

##### 1. SOBRE LA EFICACIA Y ALCANCE DE LOS LEGADOS DE LEGÍTIMA ESTRICTA EN TESTAMENTOS OTORGADOS CONFORME AL CÓDIGO CIVIL CON ANTERIORIDAD A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LDCV: CUESTIONES DE DERECHO TRANSITORIO

###### 1.1 Planteamiento

Como acaba de indicarse, la primera cuestión que el TSJPV debe abordar en el procedimiento objeto de interés se refiere a la eficacia y alcance de los legados de legítima estricta dispuestos en testamentos otorgados conforme al Código Civil con anterioridad a la entrada en vigor de la LDCV, cuando el causante fallece tras dicha fecha con vecindad civil vasca. En definitiva, se solicita al Alto Tribunal autonómico que unifique doctrina respecto a la solución que deba darse a este concreto conflicto temporal de aplicación normativa, habida cuenta que entre el otorgamiento del testamento (11 de abril de 2005) y el fallecimiento de la causante (17 de septiembre de 2016) tiene lugar la entrada en vigor de la LDCV (3 de octubre de 2015), con el profundo cambio que ello ha implicado en sede legitimaria para los (nuevos) vecinos y vecinas vascos.

Desde que entrara en vigor la LDCV, uno de los aspectos que más litigiosidad ha generado ha tenido que ver, precisamente, con los múltiples conflictos intertemporales o de Derecho transitorio propiciados por el cambio de marco normativo. Con carácter temprano, la doctrina ya advirtió que la sucesión normativa protagonizada por la LDCV –que deroga la LDCF y posterga el régimen del Código Civil a un plano meramente supletorio (cfr. art. 3.1 y Disp. Derogatoria LDCV)– suscitaría «evidentes conflictos (...), fundamentalmente, respecto a los actos por causa de muerte otorgados con carácter previo a la entrada en vigor de la ley que deban regir sucesiones abiertas con posterioridad, así como respecto a las sucesiones que, aun habiéndose abierto antes del día 3 de octubre [de 2015], puedan producir efectos después (v. gr. a través de instituciones fideicomisarias)»<sup>10</sup>. Y es que la entrada en vigor de la

<sup>10</sup> CASTELLANOS CÁMARA, *JADO*, 2017, pp. 256-257.

LDCV ha venido a repercutir sobre innumerables negocios *mortis causa* constituidos en contemplación del régimen normativo preexistente, pero respecto a los que la apertura de la sucesión –desencadenada por el óbito del causante– ha tenido o tendrá lugar con posterioridad al cambio legislativo señalado –esto es, tras la entrada en vigor de la LDCV–, de suerte que tales situaciones jurídicas se verán temporalmente abarcadas por dos normativas distintas<sup>11</sup> cuya aplicabilidad deberá ser dirimida en observación de las disposiciones transitorias previstas por la nueva ley<sup>12</sup>.

En efecto, la solución a los conflictos temporales de leyes debe ser suministrada, en buena técnica, por el autor de la norma posterior que deroga la anterior<sup>13</sup>; y, en este sentido, la LDCV ha previsto un sistema transitorio integrado por hasta siete disposiciones aplicables en función del acto, negocio o situación jurídica material afectada. Así, tenemos que la disposición transitoria segunda se refiere a la posesión de servidumbres de paso iniciada antes de la entrada en vigor de la nueva ley a efectos de su adquisición por prescripción; las disposiciones transitorias tercera a quinta atañen a diversas cuestiones relacionadas con los poderes testatorios; la sexta, a los derechos de troncalidad sobre sepulturas; y la séptima, a la atribución de la vecindad civil vasca. Por último, la disposición transitoria primera se encumbra a modo de norma de conflicto intertemporal de carácter general, pues en su primer párrafo establece, en abstracto, que «*[l]os conflictos intertemporales entre esta ley y las que deroga se resolverán aplicando las disposiciones transitorias preliminar, 1.ª, 2.ª, 3.ª, 4.ª y 12.ª del Código Civil*»<sup>14</sup>.

Pues bien, de entre todas las normas transitorias señaladas, es esta última, como se observa, la que debe aplicarse para resolver los conflictos intertemporales ocasionados en sede de actos testamentarios por la entrada en vigor de la LDCV, para lo cual el legislador

---

<sup>11</sup> Como se ha afirmado, la «vida de una relación jurídica puede ser lo bastante extensa como para coexistir en dos períodos temporales diversos en los que tengan vigor, sucesivamente, leyes de contenido sustancialmente distinto»; y, habida cuenta que tales actos o situaciones no pueden ser desgajados categóricamente en dos fases a las que resulten aplicables, respectivamente, la nueva y la vieja normativa, nos encontraremos con que, «pese a sucederse en el tiempo, la norma precedente y la ulterior colisionan entre sí, entrando en pugna respecto a cuál de ellas incumbe asumir la regulación de las situaciones que nacieron mientras estaba vigente la normativa derogada pero que persisten luego de haber adquirido vigencia la nueva reglamentación» (COLINA GAREA, 2013, p. 13390).

<sup>12</sup> El Derecho transitorio puede ser definido, entonces, como el conjunto de reglas que determinan la eficacia o alcance temporal de las leyes, ordenando su sucesión temporal y aportando soluciones a los potenciales conflictos intertemporales que deriven de dicha transición, mediante la concreción del Derecho aplicable a una situación jurídica preexistente y no agotada al entrar en vigor la nueva norma (*vid.* CASTELLANOS CÁMARA, *JADO*, 2017, p. 246; COLINA GAREA, 2013, pp. 13393-13394; MAGALLÓN ELÓSEGUI, *CDT*, 2019, p. 261).

<sup>13</sup> COLINA GAREA, 2013, p. 13393.

<sup>14</sup> GALICIA AIZPURUA y CASTELLANOS CÁMARA, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2018, p. 42.

vasco ha optado por remitirse en su solución a las reglas de Derecho transitorio previstas en el Código Civil previamente referidas.

Partiendo de lo anterior, el TSJPV ha resuelto con carácter reiterado que, en aquellos supuestos en que un causante fallezca con posterioridad a la entrada en vigor de la LCDV con vecindad civil vasca, habiendo otorgado testamento conforme al régimen normativo precedente, la determinación del Derecho aplicable deberá solventarse, por remisión de la disposición transitoria 1.<sup>a</sup> LDCV, mediante una lectura integrada de las disposiciones transitorias 2.<sup>a</sup> y 12.<sup>a</sup> CC.

Así, según expresamente establece la disposición transitoria 2.<sup>a</sup> CC, *«[l]os actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas. En su consecuencia serán válidos los testamentos (...) que se hubiesen otorgado o escrito antes de regir el Código, y producirán su efecto (...) cualesquiera otros actos permitidos por la legislación precedente; pero la revocación o modificación de estos actos o de cualquiera de las cláusulas contenidas en ellos no podrá verificarse, después de regir el Código, sino testando con arreglo al mismo»*.

Esta previsión debe ser complementada, asimismo, con lo establecido en materia sucesoria por la última de aquellas disposiciones transitorias, que reza así: *«[l]os derechos a la herencia del que hubiese fallecido, con testamento o sin él, antes de hallarse en vigor el Código, se regirán por la legislación anterior. La herencia de los fallecidos después, sea o no con testamento, se adjudicará y repartirá con arreglo al Código; pero cumpliendo, en cuanto éste lo permita, las disposiciones testamentarias. Se respetarán, por lo tanto, las legítimas, las mejoras y los legados, pero reduciendo su cuantía, si de otro modo no se pudiera dar a cada partícipe en la herencia lo que le corresponda según el Código»*.

A partir de una intelección integrada de ambas disposiciones, el TSJPV ya estableció como doctrina casacional, en su sentencia 18/2022, de 17 de noviembre<sup>15</sup> –con base en los pronunciamientos precedentes contenidos en las SSTJPV 10/2022, de 23 de junio<sup>16</sup> y 7/2018, de 20 de julio<sup>17</sup>–, que las circunstancias del testamento deben ser analizadas a la luz de la ley vigente en el momento de su otorgamiento, «salvo en lo que a las legítimas –y el reparto y adjudicación de la herencia se refiere–, en que será de aplicación

<sup>15</sup> ECLI: ES: TSJPV:2022:2805.

<sup>16</sup> ECLI: ES: TSJPV:2022:1217.

<sup>17</sup> ECLI: ES: TSJPV:2018:2296.

la LDCV, vigente en el momento del fallecimiento del causante» [cfr. FD D). III.3].

Por consiguiente, conforme a lo previsto en la disposición transitoria 2.<sup>a</sup> CC, por remisión de la disposición transitoria 1.<sup>a</sup> LDCV, los testamentos otorgados bajo el régimen de la LDCF o del Código Civil por quienes, tras la entrada en vigor de la LDCV, presentan vecindad civil vasca, continúan gozando de plena validez y eficacia siempre que, al instante de su celebración, reuniesen los requisitos exigidos por tales normativas. Ahora bien, como han advertido algunos de nuestros autores, dado que «los derechos sucesorios solo se adquieren al momento del fallecimiento del causante (instante en que debe entenderse abierta la sucesión y en el que su patrimonio transmuta en herencia: arts. 17.1 LDCV y 657 CC), la exacta delimitación de estos, tanto si se trata de sucesión forzosa (legítimas) como de sucesión legal (intestada), ha de hacerse en función de la norma vigente en dicho instante: si la apertura de la sucesión del causante en cuestión se produjo antes del 3 de octubre de 2015, aquellos vendrán determinados por el Código Civil o, en su caso, por la LDCFPV; si después, por la LDCV (disp. trans. 12.<sup>a</sup> CC)»<sup>18</sup>.

