

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

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

Año XCIX • Marzo-Abril 2023 • Núm. 796

REVISTA BIMESTRAL

Guillermo Jiménez Sánchez
Catedrático Emérito de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla

Francisco Marín Castán
Presidente de la Sala Primera del Tribunal
Supremo

Cristina Martínez Ruiz
Registradora de la Propiedad y Mercantil

Fernando Pantaleón Prieto
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

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

Juana Pulgar Ezquerro
Catedrática de Derecho Mercantil
Universidad Complutense de Madrid

Encarnación Roca Trías
Magistrada del Tribunal Constitucional

Ignacio Sancho Gargallo
Magistrado de la Sala Primera
del Tribunal Supremo

Ignacio Tirado Martí
Profesor de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Ángel Valero Fernández-Reyes
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Fátima Yáñez Vivero
Catedrática de Derecho Civil
UNED Madrid

Manuel Ballesteros Alonso
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Pilar Palazón Valentín
Registradora de la Propiedad y Mercantil

Juan Luis Gimeno Gómez Lafuente
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Esther Muñoz Espada
Catedrática de Derecho Civil
de la Universidad de Valladolid

Juan José Jurado Jurado
Registrador de la Propiedad y Mercantil

SUMARIO / SUMMARY

| | <u>Págs.</u> |
|--|--------------|
| ESTUDIOS / STUDIES | |
| CUADRADO PÉREZ, Carlos: «Visión crítica del sistema de legítimas del Código Civil español» / <i>A critical view on the forced heirship system in the Spanish Civil Code</i> | 725 |
| NÚÑEZ ZORRILLA, Carmen: «La nueva directiva europea sobre responsabilidad civil por productos defectuosos y su aplicación a los vehículos totalmente automatizados o autónomos» / <i>The new directive europe on civil liability for defective products and its application to fully automated or autonomous vehicles</i> | 801 |
| BENDITO CAÑIZARES, María Teresa: «Las claves olvidadas en el debate sobre la prescripción de la acción de restitución de los gastos indebidamente cargados al consumidor: el “abuso de la prescripción”, la inexistencia de “ <i>causa retinendi</i> ” y el “realismo jurídico” (Primera parte)» / <i>The forgotten elements in the debate on the limiting of the action for repayment of the cost unduly charged to the consumer: the “limitation objection abuse”, the absence of “causa retinendi” and “legal realism” (First part)</i> | 853 |
| DICTÁMENES Y NOTAS / LEGAL OPINIONS AND NOTES | |
| MANZANO FERNÁNDEZ, M ^a del Mar: «Embargo sobre bienes propios del cónyuge no deudor por deudas contraídas por el otro cónyuge. (Fundamentos de por qué no es posible afectar bienes propios a un procedimiento de ejecución en el que el perjudicado no ha sido parte)» / <i>The garnishment of the assets of a non-debtor</i> | |

| | <u>Págs.</u> |
|---|--------------|
| <i>spouse for debts contracted by their partner (Reasons for why it is not possible to assign private property to an execution procedure in which the injured party has not been a party)</i> | 921 |
| RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA / RESOLUTIONS OF THE GENERAL DIRECTORATE OF LEGAL SECURITY AND PUBLIC FAITH | |
| Resumen de Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fé Pública, coordinado por Juan José JURADO JURADO | 953 |
| ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / JUDICIAL STUDIES | |
| 1. DERECHO CIVIL: | |
| 1.1. Parte general: | |
| — «Las mascotas seres con sensibilidad y miembros cuasifamiliares. Su importancia tras la ruptura familiar» / <i>Pets beings with sensitivity and quasi-family members. Its importance after the family breakup</i> , por Isabel DE LA IGLESIA MONJE | 1019 |
| 1.2. Derecho de familia: | |
| — «El régimen jurídico del derecho de visitas, comunicación y estancias. En especial, en los casos de violencia de género y violencia vicaria» / <i>The legal regime of the right of visits, communication and stays. Especially, in cases of gender-based violence and vicarious violence</i> , por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT | 1039 |
| 1.3. Derechos reales: | |
| — «El derecho de uso a la vivienda familiar como derecho real inscribible: oportunidad perdida en la Ley 8/2021» / <i>The right to use the family home as a registrable right: missed opportunity in Law 8/2021</i> , por María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA | 1153 |