En la anterior dirección ha vuelto a situarse –al menos formalmente, pues, como luego se señalará, las conclusiones allí arribadas no cohonestan, bajo nuestra perspectiva, con el marco normativo recién identificado– la STSJPV 4/2024, de 10 de junio, que, con base en la doctrina jurisprudencial expuesta, entiende, en el caso de interés, que «desde una perspectiva de derecho temporal la legítima que corresponde a D.<sup>a</sup> Alejandra y D.<sup>a</sup> Casilda debe determinarse a la luz de la LDCV» (FD III.3.a).

Añade, asimismo, la Sala de lo Civil autonómica, que idéntica solución se deduce cuando el caso se examina desde la perspectiva del conflicto móvil que acaece en el supuesto *sub litis*, como ya advirtiera hace tiempo parte de nuestra doctrina científica. Obsérvese así que, en la hipótesis de partida, la causante presenta en el momento de testar una vecindad civil (vecindad civil común, según el testamento) diversa a la que le corresponde en el momento de su deceso (vecindad civil vasca), de suerte que, siendo la ley personal que rige en cada instante distinta, el conflicto habrá de resolverse, por remisión del artículo 16.1 CC, con base en lo previsto por el artículo 9.8 CC, que en lo que interesa establece así: «[l]a sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testa-

<sup>18</sup> GALICIA AIZPURUA, *RBD*, 2023, pp. 398-399.

mento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rijan la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última (...).

Pues bien, como ya adelantaron algunos de nuestros autores, en confrontación con la solución que se deriva de las disposiciones transitorias 2.<sup>a</sup> y 12.<sup>a</sup> CC, se observa, igualmente, que «[i]déntico criterio de continuidad en la eficacia y alcance de las cláusulas testamentarias parece establecer el art. 9.8 CC al regular la sucesión *mortis causa* del causante cuya nacionalidad o vecindad civil no se corresponda con la que ostentaba en el momento de otorgar testamento (conflicto móvil), habida cuenta de que el precepto vela por la validez de “*las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento*”, aun cuando las legítimas deban atenerse, evidentemente, a los límites que fije la ley que rijan la sucesión»<sup>19</sup>.

Esta misma interpretación es, ahora, seguida por el TSJPV en la resolución objeto de interés, en la que concluye que el artículo 9.8 CC «establece el principio *favor testamenti* para los supuestos de conflicto móvil, de forma que será válido el testamento otorgado según la ley personal que lo era en el momento de otorgamiento, pero siempre que respete el sistema de legítimas de la *lex successionis* en su totalidad, que el legislador considera inatacable» (FD III.3.b).

Así pues, ya sea por la intelección integrada de las disposiciones transitorias 2.<sup>a</sup> y 12.<sup>a</sup> CC a las que remite la LDCV para solventar el conflicto intertemporal referido, ya sea por aplicación del artículo 9.8 CC a fin de resolver el conflicto móvil originado por el cambio de vecindad civil de la testadora, de la doctrina interpretativa asentada por las SSTSPV 10/2022, de 23 de junio; 18/2022, de 17 de noviembre; y 4/2024, de 10 de junio, se extraen las siguientes dos conclusiones: primera, que el testamento otorgado conforme al régimen normativo precedente, de acuerdo con la vecindad civil que presentase la causante en ese momento, es plenamente válido y eficaz siempre que respete las exigencias establecidas en dicha normativa; y segunda, que, fallecida la testadora con vecindad civil vasca y abierta su sucesión con posterioridad a la entrada en vigor de la LDCV, la exacta delimitación de los derechos hereditarios debe determinarse conforme a esta última ley, teniendo en cuenta que, comoquiera que el testamento es válido y eficaz, habrán de cumplirse, «*en cuanto [la LDCV] lo permita, las disposiciones testamentarias. Se respetarán, por lo tanto, las legítimas, las mejoras y los legados, pero reduciendo su*

<sup>19</sup> GALICIA AIZPURUA y CASTELLANOS CÁMARA, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2018, p. 44.

cuantía, si de otro modo no se pudiera dar a cada partícipe en la herencia lo que le corresponda (...)» (cfr. disp. trans. 12.<sup>a</sup> CC).

Fijadas las premisas anteriores en cuanto al Derecho aplicable al caso, el interrogante que se le plantea al TSJPV reside en determinar cuál ha de ser la eficacia y alcance de los legados de legítima «estricta» dispuestos por la causante para cuatro de sus cinco hijos en testamento otorgado conforme al Código Civil. Y es que, como recuerda la resolución comentada, a diferencia del régimen sentado en el Código, en el nuevo esquema legitimario vasco «nos encontramos ante una legítima colectiva, no existiendo una obligación legal de dejar a todos los hijos una cuota mínima; de hecho, sería posible apartar de la herencia a todos los hijos e instituir heredero a un descendiente de ulterior grado (art. 51.1 LDCV)», por lo que procede resolver si deben o no ser mantenidos aquellos legados de «legítima estricta» dispuestos testamentariamente, cuando en la ley que rige la sucesión –la LDCV– la legítima presenta un carácter colectivo y los descendientes no tienen derecho a una determinada porción individual del patrimonio del causante. En particular, el TSJPV se pregunta, en los siguientes términos, «si la institución como legatarios en la porción de legítima estricta –institución propia del Derecho común y ajena al vasco– supone su apartamiento tácito o si conservan el derecho a recibir la legítima estricta regulada en el Código Civil, que era la norma que regulaba su sucesión en el momento de testar pero no en el momento de su fallecimiento» (FD III.4.a).

La cuestión, que, desde los primeros instantes de vigencia de la LDCV, se ha planteado en la práctica con asiduidad, ha sido objeto de profunda controversia tanto en la doctrina administrativa como en la jurisprudencia<sup>20</sup>, donde, tal como subraya la propia sentencia estudiada, confluyen resoluciones que han resuelto el debate en términos antitéticos.

---

<sup>20</sup> Conviene precisar que, en el ordenamiento civil vasco, la jurisprudencia –que tiene encomendada la misión de «depurar» la interpretación e «integrar» los preceptos del Derecho civil vasco (cfr. art. 2.1 LDCV)– es la «doctrina reiterada que en su aplicación establezcan las resoluciones motivadas de los jueces y tribunales con jurisdicción en el País Vasco» (art. 2.2 LDCV). La previsión debe entenderse referida a lo que comúnmente se ha considerado como «jurisprudencia menor» o en sentido amplio –aunque la referencia contenida en la norma a los órganos unipersonales es desconcertante–, debiendo esta ser distinguida, en todo caso, de la auténtica «doctrina jurisprudencial» (unificada o casacional), que corresponde elaborar al Alto Tribunal vasco: «[l]a Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco será la encargada de unificar la doctrina que de éstos emane, a través de los recursos pertinentes que en cada momento establezca la legislación procesal» (art. 2.3 LDCV). Así pues, es esta doctrina jurisprudencial unificada la que, en sentido estricto, depura la interpretación (atribuida en instancia) e integra (complementa) los preceptos del Derecho civil vasco, imponiendo así «la inteligencia final y tendencialmente irrefutable de una disposición previamente aplicada por el juzgador *a quo*», como «patrón de prosperabilidad de ulteriores pretensiones similares» (GIL RODRÍGUEZ, 2023c, pp. 60-64. Respecto al valor de la jurisprudencia en el ordenamiento civil vasco, *vid.* también TORRES LANA, REDS, 2020, pp. 114-119).

## 1.2 Doctrina de la DGRN/DGSJFP y sentencias precedentes

Entre las resoluciones predecesoras destaca, por su carácter iniciático en la materia y posterior influencia argumentativa en la sentencia objeto de comentario, la dictada por la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) –hoy, Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP)– con fecha de 12 de julio de 2017<sup>21</sup>.

En efecto, con carácter temprano, la Dirección General entendió, en un supuesto análogo al examinado por el TSJPV<sup>22</sup>, que el interrogante planteado no entraña «un problema de interpretación de un testamento sino de aplicación de la Ley». Así, el Centro Directivo afirma que «con una aplicación literal de la ley vasca, habiendo sido reducido uno de los descendientes a la legítima estricta que por ley le corresponda, y no habiéndola conforme la nueva legislación vasca, se debe entender apartado de la herencia»; siempre y cuando, eso sí, «haya sido designado como heredero otro hijo o descendiente en la herencia, lo que ha ocurrido en el expediente, por lo que se ha de concluir en que el otro hijo está excluido de la herencia» (FD 3.º). O sea, según la Dirección General, cuando el legitimario no ha sido llamado en cuantía cierta y determinada, sino que el causante se ha limitado a reconocerle, con carácter de mínimos, «la legítima estricta que por Ley le corresponda», dicha disposición testamentaria debe reputarse decaída en aplicación del sistema legitimario diseñado en la *lex sucessionis* (LDCV), que no reconoce legítima «estricta» alguna –esto es, una porción individual predeterminada para cada uno de los legitimarios–, y sí, en cambio, una legítima global o colectiva, que resulta oportunamente satisfecha mediante la designación como heredero universal de alguno de los descendientes. No obstante, debe advertirse que, pese a la radical aseveración de que la resolución de la cuestión planteada se reduce a una pura aplicación de la *lex sucessionis*, en el conflicto, en realidad, siempre subyace un problema de interpretación testamentaria, como manifiesta la propia Dirección General cuando, en su propio proceso intelectual, destaca que «la interpretación literal y lógica de la disposición testamentaria parece clara:

<sup>21</sup> BOE núm. 178, de 27 de julio de 2017, pp. 69674-69681.