| | <u>Págs.</u> |
|--|--------------|
| 1.5. Obligaciones | |
| — «Restitución íntegra de cantidades acordada de oficio tras la nulidad de la cláusula abusiva: la STJUE de 17 de mayo de 2022» / <i>Full restitution of amounts agreed ex officio after the annulment of the abusive clause: the STJUE of May 17, 2022</i> por Beatriz SÁENZ DE JUBERA HIGUERO | 1172 |
| 1.6. Responsabilidad civil: | |
| — «Las acciones por <i>wrongful birth</i> en el Derecho español: un supuesto problemático de responsabilidad médica» / <i>Wrongful birth actions in Spanish Law: a problematic case of medical liability</i> , por Ángel JUÁREZ TORREJÓN | 1190 |
| 1.7. Concursal: | |
| — «El nuevo Código de Buenas Prácticas para deudores hipotecarios en riesgo de vulnerabilidad del Real Decreto Ley 19/2022» / <i>The new Code of Good Practices for mortgage debtors at risk of vulnerability of the Royal Decree Law 19/2022</i> , por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS..... | 1215 |
| 2. MERCANTIL: | |
| — «Crónica sobre la doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales en la aplicación del artículo 160 f LSC como prelude de una casación» / <i>Chronicle on the contradictory doctrine of the Provincial Courts in the application of article 160 f LSC as a prelude to an appeal</i> , por Francisco REDONDO TRIGO | 1235 |
| 3. URBANISMO: coordinado por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados. | |
| — «Emplazamiento de interesados en el proceso contencioso-administrativo y Registro de la Propiedad a la vista de la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid» / <i>Summoned of interested parties in the contentious-administrative proceedings</i> | |

Págs.

| | |
|---|------|
| <i>and Land Registry in the light of the recent case law by the European Court of Human Rights and of the High Court of Justice of Madrid</i> , por Vicente LASO BAEZA | 1251 |
|---|------|

**RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / BIBLIOGRAPHY
INFORMATION**

| | |
|--|------|
| « <i>Reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas. Estudio Procesal</i> », de Sonia CALAZA LÓPEZ, por Fátima YÁÑEZ VIVERO..... | 1267 |
| « <i>Compliance y contrato de seguro privado</i> », de Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO, por Juan Carlos VELASCO-PERDIGONES..... | 1269 |

Visión crítica del sistema de legítimas del Código Civil español

A critical view on the forced heirship system in the Spanish Civil Code

por

CARLOS CUADRADO PÉREZ
Profesor titular de Derecho civil UCM
Director of Counsel en UNIVE Abogados

RESUMEN: A pesar de que las legítimas representan una de las más emblemáticas y trascendentales instituciones de nuestro sistema sucesorio, a lo largo de la Historia han resultado periódicamente cuestionadas. Tras muchos siglos de imperio de la libertad testamentaria en Roma, la figura de la legítima se cimentó sobre el tránsito del *officium pietatis* desde el ámbito moral al jurídico en una época tardía del Derecho Romano. Desde entonces nos ha acompañado, si bien con un cariz marcadamente más restrictivo de la autonomía de la voluntad testamentaria que la tradición recibida de las fuentes romanas, hasta su cristalización en nuestro Código Civil. Aunque la discusión en torno a la idoneidad del sistema legitimario y a la conveniencia de la libertad de testar es realmente antigua, se ha repetido cíclica e infructuosamente en relación con nuestro Código. En realidad, la controversia nunca ha cesado. No obstante, las colosales e irreversibles mutaciones socioeconómicas experimentadas en las últimas décadas han propiciado que el debate se haya reabierto con una formidable pujanza: ¿gozan todavía de sentido las vetustas legítimas en el s. XXI, tal y como se configuraron en nuestro Código Civil? En este trabajo prestamos especial atención a las mencionadas transformaciones, y exponemos ciertas situaciones insostenibles

Carlos Cuadrado Pérez

que el actual régimen frecuentemente provoca en las sucesiones familiares. Ha llegado, en definitiva, el momento de abordar una profunda revisión del sistema de sucesión forzosa contemplado en nuestro Código, y es una labor que no admite procrastinación.