<sup>22</sup> En el caso sometido a conocimiento de la DGRN, el causante –que otorgó testamento bajo el régimen del Código Civil antes de la entrada en vigor de la LDCV, pero falleció con posterioridad a dicha fecha con vecindad civil vasca– legó a uno de sus hijos «la legítima estricta que por ley le corresponda», mientras que instituyó a su otra hija como «única universal heredera de todos sus bienes, derechos, acciones y obligaciones (...), ordenando y facultando expresamente a la heredera para el pago en metálico de la porción hereditaria del legitimario».

“la legítima estricta que por Ley le corresponda”, es decir que se quiere reducir al hijo a lo mínimo que por ley le pueda corresponder» (FD 3.º). Ahora, en aplicación de las normas de conflicto intertemporal e interregional identificadas *ut supra*, la Dirección General parece estimar que el *horizonte interpretativo* del legado de «legítima estricta» dispuesto testamentariamente no viene dado por la norma vigente en el momento de testar –el Código Civil–, sino por la ley de la sucesión: «[s]iendo que conforme el artículo 9.8 del Código Civil, las disposiciones hechas en testamento conforme la ley personal del causante al tiempo del otorgamiento conservan su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, “si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última”, será de aplicación la normativa vasca de las legítimas y a lo mínimo exigido por esa legislación se deberá atender» (FD 3.º). Así pues, de seguirse la tesis de la Dirección General, habida cuenta que la LDCV no reconoce legítima «estricta» de ningún tipo, y que sus imposiciones en materia de sucesión forzosa resultarían satisfechas mediante la institución como heredero universal de alguno de los descendientes, *todo legado de legítima estricta* dispuesto en las anteriores condiciones decaería tras la entrada en vigor de la LDCV, pues, tomada esta norma como guía de la interpretación de dicha disposición testamentaria, el problema acabaría por reducirse, como acaba por señalar el propio Centro Directivo, a una cuestión de aplicación literal de la nueva ley.

La solución expuesta será mantenida, en un caso análogo al anterior<sup>23</sup>, en la RDGRN de 20 de diciembre de 2018<sup>24</sup>, en la que la Dirección General vuelve a destacar que «no se trata de un problema de interpretación de un testamento sino de aplicación de la Ley», por lo que «habiendo sido reducido uno de los descendientes a la legítima estricta que por ley le corresponda, y no habiéndola conforme la nueva legislación vasca, se debe entender apartado de la herencia».

Como enseguida expondremos, el razonamiento contenido en ambas resoluciones será tenido particularmente en cuenta, a la hora de resolver el debate planteado, por la sentencia del TSJPV aquí comentada (cfr. FD III.4.c).

Sin embargo, como bien advierte parte de nuestra doctrina científica, «llama la atención una cierta desviación apreciable, respecto de la doctrina anterior, en las RRDGRN de 5 de julio

<sup>23</sup> En el supuesto, el causante, fallecido tras la entrada en vigor de la LDCV con vecindad civil vasca, legó a su hija, en testamento otorgado con anterioridad, «lo que por legítima estricta le corresponda», mientras que instituyó a su hijo «como único y universal heredero de todos sus bienes, derechos, acciones y obligaciones».

<sup>24</sup> BOE núm. 24, de 28 de enero de 2019, pp. 7659-7668.

de 2018<sup>25</sup> y de 19 de diciembre de 2019<sup>26</sup>»<sup>27</sup>, en las que, ante los supuestos planteados, la Dirección General invoca la necesidad de interpretar la voluntad del causante en el testamento, expeliendo así de su discurso argumentativo la acostumbrada aserción de que el problema de los legados de legítima estricta en testamentos inadaptados se constriñe a un puro problema de aplicación de la ley. Así, en lo que hace a la primera de las dos resoluciones citadas, la testadora había legado a dos de sus hijas «lo que por legítima estricta les corresponda», instituyendo como herederos a sus otros dos hijos en tres doceavas partes cada uno y a sus dos nietas en dos doceavas partes cada una. Pese a que la cláusula que contiene el legado de legítima estricta es, como puede apreciarse, sustancialmente idéntica a las disposiciones testamentarias examinadas por la DGRN en las resoluciones previamente expuestas, la Dirección General consideró, en el caso, que la cuestión radicaba en «cómo se interpreta este testamento en el que la testadora después de dejar a sus hijas lo que por legítima les corresponda, a continuación instituye herederas a sus otras dos hijos [sic] y a dos nietas en diez doceavas partes de la herencia». Así, tras invocar el artículo 675 CC, la DGRN destaca que «[l]a sucesión testamentaria se rige por la voluntad soberana del testador y toda actividad interpretativa ha de orientarse a la búsqueda de la voluntad real del causante», concluyendo, ante lo absurdo de la interpretación contraria<sup>28</sup>, que «la voluntad de la testadora fue que en esas dos partes indivisas restantes sucediesen las legatarias de legítima, y por ello no se dispone en el testamento de las mismas» (FD 6.º).

Idéntico cambio de rumbo en el discurso argumentativo se observa en la RDGRN de 19 de diciembre de 2019. En este supuesto, la causante legó a su único hijo «lo que por legítima estricta le corresponda» e instituyó a sus dos nietos como herederos universales, si bien la testadora dejó expresamente indicado que aquella disposición obedecía, no a desmerecimiento alguno del hijo, sino a su situación económica, en consideración de la cual estimaba innecesario dejarle bienes relictos que no habría de precisar. En su nota

<sup>25</sup> BOE núm. 174, de 19 de julio de 2018, pp. 72783-72790.

<sup>26</sup> BOE núm. 63, de 12 de marzo de 2020, pp. 24837-24844.

<sup>27</sup> GALICIA AIZPURUA, 2025 (en prensa). Agradezco al autor su amabilidad al haberme facilitado el acceso a su último trabajo sobre «Legítimas, Derecho transitorio e interpretación testamentaria», que verá la luz este año como parte de la obra colectiva *Sucesión testada. Voluntad del causante e interpretación* (Cizur Menor, 2025), dirigida por las Prof.<sup>as</sup> Marta Carballo Fidalgo y Marta Madriñán Vázquez.

<sup>28</sup> Manifiesta, en este sentido, la DGRN que «[l]a interpretación según la cual la institución hereditaria en diez doceavas partes pretende dejar vacantes –las otras dos doceavas partes– respecto de las cuales se abriría la sucesión intestada, es una interpretación absurda puesto que no es creíble que la voluntad de un testador sea la de abrir su sucesión intestada salvo que así lo exprese claramente» (FD 6.º).

de calificación, la Registradora de la Propiedad entendió, como así había sostenido inicialmente la DGRN, que «[h]abiendo fallecido la causante bajo la nueva Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, en la que se sustituye el concepto de legítima estricta por una global o colectiva, la nueva ley no contempla derecho ninguno en favor del descendiente que no haya sido llamado en cuantía cierta y determinada, siempre que sea heredero otro descendiente que absorba toda la legítima». Sin embargo, pese a que este fue, efectivamente, el criterio inicialmente seguido por el Centro Directivo, mediante esta resolución la Dirección vuelve a considerar, una vez más, que es «necesario analizar la voluntad de la testadora, en la que destaca la cláusula de legado de legítima estricta en la que justifica el llamamiento por causas extrínsecas al testamento basadas en la situación económica del legatario» (FD 4.º). Así pues, partiendo de que la finalidad principal de la interpretación de los actos testamentarios reside en investigar la voluntad real –o al menos la más probable– del testador, la Dirección General estima procedente en el caso que el legado de legítima estricta se mantenga, teniendo en cuenta «el factor extrínseco de la situación económica del hijo, ya que para la testadora parece que fue determinante a la hora de ordenar su sucesión» (FD 5.º); y que, por lo demás, coincide «con el tercio que en la Ley Vasca corresponde al legitimario» (FD 6.º).

En consecuencia, lo que para la Dirección General comienza siendo un puro problema de aplicación de la nueva ley y no de interpretación del testamento, acaba por ser reconducido a este ámbito, en el que el Centro Directivo únicamente resuelve a favor de la conservación de los legados de legítima estricta establecidos cuando así se deriva del tenor literal de las propias disposiciones testamentarias –en un caso, porque el causante lleva a cabo una asignación de cuotas específicas; en el otro, porque se cuida de advertir expresamente que lo dejado al hijo no responde a desmerecimiento alguno–. En cambio, los «mínimos legales» legados a los legitimarios, sin añadidura alguna por parte del testador y en concurrencia con otros descendientes designados herederos universales, se reputan decaídos en contemplación del nuevo sistema legitimario vasco.