ABSTRACT: Despite the forced portion is one of the most emblematic and transcendental institutions of our inheritance system, throughout history it has been periodically questioned. After many centuries of testamentary freedom rule in Rome, the forced portion was founded on the officium pietatis' transition from the moral to the legal sphere in a late period of Roman Law. Since then, it has accompanied us until its crystallization in our Civil Code, albeit with a clearly more restrictive complexion of the testamentary freedom than the tradition received from Roman sources. Although the discussion regarding the forced heirship's suitability and the testamentary freedom's convenience is really old, it has been cyclically and unsuccessfully repeated in relation to our Code. In fact, the controversy has never ceased. However, the colossal and irreversible socioeconomic transformations experienced in recent decades have led to renewed burgeoning debate on this subject: does the ancient forced portion still make sense in the 21st century as developed in our Civil Code? In this article we pay special attention to the aforementioned transformations and present some untenable situations often caused in family successions by the current legislation. In short, the time has arrived to undertake a deep review of the forced heirship system in our Civil Code, and this is a task that cannot afford further procrastination.

PALABRAS CLAVE: Legítimas. Legitimarios. Herencia. Libertad de testar. Voluntad del testador. Testamento. Reforma de las legítimas. Deber de alimentos. Protección de la familia. Transformaciones sociales.

KEY WORDS: Forced Portion/Forced Heirship/Reserved portion of the inheritance/Legítima portio/Portio debita. Forced heirs. Inheritance. Testamentary freedom. Testator's will. Testament/Will. Reform of the forced portion/Amendment of the forced portion. Maintenance obligation. Family protection. Social transformations.

SUMARIO: I. REFLEXIONES PRELIMINARES.—II. BREVE APROXIMACIÓN HISTÓRICA: 1. INTRODUCCIÓN. 2. PRINCIPALES HITOS EN EL DISEÑO DEL SISTEMA LEGITIMARIO DIBUJADO EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.—III. FUNDAMENTO Y JUSTIFICACIÓN DE LAS LEGÍTIMAS: 1. LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA. 2. PERSPECTIVA CRÍTICA CON LA

PROTECCIÓN DE LA FAMILIA COMO SUSTENTO DE LA LEGÍTIMA. 3. CONCLUSIÓN PERSONAL.—IV. DESCONEXIÓN DE LAS LEGÍTIMAS CON LAS COORDENADAS ACTUALES: 1. INTRODUCCIÓN. 2. MUTACIÓN DEL ESCENARIO SOCIOECONÓMICO Y FAMILIAR.—V. RAZONES PARA PROPONER LA REFORMA DEL SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL: 1. LA NECESARIA RESPUESTA ANTE DETERMINADOS ESCENARIOS. 2. EL DERECHO COMO ALGO VIVO Y LA RUPTURA CON LA TRADICIÓN. 3. BÚSQUEDA DE LA JUSTICIA EN LAS SUCESIONES FAMILIARES. 4. ABANDONO DE LA PERCEPCIÓN DEL TESTADOR COMO PERSONA «INCAPAZ». 5. LA RELATIVIZACIÓN DE LA LEGÍTIMA POR EL PROPIO LEGISLADOR.—VI. LÍNEAS MAESTRAS DE UNA PROPUESTA DE REFORMA: 1. DERECHO SUCESORIO CON NATURALEZA ASISTENCIAL A FAVOR DE LOS DESCENDIENTES: A) *¿Una opción realmente compleja?* B) *La legítima alimentaria o asistencial de los descendientes como tertium genus*. 2. EL CÓNYUGE VIUDO. 3. *¿DEBE SUPRIMIRSE LA CONDICIÓN DE LEGITIMARIOS DE LOS ASCENDIENTES?*—VII. COLOFÓN.—VIII. CONCLUSIONES.

I. REFLEXIONES PRELIMINARES

Uno de los pilares elementales del Derecho Privado radica en la autonomía privada de la voluntad, y a su consagración se han destinado enormes esfuerzos doctrinales y legislativos durante siglos, si bien, lógicamente, la dimensión y los confines de esa «*Autonomie des Willens*» —que Immanuel KANT identificaba como principio supremo de la Moral¹— difieren de unas a otras construcciones. La noción misma de «autonomía», como facultad de las personas para tomar decisiones por sí mismas, se hallaba íntimamente ligada a la idea aristotélica de «libertad». Una libertad que, en palabras de René DESCARTES, consiste solamente en poder hacer una cosa, o no hacerla (es decir, afirmar o negar, perseguir o huir), o, más bien, en actuar de tal modo que no sintamos que ninguna fuerza externa nos constriñe a hacerlo, al afirmar o negar, o bien al perseguir o huir de las cosas que nos propone el entendimiento².

A esta falta de sumisión a un agente externo hace alusión, en cierto modo, Jean-Jacques ROUSSEAU, al aseverar que la libertad consiste no tanto en hacer uno su propia voluntad, como en no hallarse sometido a la de otro; no obstante, también implica no subordinar la voluntad de otro a la nuestra³.

Konrad HESSE, magnífico catedrático y magistrado del Tribunal Constitucional Federal alemán, sostuvo —según recordó mi admirado y añorado Maestro, D. Mariano ALONSO PÉREZ⁴— que la autonomía privada resulta inherente al Derecho civil, como algo permanente e irrenunciable. El lógico trasunto de la misma en el ámbito sucesorio parece, en una pri-

mera aproximación a la cuestión, la autonomía testamentaria, cristalizada fundamentalmente en la libertad de testar⁵.

Sin profundizar en exceso en estas disquisiciones en torno a la libertad, lo que sí podemos afirmar es que, sea cual fuere la verdadera intensidad de su reconocimiento en nuestro ordenamiento sucesorio, aquella se modula, efectivamente, en torno al testamento, como instrumento donde la autonomía se materializa. Suele aseverarse, de modo grandilocuente, que la voluntad testamentaria coadyuva a la realización de la dignidad y del desarrollo de la personalidad. Sin embargo, tal sentencia se cohonesto mal con lo que acontece en España, pues en nuestro Código Civil, a diferencia de lo que sucede en algún ordenamiento foral, la realidad evidencia que la voluntad del testador, su autonomía privada, resulta inexorablemente acotada en el marco de unos estrechos confines. Así pues, quizás resulte un tanto optimista, ingenuo o desfigurado aseverar que uno de los principios generales imperantes en el Código Civil español es la autonomía testamentaria.

Ante este planteamiento, emergen de manera espontánea y natural, los siguientes interrogantes: ¿se entienden la dignidad y el desarrollo de la personalidad de distinta manera en el ordenamiento común que en los ordenamientos forales donde las legítimas son mucho más reducidas o, incluso, carecen de contenido material? ¿acaso unos ciudadanos merecen en mayor medida tales atributos que los demás⁶?

No son escasas, precisamente, las restricciones al testador legalmente consagradas en nuestro texto codificado (cfr., v.gr., arts. 781, 785, 811, 812 y 968 CC). De entre estas limitaciones sobresale, de manera implacable, una figura que nos acompaña desde hace demasiados siglos, cuya formulación definitiva obedeció a un proceso de decantación de diversas aportaciones a lo largo de la Historia, y que se reflejó en nuestro Código Civil de 1889: la legítima, que constituye la más sustancial y vetusta restricción normativa a la autonomía testamentaria en el *Civil Law*, y sobre la que nuestro Alto Tribunal concluye que es «de derecho necesario y por lo tanto de rigurosa inviolabilidad» [STS de 31 de mayo de 1981 (1980\2724)]⁷. Esta materia ha experimentado ciertas modificaciones desde entonces, si bien su esqueleto y principios rectores se han mantenido esencialmente incólumes.

A comienzos de la Edad Moderna, el egregio humanista Erasmo de Rotterdam sentenció: «Moriré libre porque he vivido solo. Moriré solo porque he vivido libre». Cabría discutir si, realmente, puede afirmarse con rotundidad que una persona ha sido «libre» a lo largo de su vida (incluso, cuando haya vivido sola), pero no es tal circunstancia la que a esta investigación interesa. A nuestro modo de ver, resulta incontestable que cuando ese sujeto tiene ciertos familiares cercanos, aun cuando haya podido desenvolver deliberadamente su vida en la más absoluta de las soledades, podrá llegar a morir solo, pero no libre. Esa ilusoria idea de «libertad» se verá

contradicha y trunca, precisamente, al exhalar su último aliento de vida, y comprobar que si verdaderamente ejerció su libertad de determinar a su antojo el destino de su patrimonio *mortis causa*, tal previsión únicamente será cumplida si se ajusta a los estrictos y angostos cauces inapelablemente impuestos en abstracto por el legislador, sin tomar en consideración las circunstancias subjetivas del verdadero protagonista de la sucesión.