El viraje argumentativo definitivo –en nuestra opinión, en el sentido certero, como posteriormente señalaremos– hacia la solución de la cuestión lo encontramos, no en la doctrina de la Dirección General, sino en cierta línea jurisprudencial iniciada por la SAP Gipuzkoa (sección 2.ª) 384/2019, de 13 de mayo<sup>29</sup>, que, al

<sup>29</sup> ECLI: ES: APSS:2019:539.

enfrentarse por primera vez a la cuestión, parte de la que, en nuestro criterio, es la intelección correcta de la disposición transitoria 12.<sup>a</sup> CC. Como señala dicha resolución, de lo previsto expresamente en esta disposición transitoria «se desprende sin género de duda que la herencia del causante se adjudica y reparte conforme a la Ley 5/15, pero respetando las disposiciones testamentarias cuando dicha Ley lo permita, y respetando asimismo legítimas, mejoras y legados acordados en el testamento»; es decir, que «las legítimas acordadas en el testamento otorgado bajo la vigencia de la que fuera ley nacional del testador en el momento de su otorgamiento son válidas y eficaces, sin perjuicio de que deban ajustarse a la ley vigente al tiempo del fallecimiento del testador» (FD 3.<sup>o</sup>)<sup>30</sup>. En este sentido, la Audiencia Provincial considera que, en cuanto a *lex sucessionis*, la LDCV permite cumplir aquellas disposiciones testamentarias en que el causante, de conformidad con el régimen aplicable en el momento de testar, hubiese legado a sus hijos lo que por legítima les corresponda, y ello aunque «la Ley 5/15 no utilice el término “legítima estricta”, pues lo relevante es que se contemple también en ella la existencia de la legítima y su cuantía. El hecho de que la Ley 5/15 permita al testador (...) apartar a uno o varios de sus legitimarios no significa que deban dejarse sin efecto las legítimas acordadas en testamentos anteriores a la entrada en vigor de la Ley, pues tal conclusión contradice abiertamente lo dispuesto en la Disposición Transitoria 12 CC». En consecuencia, el tribunal guipuzcoano termina señalando que no puede «compartir las conclusiones de la Resolución DGRN de 12 de julio de 2017, en las cuales se basa la apelante para sostener su tesis (...), ya que como hemos indicado anteriormente la Ley 5/15 regula también la legítima como cuota o parte de la herencia, al igual que lo hace el derecho común, ni consideramos tampoco que pueda interpretarse a la luz de dicha regulación que la designación en testamento de otro descendiente como heredero suponga que el resto de descendientes no nombrados herederos hayan sido excluidos de la herencia, pues tal interpretación contraviene la regla interpretativa contenida en el artículo 675 CC, a cuyo tenor “Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador”, lo que significa que si el tenor literal del testamento es claro debemos atenernos a él (...). Ciertamente el testador legó a sus hijos la legítima, que es lo mínimo que pudiera corresponderles, pero la Ley 5/15 que rige la sucesión no ha reducido ese mínimo a 0, sino que lo ha fijado en un tercio del caudal hereditario».

<sup>30</sup> La cursiva es nuestra.

En la línea interpretativa recién expuesta se sitúa la SAP Bizkaia (sección 3.<sup>a</sup>) 10/2024, de 11 de enero, recurrida cuando estima que, aunque de la prueba practicada y del propio testamento se deduce que la causante quería favorecer a su hija doña Adela con la adjudicación del inmueble sito en Bergara –incluso por la vía de intentar transmitirle el bien en vida mediante una venta simulada, en perjuicio, por tanto, de los derechos de los restantes legitimarios–, ello no implica, a juicio del tribunal, la «voluntad de desheredación del resto de sus hijos» (FD 3.<sup>o</sup>), lo que conduce a mantener los legados de legítima estricta dispuestos.

Sin embargo, la posición anterior no será unánime entre las Audiencias Provinciales; y así, la SAP Bizkaia (sección 5.<sup>a</sup>) 81/2022, de 22 de marzo<sup>31</sup>, optará por situarse en la senda marcada por la DGRN al considerar que, cuando la testadora deja a su hijo «lo mínimo posible frente a la atribución del resto del caudal hereditario a su hija junto con lo declarado por las testigos lo que evidencian es que ella quería aparta [sic] a su hijo y con ello nada dejarle» (FD 3.<sup>o</sup>); es decir, que la atribución de la legítima estricta, en concurrencia con la designación como heredero universal de otro u otros descendientes, no confiere derecho sucesorio alguno por aplicación del nuevo sistema legitimario contenido en la *lex successionis*.

### 1.3 Doctrina casacional fijada por el TSJPV

En este escenario de criterios dispares, la STSJPV 4/2024, de 10 de junio, ha fijado doctrina casacional al respecto de la solución que debe darse al conflicto planteado, y lo ha hecho siguiendo aquella interpretación inicial que ya sostuvieran las RRDGRN de 12 de julio de 2017 y de 20 de diciembre de 2018, entendiendo que, «como bien planteaba la Dirección General de los Registros y del Notariado, nos encontramos ante una cuestión de legalidad, no de interpretación del testamento; la cuestión es si existe en el Derecho Civil Vasco la legítima estricta y qué contenido tiene o, si, por el contrario, el legado hecho a D.<sup>a</sup> Alejandra y D.<sup>a</sup> Casilda está vacío de contenido, y, por tanto, nada tienen derecho a recibir de la herencia de su madre».

Así, según el Alto Tribunal vasco, para un conflicto intertemporal como el que aquí acaece, la disposición transitoria 12.<sup>a</sup> CC, y también el artículo 9.8 del mismo cuerpo legal, «nos remiten a las legítimas de la nueva ley» –la LDCV–, siendo así que, en el momen-

<sup>31</sup> ECLI: ES: APBI:2022:718.

to de fallecer la causante, dicha ley aplicable a su sucesión «carecía del concepto de legítima estricta, es más, carecía del concepto legal de legítima individual o de los hijos, siendo el grupo de los legitimarios el de los descendientes en general». En consecuencia, dilucidada así la normativa transitoria pertinente al caso, y reducida la cuestión a una pura aplicación literal de la *lex successionis*, el TSJPV termina por concluir que «no existiendo una legítima estricta en la ley que rige la sucesión (...) y habiéndose instituido heredera a una descendiente, el legado a las restantes decae», debiendo considerarse a estas legitimarias tácitamente apartadas (cfr. FD III.4.c).

No obstante, pese a quedar así resuelta la cuestión, el TSJPV pasa a referirse también a la relativa a la interpretación del testamento *sub litis*, dada la defensa articulada por la parte recurrida, que opone que el deseo de la testadora era que los descendientes beneficiados con los legados de legítima estricta los recibiesen cada uno en su porción correspondiente, como así se desprende de la literalidad del testamento, respecto al que destaca que «[a]demás, no se instituye una heredera universal y luego se establecen unos legados, sino que la redacción es la inversa, se establecen los legados y en el remanente se instituye heredera» (FD III.2). Ante esta alegación, la Sala de lo Civil invoca, como circunstancia relevante para interpretar la voluntad de la testadora en el caso, que esta llevó a cabo una venta simulada del inmueble sito en Bergara –que constituía muy notoriamente el principal bien de su peculio– a favor de la hija designada heredera, lo que lleva al Tribunal a colegir que «es más razonable pensar que la voluntad de D.<sup>a</sup> Elvira era que sus hijos instituidos legatarios no recibiesen nada, estando dispuesta incluso a vaciar ilegalmente los mínimos derechos legales que les atribuía en testamento». Frente a esta conclusión, no cabría acoger el alegato de que si la real voluntad de la testadora hubiese sido esa podría haberles desheredado, «porque la notoria realidad es que sólo cabe desheredar bajo el Código Civil en los limitados supuestos regulados en los artículos 852 y siguientes del mismo, y que se trata de motivos que han venido siendo interpretados por el Tribunal Supremo de manera restrictiva». Por consiguiente, el TSJPV concluye que «la voluntad de la testadora era apartar a la mayoría de sus hijos, si ello hubiese sido posible, o, al menos, que esta conclusión es mucho más razonable que la contraria: les dejó lo menos que la ley le permitía y, además, intentó vaciar de contenido económico su herencia para que no recibiesen ni ese mínimo» (FD III.4.d).

Así pues, en consideración de la doble argumentación desplegada en el caso, la Sala de lo Civil fija como doctrina jurisprudencial la siguiente: «*Debe entenderse apartado de las sucesiones*

*sometidas al Derecho Civil Vasco al descendiente instituido legatario en la porción de legítima estricta en testamento otorgado conforme al Código Civil cuando concurra con otro u otros descendientes instituidos herederos o legatarios».*

#### 1.4 Valoración

La anterior doctrina establecida por el TSJPV no parte de la que, en nuestra opinión, es la intelección correcta de las disposiciones transitorias 2.<sup>a</sup> y 12.<sup>a</sup> CC, cuyo sentido queda bien delimitado, según creemos, en la SAP Gipuzkoa (sección 2.<sup>a</sup>) 384/2019, de 13 de mayo, previamente referenciada.

Según la sentencia que aquí se comenta, una interpretación integrada de las disposiciones transitorias 2.<sup>a</sup> y 12.<sup>a</sup> CC, a las que expresamente remite la disposición transitoria 1.<sup>a</sup> LDCV, conduce a la conclusión de que las atribuciones realizadas en el testamento serán válidas «siempre que respete[n] el sistema de legítimas de la *lex sucessionis* en su totalidad», lo que para el TSJPV significa tanto como que «la legítima que corresponde a las demandantes en origen, hoy recurridas en casación, debe *determinarse conforme a la LDCV*» (FD III.3.c)<sup>32</sup>. Y, habida cuenta que en esta ley no existe legítima estricta alguna, y que la legítima colectiva que en ella se prevé queda colmada mediante la designación como heredero de alguno de los descendientes, los legados realizados en aquel concepto decaen por carecer de contenido conforme a la *lex sucessionis*, es decir: «una cuestión de legalidad, no de interpretación del testamento» (FD III.4.c).