No deja de parecer incoherente cercenar la libertad de testar, e imponer el destino del patrimonio de la misma persona a la que, por otra parte, se trata de dotar del mayor abanico posible de libertades personales⁸. Nos hallamos, actualmente, inmersos en unas coordenadas donde prácticamente todas las ideologías imperantes proclaman la necesaria libertad de las personas, si bien resulta patente que las concepciones de tan noble y alto concepto varían interesada y radicalmente de unas a otras, y muchos parecen no respetar la libertad de quienes opinan de modo diverso. Quizás sea este frágil o paradójico concepto de «libertad», que nominalmente concede al ser humano la autonomía de decidir, pero que en verdad le impone qué ha de decidir, el que justifica la pervivencia de una figura como la legítima, tan contrapuesta al concepto mismo de «libertad», y cuyas raíces profundizan en épocas extraordinariamente pretéritas.

Sin embargo, parece palmario que el escenario está mutando en los últimos tiempos⁹, si bien hemos de resaltar que el debate no es en absoluto nuevo. Por ejemplo, ya en la época del *ius commune* se discutió con cierta intensidad sobre las legítimas (v.gr., en el s. XVI, en la conocida como «Escuela de Salamanca», Antonio GÓMEZ, Diego DE COVARRUBIAS o Fernando VÁZQUEZ DE MENCHACA)¹⁰. Asimismo, en el marco de las elevadas discusiones inherentes al proceso de la Codificación, determinado sector doctrinal (GINER DE LOS RÍOS¹¹, DURÁN Y BAS, Joaquín COSTA¹² y SÁNCHEZ ROMÁN¹³, entre otros) propugnó la libertad de testar, con el consabido triunfo de la decisión de ALONSO MARTÍNEZ, quien era un firme y vehemente partidario de la legítima tradicional castellana¹⁴. De modo sintético, cabría sostener —tal y como apunta VALLADARES— que, en el momento de promulgarse nuestro Código Civil, tanto para los partidarios de la libertad de testar como para los defensores de las legítimas, la cuestión residía «en determinar cuál de los dos sistemas es el más adecuado para conservar la fortuna familiar *productiva*»¹⁵.

No obstante, es cierto que la polémica sobre una institución tan controvertida se ha intensificado en los últimos años, y se plantean cuestiones de capital relevancia: ¿debemos reformar el sistema de legítimas del Código Civil? ¿son las legítimas una reliquia del pasado —como ha afirmado algún autor¹⁶— de la que debemos prescindir?

Quizás nos hallemos frente a una discusión cíclica, pero es evidente que el caldo de cultivo actual, con las profundas transformaciones experimentadas

en los últimos 130 años, resulta propicio para un hondo replanteamiento de esta materia.

En España parece que las voces se alzan de manera cada vez más profusa y decidida en contra del vigente sistema legitimario, y se propugna una reforma que se presenta ya como inevitable a corto o medio plazo. De hecho, las legítimas parecen abocadas de modo ineluctable a su transformación, como consecuencia de una inquietud doctrinal que progresivamente va alcanzando una mayor pujanza y envergadura, y que desembocó en la «*Orden de 4 de febrero de 2019, por la que se encomienda a la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación el estudio de los regímenes sucesorios de legítimas y libertad de testar*», emitida por quien era la Ministra de Justicia en dicho momento.

A nuestro modo de ver, a la Comisión General de Codificación no le restan apenas «refugios» donde guarecerse para no afrontar estas reivindicaciones. Especialmente, si tomamos en su debida consideración que las reformas en relación con esta materia han sido muy numerosas en otros ordenamientos tanto extranjeros como españoles —este último dato constituye la circunstancia que más presión ejerce sobre la antedicha Comisión—, y que en los últimos más de 130 años las alteraciones experimentadas por el Código Civil en este ámbito han sido muy reducidas.

II. BREVE APROXIMACIÓN HISTÓRICA

1. INTRODUCCIÓN

Un argumento pretendidamente sólido al que recurrentemente acude un sector considerable de la doctrina civilista, en aras a rechazar las propuestas de eliminación de las legítimas en nuestro Código Civil, es el de nuestro acervo jurídico: la libertad absoluta de testar colisiona contra la tradición secular de nuestro ordenamiento. Por este motivo, aun sin ánimo de hacer un estudio serio y concienzudo de la evolución histórica de las legítimas en nuestro Derecho, entiendo que ningún acercamiento a la discusión en torno a la dicotomía «legítimas-libertad de testar» puede perder de vista los antecedentes jurídicos de nuestro Código Civil. Resulta suficiente ofrecer unas pinceladas generales, sin mayores pretensiones, que identifiquen los orígenes de nuestro todavía vigente sistema legitimario, y que nos permitan comprobar si nuestra tradición jurídica fue siempre la misma, o si otro régimen fue posible. Decía doctamente ALONSO PÉREZ que la «Historia siempre actúa de maestra para bien o para mal», y en nuestro caso, «nos ilustra con sabiduría de siglos»¹⁷.

Cosa distinta, según nuestra personal percepción, es sentirse perenne e irremediabilmente atados, aferrados y vinculados a las razones y soluciones

que prudente y sabiamente se han configurado durante toda esa Historia, aun cuando las coordenadas socioeconómicas hayan experimentado una drástica transformación.

Tanto o más nocivo resulta mantener una regulación trasnochada y que no responde a las profundamente evolucionadas necesidades y circunstancias de la sociedad, como modificar radicalmente un régimen, pese a que el escenario apenas ha variado y la realidad no demanda un embate reformista de semejante calado. Las mismas soluciones que resultaron idóneas en un momento histórico concreto, y cuyo vigoroso reinado ha mostrado no solo su pertinencia, sino también sus bondades a lo largo de muchos siglos, pueden revelarse inadecuadas y desconectadas con las cambiantes exigencias y particularidades que circundan la sociedad más de 130 años después (en realidad, en relación con las legítimas, demasiados siglos después).

Efectivamente, no debemos permitirnos a nosotros mismos olvidar el pasado, pero tampoco podemos obviar los perniciosos y graves efectos inherentes a un ordenamiento esencialmente despegado de la realidad y de las necesidades que está destinado a atender. El Derecho Romano nos mostró el camino, y nos enseñó que las normas pueden cambiar: mal haríamos si nos encastilláramos tras la trinchera del dogmatismo, y eludiéramos el análisis crítico en torno a la adecuación de las instituciones jurídicas civiles a la veleidosa realidad en cuyo marco han de desplegar su eficacia.

La transformación del ordenamiento jurídico, en definitiva, se presenta como ineludible. A nuestro modo de ver, resultan especialmente brillantes y certeras las palabras en torno a la investigación con las que, en el siglo XIX, nos obsequió el escritor bostoniano Edgar Allan Poe, y que consideramos plenamente vigentes por cuanto a la evolución normativa en general se refiere: «These ancient ideas confined investigation to crawling; and I need not suggest to you that crawling, among varieties of locomotion, is a very capital thing of its kind, but because the tortoise is sure of foot, for this reason must we clip the wings of the eagles?» (especialmente elocuente nos parece su última reflexión: dado que la tortuga tiene los pies seguros, ¿por esta razón debemos cortar las alas de las águilas?)¹⁸.

2. PRINCIPALES HITOS EN EL DISEÑO DEL SISTEMA LEGITIMARIO DIBUJADO EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

De manera primigenia, y a lo largo de numerosos siglos, el Derecho Romano¹⁹ se caracterizó por una absoluta libertad de testar (*«uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto»*)²⁰. Como consecuencia —principalmente— del influjo del Cristianismo, de modo paulatino se dio entrada

a la necesidad de contemplar una cuota legitimaria en concepto de deber familiar del finado, a modo de deber de piedad.