Bajo nuestra perspectiva, la interpretación anterior dista con mucho de lo que verdaderamente quieren ordenar las disposiciones transitorias 2.<sup>a</sup> y 12.<sup>a</sup> CC, cuyo más exacto contenido normativo se desprende con nitidez, en nuestra opinión, de su propio tenor literal. Así, según establece la primera de aquellas disposiciones, los instrumentos testamentarios otorgados conforme al régimen normativo anterior conservan su validez y *surten todos los efectos que debiesen desplegar según dicha legislación anterior*<sup>33</sup>. Por tanto, como

<sup>32</sup> Cursiva añadida.

<sup>33</sup> «Los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas. En su consecuencia serán válidos los testamentos (...) que se hubiesen otorgado o escrito antes de regir el Código, y producirán su efecto (...) cualesquiera otros actos permitidos por la legislación precedente; pero la revocación o modificación de estos actos o de cualquiera de las cláusulas contenidas en ellos no podrá verificarse, después de regir el Código, sino testando con arreglo al mismo» (disp. trans. 2.<sup>a</sup> CC).

complementa la disposición transitoria 12.<sup>a</sup> CC, tales disposiciones deben *respetarse y cumplirse siempre con arreglo a lo previsto en dicha normativa* en todo lo que la nueva *lex sucessionis* permita; esto es, las atribuciones testamentarias deben ser siempre conservadas en tanto no conculquen las imposiciones imperativas mínimas que, en sede de sucesión forzosa, imponga la nueva ley aplicable a la sucesión: «*La herencia de los fallecidos después, sea o no con testamento, se adjudicará y repartirá con arreglo al Código [a la LDCV]; pero cumpliendo, en cuanto éste lo permita, las disposiciones testamentarias. Se respetarán, por lo tanto, las legítimas (...) pero reduciendo su cuantía, si de otro modo no se pudiera dar a cada partícipe en la herencia lo que le corresponda según el Código*».

La lectura integrada de ambas normas parece clara: los legados de legítima estricta efectuados en testamento otorgado conforme al Código Civil, cuando el testador fallezca con posterioridad a la entrada en vigor de la LDCV, continúan siendo válidos y eficaces, y deben ser interpretados e integrados conforme a la legislación aplicable en el momento de otorgar el testamento, siempre y cuando no se vulneren los derechos que, de acuerdo con la nueva *lex sucessionis*, correspondan imperativamente a los legitimarios. En caso contrario –esto es, de darse esta vulneración– aquellas atribuciones testamentarias serán reducidas cuantitativamente, o alteradas de otro modo en su contenido, a fin de observar convenientemente los derechos sucesorios forzosos impuestos en la ley que gobierna la sucesión. Por consiguiente, conforme a la disposición transitoria 12.<sup>a</sup> CC, en un conflicto intertemporal como el planteado, al no producirse la conculcación señalada, no habrá de procederse a la reducción o alteración de los legados de legítima estricta ordenados en el testamento, ni mucho menos a su inmediata supresión por su inexistencia en la nueva *lex sucessionis*, sino que tales disposiciones deberán ser interpretadas e integradas conforme a lo previsto en la legislación aplicable en el momento de otorgar el testamento.

Como explica nuestra doctrina especializada, la solución se alinea plenamente con el principio general de conservación de los negocios testamentarios, que está muy presente en el régimen transitorio diseñado por el Código: «lo que establece la disposición transitoria 12.<sup>a</sup> CC es que las atribuciones testamentarias hechas por el causante conforme al régimen anterior han de, con base en el principio del *favor testamenti* y de la irrepetibilidad de la declaración testamentaria, respetarse y preservarse, de modo que *solo pueden ser reducidas o alteradas en la medida que resulte estrictamente necesaria a fin de procurar satisfacción a los derechos legitimarios contemplados por la nueva norma*; y es que, lógicamente, al no

hallarse recogidos en la regla sucesoria que el testador tuvo en mente al momento del otorgamiento, bien puede acaecer que su negocio *mortis causa* no contenga, al instante en que ha de desplegar su eficacia, atribuciones suficientes como para colmarlos. En definitiva, el principio del *favor testamenti* y el de conservación de los negocios jurídicos (*vid.* disp. trans. 2.<sup>a</sup> CC) llevan a respetar el título sucesorio anterior a la reforma, el cual debe interpretarse e integrarse *conforme a la legislación vigente al tiempo del otorgamiento* siempre que de esta guisa no se conculquen las normas imperativas contenidas en la LDCV, entre las que han de incluirse las relativas a la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la “nueva” legítima vasca: así, por ejemplo, al objeto de ponderar la eventual inoficiosidad de las atribuciones hechas tanto en favor de extraños (pues, para ello, habrá que atender a la medida de los dos tercios libremente disponibles) como de legitimarios (de imposible apreciación en el ordenamiento vigente aplicable a la sucesión, al haberse pasado a un sistema de legítima colectiva en el que no hay porciones individuales preestablecidas para cada uno de ellos)<sup>34</sup>.

Ahora bien, habida cuenta que la voluntad del causante es ley de la sucesión, y que las lagunas testamentarias pueden integrarse mediante la reconstrucción de su (virtual) voluntad al instante de otorgar el testamento –a fin de que las circunstancias no previstas no trunquen su intención o propósito último buscado–, cabría plantearse si, en el momento de emitir aquella declaración de voluntad, habría querido que los beneficiarios percibieran la legítima estricta dispuesta a su favor no obstante el cambio normativo acaecido sobrevenidamente en materia de sucesión forzosa.

Es claro que el artículo 675 CC ordena indagar la voluntad real de cada testador individualmente considerado, por lo que no sería «correcto aseverar a falta de cualesquiera otros datos, siquiera obtenidos mediante el recurso a la prueba extrínseca, que no pudo haber más razón para el otorgamiento de un legado de legítima estricta que la imposibilidad de desheredar o excluir absolutamente de la sucesión al descendiente en cuestión (...). Pues, en efecto, *son imaginables en este respecto tantos motivos diferentes como testadores existen*». Por consiguiente, dado que lo que se pretende por medio de la interpretación integradora es dar satisfacción a la intención real (bien que *hipotética*) de cada concreto causante en el instante del otorgamiento del testamento, solo en caso de que, tras la aplicación de los cánones hermenéuticos pertinentes –así, de su propia letra o, en su defecto, del recurso a la prueba extrínseca: cfr. art. 675 CC–, se derive con claridad que aquella voluntad era la de

<sup>34</sup> GALICIA AIZPURUA, 2025, en prensa (toda la cursiva pertenece al autor).

excluir a los legitimarios a los que obligatoriamente tuvo que dejar la legítima estricta, podrá llegar a reputarse ineficaz una disposición testamentaria con tal contenido. En caso contrario, la atribución efectuada deberá ser preservada, en aplicación del principio del *favor testamenti* (arg. ex disp. trans. 12.<sup>a</sup> CC)<sup>35</sup>.

En definitiva, en consideración de todo lo argumentado, no parece acertada la genérica aseveración, sentada como doctrina casacional, según la cual, en todo caso «[d]ebe entenderse apartado de las sucesiones sometidas al Derecho Civil Vasco al descendiente instituido legatario en la porción de legítima estricta en testamento otorgado conforme al Código Civil cuando concorra con otro u otros descendientes instituidos herederos o legatarios». Y es que, muy al contrario, con base en el principio del *favor testamenti* (cfr. disp. trans. 12.<sup>a</sup> CC), dicha atribución deberá conservar su eficacia y no verse, por el contrario, reducida o suprimida, salvo que de alguna forma conculque los derechos legitimarios contenidos en la LDCV, o que se concluya, en cada singular y específico caso y por medio del oportuno ejercicio de integración, que la voluntad de dicho particular otorgante era la de, caso de haberle sido posible, excluir al legitimario.

## 2. SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGÍTIMA VASCA DE DESCENDIENTES

Existe aún una segunda cuestión por la que se le interroga al Alto Tribunal vasco, que tiene que ver, concretamente, con la exacta naturaleza jurídica que, conforme a la LDCV, deba atribuirse a la nueva legítima vasca de descendientes, con las consecuencias que ello provocará sobre la preceptiva intervención o no de los legitimarios en las operaciones particionales.

Recuérdese, a este respecto, que la recurrente en casación –inicial demandada– defendía la caracterización de la legítima vasca como del tipo *pars valoris* (ex art. 48.1 LDCV), por lo que sostenía que, aun en el supuesto de que los legados de legítima estricta dispuestos en el testamento hubiesen de ser mantenidos, la instituida heredera podía ejecutar los actos particionales sin la necesaria participación de tales legitimarios.