Fue en la etapa final de la República romana cuando se robusteció la atribución legitimaria en el marco del concepto de *officium pietatis* a favor de los familiares más cercanos y necesitados, tanto vinculados por relación de sangre como agnados; en este sentido, la *pietas* constituía un deber de respeto tanto a los dioses como a la familia. El cambio en las concepciones éticas de la sociedad romana se hizo patente a partir del s. I a.C., con la influencia de la filosofía estoica (cfr., entre otros, CICERÓN y SÉNECA)²¹. En este escenario, la *querella inofficiosi testamenti* sirvió para impugnar, como injustos, los testamentos donde, pese a no haber motivo aparentemente bastante que fundamentara la desheredación, no se dejaran bienes a los hijos que deberían suceder abintestato²². Precisó MARCIANO, en el s. III d.C.: «Se deduce la querella de testamento inoficioso bajo este supuesto, como que no estuvieron en su sano juicio al disponer el testamento. Y se dice esto, no como si verdaderamente un furioso o un demente haya testado, sino porque en realidad hizo uno legalmente testamento, pero no conforme a los deberes de piedad; porque si verdaderamente estuviese furioso o demente, es nulo el testamento»²³.

No obstante lo anterior, hasta el s. VI d.C. las legítimas resultaron bastante restringidas en el ámbito del Derecho Romano. Fue el Emperador bizantino JUSTINIANO quien, estimulado por su fe cristiana —«considerando siempre a Dios, y para parecerle gratos, y hacer alguna cosa digna de los beneficios que nos dispensa»²⁴—, impulsó el régimen legitimario, y dibujó esta institución con unos contornos cuyas líneas maestras llegaron, tras un proceso de depuración histórica que se prolongó más de doce siglos, a la etapa de la Codificación.

Según explica MAGARIÑOS, ese *officium pietatis* se hallaba posiblemente impregnado de un componente ético, pues los hijos se veían afectados por el deber de reverencia al padre, de quien dependían en la realización de todos los actos de sus vidas. Al margen de dicha dependencia, al hallarse bajo la potestad del padre, debían aportar su trabajo y sus ganancias al patrimonio de la familia, cuya administración y titularidad correspondía a dicho progenitor. Como consecuencia de todo ello, como apunta el último autor citado, el régimen legitimario respondía a «un trasfondo jurídico de justicia»²⁵. Parece, pues, que constituía una suerte de compensación por su precaria situación y su contribución durante la vida del padre. Evidentemente, hoy no hay tal reverencia, sumisión o dependencia, ni el deber incondicional de aportación de los ingresos al patrimonio familiar.

El sistema restrictivo de legítimas se consolidó en la Edad Media, de tal modo que se culminó entonces el tránsito que ya se había materializado en la última etapa del Derecho Romano, desde un régimen de absoluta libertad

testamentaria hasta un sistema con amplias limitaciones. De hecho, en esta época se va más allá, y se abraza el extremo opuesto, pues en el genéricamente designado como *sistema germánico* aparece como una excepción la facultad del causante de disponer de una parte reducida de su haber²⁶. El punto de partida estaba constituido por una situación de comunidad familiar, donde los bienes no eran propiedad del jefe de la familia, sino de todos sus miembros. Fue en este contexto donde emergieron las celeberrimas máximas germánicas «*los herederos nacen y no se hacen*», y «*solo Dios puede hacer heredero, y no el hombre*».

Como consecuencia de lo anterior, únicamente podía disponerse de una parte exigua de los bienes («*propria portio*»), mediante legados para sufragios y obras piadosas: legados *pro anima*. Esta posibilidad obedeció a la doctrina eclesiástica (de manera destacada, San Ambrosio, San Jerónimo y San Agustín), y constituyó, en definitiva, el germen de la actual parte de libre disposición.