En la sentencia que se comenta, el TSJPV entra por primera vez a resolver esta esencial cuestión, que, desde que entrara en vigor la Ley 15/2015, ha sido objeto de profunda controversia doctrinal debi-

<sup>35</sup> GALICIA AIZPURUA, 2025, en prensa (la cursiva es del autor).

do a la oscuridad de la nueva norma a ese respecto. Y es que, según lo dispuesto en el artículo 48.1 LDCV, la legítima se conceptúa como «una cuota sobre la herencia, que se calcula por su valor económico, y que el causante puede atribuir a sus legitimarios a título de herencia, legado, donación o de otro modo»; ambiguo tenor literal el de este precepto, bajo cuyo seno sería posible subsumir, como de forma muy temprana puso de manifiesto nuestra doctrina, un abanico de potenciales soluciones en cuanto a su caracterización jurídica<sup>36</sup>. La imprecisión de su letra es tan manifiesta, que incluso es posible advertir en su propio seno una primera disonancia entre la proposición que le da apertura, que comienza sugiriendo la posible configuración de la legítima como una *pars hereditatis* («La legítima es una cuota sobre la herencia...») –lo que vendría ratificado, además, por el hecho de que la expresión «heredero forzoso» suela ser empleada como sinónima de «legitimario» (cfr. arts. 20, 48.4 y 51.3 LDCV), así como por que se establezca su *quantum* en un tercio del «caudal hereditario» (art. 49 LDCV)–, para descartar *in fine* esta primera opción, al aclarar que puede ser atribuida «a título de herencia, legado, donación o de otro modo»<sup>37</sup>. Excluida así, en primer término, esta inicial alternativa<sup>38</sup>, aún quedaría por dilucidar si, como puede llegar a inferirse del oscuro texto de la disposición, aquella se configura como una *pars valoris* –es decir, como un simple derecho de crédito susceptible de ser abonado en dinero extrahereditario–; o si representa, como tradicionalmente lo ha hecho en el Código Civil y en la LDCF (cfr. art. 55.1), una *pars bonorum* –caso en que el legitimario tendría derecho a recibirla en bienes de la herencia a través de cualquier título–; o si acaso podría entenderse que se sitúa como una *pars valoris bonorum*, de suerte que el legitimario contaría con un derecho de crédito cuyo pago quedaría garantizado mediante la afección real de los bienes relictos.

A favor de aquella primera opción se posicionó una parte de la doctrina científica que, en lo esencial, vino a considerar que del tenor literal del artículo 48.1 LDCV habría que concluir, sin mayores ambages, que la legítima vasca de descendientes se concibe como un mero derecho de crédito. En este sentido, se ha destacado que el precepto en consideración define la legítima como «una

<sup>36</sup> Vid., al respecto, GALICIA AIZPURUA, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, 2016, pp. 90-93; y, más recientemente, GALICIA AIZPURUA, 2023b, pp. 384-386 y 2025 (en prensa).

<sup>37</sup> GALICIA AIZPURUA, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, 2016, p. 90.

<sup>38</sup> Como es sabido, la legítima se concibe como una *pars hereditatis* cuando el legitimario tiene derecho a percibirla en bienes de la herencia, mas no por cualquier título, sino necesariamente a título de heredero, por lo que es bien claro que la previsión final del artículo 48.1 LDCV descarta dicha naturaleza, como bien se afirma, entre otras, en la RDGSJFP de 25 de julio de 2023, FD 3.º (BOE núm. 231, de 27 de septiembre de 2023, pp. 130457-130468).

cuota *sobre (no de)* la herencia, que se calcula por su valor económico»<sup>39</sup>, y que cuando la ley emplea dicha expresión «está claramente queriendo decir (...) que se trata de una cuota ideal de carácter económico que se calcula aplicando la proporción de un tercio del caudal relicto (a que se refiere el artículo 49) al valor económico (activo menos pasivo) de la herencia»<sup>40</sup>.

Es cierto que la anfibológica letra del artículo 48.1 LDCV puede dar cabida a la solución apuntada, aunque sea por la razón de tratar de dotar a las palabras del legislador del máximo contenido normativo. Así sucede, como agudamente se ha apuntado, cuando se observa que dicha disposición describe la legítima como una cuota sobre la herencia que «*se calcula por su valor económico*», pues «va de suyo que toda porción legitimaria (y no solo la vasca) tiene un carácter “evaluable” en tanto que constituye un *quantum* patrimonial reservado en beneficio de determinados parientes del causante. Y como es de suponer que el legislador vasco no ha podido querer decir una obviedad (aunque así lo haga literalmente), algún significado singular habrá que adjudicar a aquella frase. Pues bien, dicho significado específico o singular, atendido el contexto en que se inserta, no podría ser otro que (...) el de reducir la consistencia de la legítima a la propia de un derecho de crédito abonable en metálico extrahereditario». Idea esta última que, además, podría venir respaldada por el inciso final del propio precepto, cuyo carácter abierto –al causante le es dado atribuir la legítima «*a título de herencia, legado, donación o de otro modo*»– sugeriría que, en efecto, queda admitido el pago mediante dinero extraherencial<sup>41</sup>.

Ahora bien, como añade de corrido el último autor citado, no existen datos normativos externos al impreciso artículo 48 LDCV que contribuyan a respaldar la teoría recién indicada, siendo, por el contrario, poderosas las razones que abonan la idea opuesta. Acontece así, en particular, que la ley vasca en ningún lugar ha recogido, como oportunamente han hecho otros ordenamientos con una perfecta caracterización de su legítima como del tipo *pars valoris*, la responsabilidad personal del heredero respecto al pago de la legítima (cfr., v.gr., art. 451-15.1 del Código Civil de Cataluña). Ni tampoco llega aquella ley a referirse al legitimario, en ni una sola oca-

<sup>39</sup> OÑATE CUADROS, *Egiunea. Revista del Colegio Notarial del País Vasco*, 2020, p. 15.

<sup>40</sup> REVILLA FERNÁNDEZ, *Egiunea. Revista del Colegio Notarial del País Vasco*, 2023, p. 68. En idéntico orden de planteamientos, vid. URRUTIA BADIOLA, *RJNot*, 2023, p. 356 y LLEDÓ YAGÜE, 2020, p. 464.

<sup>41</sup> GALICIA AIZPURUA, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, 2016, p. 91. No obstante, el mismo autor advierte de la fragilidad del último argumento apuntado al evidenciar que la expresión «*o de otro modo*» bien puede estar haciendo referencia a una realidad diversa al metálico extrahereditario, y así, por ejemplo, a lo que perciba el legitimario por medio de sucesión legal o abintestato.

sión, como «acreedor del heredero», a quien además no se le niega la titularidad de una acción real para reclamar su legítima (*vid. v.gr.*, en sentido inverso, el artículo 249.1 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia)<sup>42</sup>.

A todo lo anterior cabría añadir, además, que, de haber pretendido el legislador vasco transmutar hacia un sistema en el que las legítimas de descendientes representasen puros y desnudos derechos de crédito, la novedad habría exigido por su parte, en buena técnica, algún comentario o explicación mínima en la Exposición de Motivos de la nueva norma, lo que, como bien puede apreciarse, no ha sucedido. En particular, en el apartado IV de la Exposición, que es el único en el que el legislador autonómico se preocupa de justificar las novedades más importantes acometidas en el sistema legitimario vasco, se destaca exclusivamente que *«[e]l texto quiere establecer una legítima única de un tercio del patrimonio, para todo el País Vasco. Se estima que esta decisión es muy importante y contribuye mejor que cualquier otra a dar unidad al Derecho vasco y a aproximarlo a otras legislaciones europeas. / La única salvedad es la que, una vez más, opera en el valle de Ayala, a fin de respetar su libertad absoluta de testar al otorgar testamento»*. Ninguna referencia realiza el legislador vasco, por tanto, a la configuración jurídica de la nueva legítima de descendientes, apuntando con su silencio a que no ha existido intervención reseñable al respecto.

Así pues, el conjunto de los argumentos expuestos conduciría, en principio, dada la absoluta ambigüedad en dicho sentido del artículo 48 LDCV, a negar la alteración de la naturaleza de la legítima con respecto a la existente en los textos anteriores, de suerte que la nueva legítima vasca de descendientes presentaría también, tras la entrada en vigor de la nueva norma, la caracterización clásica de una *pars bonorum*. Sin embargo, concurre en la LDCV un argumento adicional de calado que puede conducir a modificar la anterior conclusión, y que tiene que ver con el principio de libertad civil consagrado en su artículo 4. Conforme a este principio, que constituye una piedra angular del Derecho civil vasco<sup>43</sup>, *«las leyes se presumen dispositivas y la renuncia a los derechos de ellas derivados será válida en tanto no contrarién el interés o el orden público ni perjudique a tercero»*, lo que se traduce, entre otras consideraciones, en que, aun siendo imperativa la norma, en su proceso interpretativo se ha de adoptar aquella intelección que la haga menos restrictiva para el particular, y que, en lo que ahora interesa, bien podría justificar la lectura del artículo 48 LDCV en un sentido

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 92.

<sup>43</sup> *Vid.* GIL RODRÍGUEZ, 2023c, p. 59.

favorable a la *pars valoris*<sup>44</sup>. Con todo, confluyen aún en la Ley 15/2015 trascendentes datos normativos que mueven a reconocer que, incluso en ese caso, la legítima no constituiría un simple derecho crédito ayuno de cualquier garantía, sino que su abono se hallaría asegurado mediante la afección real de los bienes de la herencia. Y es que difícilmente puede inferirse otra conclusión cuando se observa, como bien se ha hecho notar, que, «de un lado, el artículo 43.5 LDCV (...), en sede de fiducia, exige la autorización de los legitimarios para que el comisario que sea a la vez representante y administrador del caudal pueda disponer a título oneroso de los bienes relictos que allí se enumeran (inmuebles, empresas y explotaciones económicas, valores mobiliarios u objetos preciosos) y [que], de otro, el artículo 53.2 LDCV (...) establece, para las hipótesis de conmutación de un derecho legitimario “menor” como es el usufructo correspondiente al viudo o pareja superviviente, que, mientras no se realice el pago de su parte, “*estarán afectos [al mismo] todos los bienes de la herencia*” (cfr. art. 839 CC). Pues, entonces, ¿cómo no iban a estarlo también en los supuestos de conversión a metálico de la parte reservada en plena propiedad a los descendientes?»<sup>45</sup>.

En vista de todo lo expuesto, creo que debe coincidirse, con Galicia Aizpurua, en que la nueva legítima vasca de descendientes podría ser considerada, a lo sumo, como una *pars valoris bonorum*, pero no como una simple *pars valoris*<sup>46</sup>. En esta misma dirección han venido a situarse igualmente las RDGRN de 4 de julio de 2019<sup>47</sup> y RRDGSJFP de 2 de julio de 2020<sup>48</sup>, de 29 de julio de 2022<sup>49</sup> y de 25 de julio de 2023, que, a los argumentos recién esgrimidos, vinieron a añadir, entre otros, el siguiente: si la naturaleza de la legítima vasca fuese la de un mero derecho de crédito, el artículo 51.2 LDCV no establecería para el caso de preterición de todos los herederos forzosos, como así hace, la nulidad de las disposiciones sucesorias de contenido patrimonial, sino la rescisión propia de una lesión de este tipo (*vid.* RDGRN de 4 de julio de 2019, FD 8.º). Así pues, por esta razón y otras como las previamente expresadas, el Centro Directivo ha venido entendiendo de manera reiterada, en ausencia de doctrina jurisprudencial sobre la cuestión, que la naturaleza que mejor corresponde a la legítima vasca es la propia de una *pars valoris bonorum*.

<sup>44</sup> GALICIA AIZPURUA, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, 2016, p. 92.

<sup>45</sup> GALICIA AIZPURUA, 2025 (en prensa).

<sup>46</sup> GALICIA AIZPURUA, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, 2016, p. 93; 2023b, p. 386; 2024, pp. 35-36; y 2025 (en prensa).

<sup>47</sup> BOE núm. 179, de 27 de julio de 2019, pp. 81846-81866.

<sup>48</sup> BOE núm. 211, de 5 de agosto de 2020, pp. 64004-64025.

<sup>49</sup> BOE núm. 190, de 9 de agosto de 2022, pp. 116648-116658.

Sin embargo, a pesar de todo lo argumentado, en su fijación de doctrina sobre la cuestión, el TSJPV se ha alejado de la anterior tesis para sostener que «[l]a legítima de los descendientes, a salvo de los derechos que pudieran derivarse de la troncalidad, es de naturaleza *pars valoris*, de suerte que su derecho se configura como un crédito»; y, en consecuencia, ha establecido que «[e]l heredero, aunque no sea legitimario podrá otorgar por sí solo todos los actos particionales, sin que sea necesaria la concurrencia de los legitimarios, siempre que se respeten los derechos derivados de la troncalidad<sup>50</sup> y los que correspondan al cónyuge viudo» (FD IV.4).

Para el Tribunal, la alternativa de que la legítima vasca se configure como una *pars bonorum* quedaría descartada por el propio tenor literal del artículo 48.1 LDCV, en el que la consignación de la legítima como «cuota (...) que se calcula por su valor económico» le llevaría a entender, en coincidencia con uno de los argumentos ya expuestos *ut supra*, que «el legislador, más allá de la mejor o peor técnica, algún significado quería dar a aquella frase, y no puede ser otro que *el de reducir la consistencia de la legítima a la propia de un derecho de crédito abonable en metálico extrahereditario*»; sobre todo si se contrasta con la redacción del precedente artículo 55.1 LDCF («La legítima de los descendientes se halla constituida por los cuatro quintos de la totalidad de los bienes del testador»), que «claramente se decantó por el principio *pars bonorum*», y del cual el legislador vasco ha optado por separarse de manera sustancial (*vid.* FD IV.3.c).

Mas, una vez descartada aquella naturaleza, y tras invocar el principio de libertad civil para sostener que «las limitaciones a las facultades del testador deben derivar directamente de la ley, no de su interpretación», el TSJPV rechaza a continuación la configuración de la legítima como una *pars valoris bonorum*, argumentando, en particular, que «las limitaciones establecidas en el artículo 43.5 LDCV para las transmisiones onerosas por parte del comisario de determinados bienes –no todos– *parecen más de control patrimonial constante fiducia que relacionadas con los derechos sucesorios*, en tanto el comisario puede en todo caso realizar las atribuciones a título gratuito que quiera, sin el concurso de ninguno de los legitimarios. *Parece forzado extraer de ese dato una afección de*

<sup>50</sup> Conforme explica el TSJPV, la especial vinculación de los bienes troncales conlleva que los parientes tronqueros deban asistir al otorgamiento de los documentos particionales que les afecten; no obstante, se guarda de exceptuar de esta obligación de comparecencia de los parientes tronqueros en «el supuesto en que el heredero sea a su vez pariente tronquero respecto de los bienes de la herencia, en tanto no se perjudicarían los derechos de otros» (FD IV.3.d).

*los bienes de la herencia pendiente de ejercicio al pago de las cuotas legitimarias de unos indeterminados herederos, cuando no sabemos si finalmente va a haber herencia o legitimarios con derecho a recibirla, en tanto estos pueden fallecer y aquella se puede perjudicar. Y cuando el comisario puede, en cualquier momento, y sin el concurso de nadie, dar todo a quien quiera, siempre dentro de los parámetros impuestos por el instituyente» (FD IV.3.c)<sup>51</sup>.*

La anterior consideración puede ser contestada desde diversos ángulos<sup>52</sup>. De un lado, si la única finalidad del artículo 43.5 LDCV fuese, como señala el Tribunal, la de erigirse como un control patrimonial constante fiduciar, en tal caso la ley no lo habría restringido particularmente a la hipótesis de concurrencia de legitimarios, sino que lo habría extendido a cualesquiera de los potenciales sucesores entre los que el comisario deba ejercitar el poder. De otro lado, habida cuenta que este último tiene por misión principal, precisamente, la de designar a los sucesores del comitente, es del todo lógico que pueda efectuar atribuciones a título gratuito. Además, y esto parece esencial, debe repararse en que «la defensa de los derechos de los “herederos forzosos” (se hace hincapié en el modo de expresión del legislador vasco) vendrá dispensada en tal caso, de resultar necesario, a través del ejercicio de las correspondientes acciones de protección cuantitativa de la legítima. En esta dirección, no estará de más reiterar que la LDCV no articula un régimen *ad hoc* para tales acciones, lo que condena a la aplicación supletoria de los artículos 636, 654 a 656, 815, 817 y 820 a 822 CC a fin de colmar la laguna; y es de suponer que, *si el legislador vasco confió la defensa cuantitativa de la legítima vasca a la disciplina del Código, fue porque no apreció la existencia de contradicción alguna ni diferencias insalvables entre los principios inspiradores del sistema de sucesión forzosa de este último y los propios del sistema legitimario vasco (vid. art. 3.2 LDCV), singularmente en lo atinente a su naturaleza*»<sup>53</sup>.

En fin, como se deriva de todo lo explicado, eran numerosas las razones por las que, como ya apuntaran y justificaran abundantemente tanto un sector de nuestra doctrina científica como la DGRN/DGSJFP, la nueva legítima vasca de descendientes debía haber sido considerada como una *pars bonorum*, o, a lo sumo, como una *pars valoris bonorum*. Sin embargo, en su novedosa y reciente doctrina, el TSJPV se ha decantado, de entre todas las alternativas posibles, por la menos plausible; esto es, por mantener su caracterización como una *pars valoris*, con la consiguiente posibilidad de los here-

<sup>51</sup> La cursiva es añadida.

<sup>52</sup> *Vid.*, para los argumentos que siguen, GALICIA AIZPURUA, 2025 (en prensa).

<sup>53</sup> *Ibid.* (toda la cursiva es añadida).

deros de otorgar todos los actos particionales sin la necesaria concurrencia de los legitimarios, aunque aquellos no ostenten esta condición, siempre que no existan bienes sujetos a troncalidad y se respeten los derechos del cónyuge viudo o pareja supérstite.

## BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ RUBIO, Juan José: «Una renovada dimensión de los conflictos internos: la Ley 5/2015 de Derecho civil vasco y la interacción entre bloques normativos», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2, 2016, pp. 23-49.
- ARAKISTAIN ARRIOLA, Maitena: *La posición sucesoria del supérstite en el Derecho inglés, en el sistema del Código Civil y en el Derecho civil vasco*, Madrid, 2023.
- ATXUTEGI GUTIÉRREZ, Jon: *Apartamiento y desheredación en el Derecho civil vasco*, Barcelona, 2022.
- CASTELLANOS CÁMARA, Sandra: «Reflexiones sobre el régimen transitorio de la Ley 5/2015 de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco», *JADO: Boletín de la Academia Vasca de Derecho - Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, 28, 2017, pp. 235-288.
- COLINA GAREA, Rafael: «Comentario a las Disposiciones Transitorias del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, t. IX, Valencia, 2013, pp. 13393-13479.
- GALICIA AIZPURUA, Gorka y CASTELLANOS CÁMARA, Sandra: «Últimas reformas y propuestas de reforma en Derecho de sucesiones», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 3, 2018, pp. 27-69.
- GALICIA AIZPURUA, Gorka: «Ámbito de aplicación del Derecho Civil Vasco», en *Manual de Derecho Civil Vasco*, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 2023a, pp. 71-86.
- «La nueva legítima vasca (Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco)», *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, 2016, pp. 77-124.
- «Legítimas, derecho transitorio e interpretación testamentaria», en *Sucesión testada. Voluntad del causante e interpretación*, Cizur Menor, 2025 (en prensa).
- «Limitaciones a la libertad de disposición por causa de muerte. Régimen legitimario en general. Especialidades en Bizkaia», en *Manual de Derecho Civil Vasco*, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 2023b, pp. 381-406.
- «Naturaleza jurídica de la legítima vasca de descendientes: comentario a la RDGSJyFP 20143/2023, de 25 de julio (JUR 2023, 362562)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 125, 2024, pp. 31-42.
- «Notas a la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 4, 2016, pp. 303-320.
- «Preterición de legitimarios y derecho transitorio. Comentario a la Sentencia del TSJ País Vasco de 17 de noviembre de 2022», *Revista Boliviana de Derecho*, 36, 2023, pp. 390-405.
- GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: «Del Derecho Foral al Derecho Civil Vasco», en *Manual de Derecho Civil Vasco*, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 2023a, pp. 27-47.
- «Derecho Civil Vasco en clave autonómica», en *Estudios de Derecho Privado: Homenaje al profesor Gabriel García Cantero*, Bogotá, 2021, pp. 115-142.

- «Nota preliminar», en *Manual de Derecho Civil Vasco*, 2.ª ed., Barcelona, 2023b, pp. 17-20.
- «Sistema de Fuentes Derecho Civil Vasco», en *Manual de Derecho Civil Vasco*, 2.ª ed., Barcelona, 2023c, pp. 49-69.
- IRIARTE ÁNGEL, Francisco de Borja: «La actualización del Derecho Civil Vasco en el año 2015: una visión desde la práctica», *Iura Vasconiae*, 13, 2016, pp. 323-340.
- LLEDÓ YAGÜE, Francisco: «Comentario al artículo 48 LDCV», en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco*, Madrid, 2020, pp. 457-474.
- MAGALLÓN ELÓSEGUI, Nerea: «La vecindad civil y los conflictos inter temporales en la Ley de Derecho Civil Vasco», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2, 2019, pp. 253-269.
- OÑATE CUADROS, Francisco Javier: «Abran paso a la libertad civil (II)», *Egiunea. Revista del Colegio Notarial del País Vasco*, 7, 2020, pp. 11-17.
- OSÉS ABANDO, Josu: «El “nuevo” Derecho Civil Vasco: presente y futuro», *Iura Vasconiae*, 13, 2016, pp. 505-519.
- REVILLA FERNÁNDEZ, Iñigo Guillermo: «Sobre el carácter de la actual legítima vasca como una *pars valoris*», *Egiunea. Revista del Colegio Notarial del País Vasco*, 17, 2023, pp. 66-68.
- TORRES LANA, José Ángel: «Las fuentes del derecho civil vasco», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, 17, 2020, pp. 102-124.
- URRUTIA BADIOLA, Andrés: «Legítima sucesoria y donación: su relación en el Derecho civil vasco», *RJNot*, 117, 2023, pp. 347-410.
- «Prólogo», en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco*, Madrid, 2020, pp. 37-40.

## LISTADO DE RESOLUCIONES

### TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO

- STSJPV (Sala de lo Civil y Penal) 4/2024, de 10 de junio (ECLI: ES:TSJJPV:2024:1186). Ponente: D. Francisco de Borja Iriarte Ángel.
- STSJPV (Sala de lo Civil y Penal) 18/2022, de 17 de noviembre (ECLI: ES:TSJJPV:2022:2805). Ponente: D. Manuel Ayo Fernández.
- STSJPV (Sala de lo Civil y Penal) 10/2022, de 23 de junio (ECLI: ES:TSJJPV:2022:1217). Ponente: D. Ignacio José Subijana Zunzunegui.
- STSJPV (Sala de lo Civil y Penal) 7/2018, de 20 de julio (ECLI: ES:TSJJPV:2018:2296). Ponente: D. Francisco de Borja Iriarte Ángel.

### AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP Bizkaia (sección 3.ª) 10/2024, de 11 de enero (ECLI: ES:APBI:2024:23). Ponente: D.ª Ana Isabel Gutiérrez Gegundez.

- SAP Bizkaia (sección 5.ª) 81/2022, de 22 de marzo (ECLI: ES: APBI:2022:718). Ponente: Leonor Ángeles Cuenca García.
- SAP Gipuzkoa (sección 2.ª) 384/2019, de 13 de mayo (ECLI: ES: APSS:2019:539). Ponente: Beatriz Hilinger Cuellar.

## DGRN / DGSJFP

- RDGSJFP de 25 de julio de 2023 (BOE núm. 231, de 27 de septiembre de 2023, pp. 130457-130468).
- RDGSJFP de 29 de julio de 2022 (BOE núm. 190, de 9 de agosto de 2022, pp. 116648-116658).
- RDGSJFP de 2 de julio de 2020 (BOE núm. 211, de 5 de agosto de 2020, pp. 64004-64025).
- RDGRN de 19 de diciembre de 2019 (BOE núm. 63, de 12 de marzo de 2020, pp. 24837-24844).
- RDGRN de 4 de julio de 2019 (BOE núm. 179, de 27 de julio de 2019, pp. 81846-81866).
- RDGRN de 5 de julio de 2018 (BOE núm. 174, de 19 de julio de 2018, pp. 72783-72790).
- RDGRN de 20 de diciembre de 2018 (BOE núm. 24, de 28 de enero de 2019, pp. 7659-7668).
- RDGRN de 12 de julio de 2017 (BOE núm. 178, de 27 de julio de 2017, pp. 69674-69681).

## **ANUARIO DE DERECHO CIVIL**

El Anuario de Derecho Civil es una publicación oficial científica del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, 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](mailto:adc@mjusticia.es)

#### **2. Formato:**

El texto de los originales deberá estar escrito en letra tipo Times New Roman en un cuerpo de 12 puntos para el texto principal, y las notas al pie de página, bibliografía final, listado de jurisprudencia y los anexos de normas y jurisprudencia en un cuerpo de 10 puntos. Con interlineado sencillo y páginas 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 correspondiente numeración, salvo el apartado Bibliografía que no se numera.

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 lo referente a las abreviaturas de las revistas más habituales deben citarse de la siguiente forma:

AC	<i>Actualidad Civil</i>
ADCon	<i>Anuario de Derecho Concursal</i>
AFDUAM	<i>Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM</i>
AAMN	<i>Anales de la Academia Matritense del Notariado</i>
CCJC	<i>Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil</i>
CDC	<i>Cuadernos de Derecho y Comercio</i>
InDret	<a href="http://www.indret.com">www.indret.com</a>
PDD	<i>Práctica de Derecho de Daños. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros</i>
RCDI	<i>Revista Crítica de Derecho Inmobiliario</i>
RDA	<i>Revista Aranzadi de Derecho Ambiental</i>
RDBB	<i>Revista de Derecho Bancario y Bursátil</i>
RDNT	<i>Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías</i>
RdPat	<i>Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial</i>
RDC	<i>Revista de Derecho Civil</i>
RDCP	<i>Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal</i>
RDCD	<i>Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución</i>
RDCE	<i>Revista de Derecho Comunitario Europeo</i>
RDM	<i>Revista de Derecho Mercantil</i>
RDP	<i>Revista de Derecho Privado</i>
RDS	<i>Revista de Derecho de Sociedades</i>
RDU	<i>Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente</i>
REDE	<i>Revista Española de Derecho Europeo</i>
RGLJ	<i>Revista General de Legislación y Jurisprudencia</i>
RJC	<i>Revista Jurídica de Catalunya</i>
RJNot	<i>Revista Jurídica del Notariado</i>
RJUAM	<i>Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid</i>

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:

El Consejo de redacción puede rechazar el inicio del proceso de evaluación de trabajos que no sean acordes a la línea editorial de la revista o que presenten un tratamiento manifiestamente insuficiente del tema que analizan.

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](mailto: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.

### 6. Compromiso ético

Las pautas de ética editorial del *Anuario de Derecho Civil* se basan en la Guía COPE de Buenas Prácticas para Editores de Publicaciones, que establece normas y proporciona directrices a fin de mantener un comportamiento ético en todas las fases del proceso de publicación.

El *Anuario de Derecho Civil* utiliza herramientas informáticas de detección del plagio.

# 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.<sup>a</sup> 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  
Catedrático de Derecho Civil.  
Universidad de Navarra

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ  
Académico senior 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.<sup>a</sup> MIQUEL GONZÁLEZ  
Catedrático de Derecho Civil.  
Universidad Autónoma de Madrid

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

M.<sup>a</sup> ÁNGELES PARRA LUCÁN  
Magistrada del Tribunal Supremo

ANTONIO PAU PEDRÓN  
Registrador de la Propiedad

M.<sup>a</sup> 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: Antonio Gordillo Cañas, Antonio Gullón Ballesteros, José Ángel Martínez Sanchiz, José Poveda Díaz.