En nuestro país, según explica LACRUZ, parece lógico sostener que el Derecho Romano vulgar imperante durante el tiempo de las invasiones se hallaba caracterizado por una amplia libertad de testar. Por otra parte, si bien de manera originaria los visigodos habían practicado un sistema de «comunidad doméstica», la intensa interacción y el contacto con el Imperio Romano hicieron que hubieran ya asimilado instituciones jurídicas romanas (como el testamento y la donación) antes de su incursión en la Península Ibérica. Como consecuencia de ello, el ordenamiento visigodo no se ciñó al sistema de la propiedad familiar, sino que plasmó una interesante transacción entre las líneas maestras romanas y las germánicas²⁷. En este marco, ocupa un lugar trascendental la Ley visigoda *Lex dum inlicita*, de CHINDASVINTO (a mediados del s. VII). En ella se estableció, en relación con los hijos, que existía una porción de legítima rigurosamente indisponible, si bien se configuró otra parte de «mejora», caracterizada por cierta libertad para su distribución entre los hijos (1/10 parte, que posteriormente fue elevada a 1/3 por ERVIGIO en el año 681). El designio de esta novedosa figura se hallaba en el interés y la necesidad de mantener indiviso el patrimonio inmobiliario familiar ya desde el comienzo de la Edad Media²⁸. Es el Derecho visigodo, pues, donde hallamos el origen de la peculiar institución de la mejora, que fue recogida tanto en el Fuero Real como en las Leyes de Toro²⁹, y ha llegado a nuestros días, tras pasar por el tamiz de la Codificación³⁰.

En definitiva, la corriente medieval de fuerte restricción de la libertad de testar se consolidó en Europa, y pervive hoy después de resistir la obra sistemática de la Codificación, si bien con distintas intensidades. A pesar de gozar de una raíz y tradición jurídica común, cada legislador ha seguido su propio camino en materia de legítimas. En el caso de España, el sistema del Código Civil resulta señaladamente taxativo, y se halla entre los orde-

namientos donde en menor medida se respeta la libertad testamentaria, al contemplar un estricto y casi omnímodo sistema de legítimas. En último término, sus trazos generales proceden de la evolución que, de modo sucinto, hemos expuesto en los párrafos anteriores; por lo tanto, a su construcción han coadyuvado, principalmente, el influjo del Derecho Romano justinianeo, de la tradición germánica, de la doctrina eclesiástica y, finalmente, del Derecho visigodo. De tal forma que, salvo en determinadas cuestiones y matizaciones verificadas en épocas más recientes, el régimen legitimario vigente en pleno s. XXI obedece, en esencia, a una evolución histórica plasmada en el s. VII.

En contraste con esta última apreciación, en varios ordenamientos extranjeros y forales se advierte una relevante nota o característica: son numerosas las legislaciones que han experimentado reformas de considerable calado en torno a la legítima en los últimos años.

III. FUNDAMENTO Y JUSTIFICACIÓN DE LAS LEGÍTIMAS

1. LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA

Se ha discutido con intensidad sobre el carácter constitucional de las legítimas³¹, como instituto inserto en el mandato de protección de la familia consagrado en el artículo 39 CE. Sin embargo, a estas alturas, incluso gran parte de quienes patrocinan la conservación de las legítimas elude la tentación de imponer su persistencia con cimiento en el estricto cumplimiento de una eventual orden de nuestra Carta Magna. De hecho, *«la protección social, económica y jurídica de la familia»* no constituye más que el característico texto programático de nuestra Constitución carente de un contenido concreto. ¿Se traduce o materializa forzosamente, acaso, esta genérica previsión constitucional en la necesidad de contemplar las legítimas? En nuestra opinión, no, tal y como evidencian los regímenes sucesorios del Derecho navarro y del Fuero de Ayala³².

Tampoco hallarían su soporte constitucional las legítimas en el artículo 33.1 CE, donde se reconoce el «derecho a la herencia», que —como advierte DELGADO ECHEVERRÍA³³— no lleva inherente el derecho de nadie a heredar a cierto causante; simplemente, se establece la capacidad de suceder en las herencias a las que estemos llamados de acuerdo con el ordenamiento jurídico, del mismo modo que el «derecho a la propiedad privada» contemplado en ese mismo precepto únicamente alude a la capacidad de ser propietario, y no al derecho al acceso a la propiedad privada (esto es, a ser propietario de unos determinados bienes). Así pues, lo constitucionalmente reconocido es el propio fenómeno de la sucesión —y

el de la propiedad—, como modo de «garantizar que la propiedad privada se perpetúe más allá de la vida de sus actuales titulares», no el derecho a heredar a alguien en concreto.

Suele identificarse la protección de la familia como fundamento esencial de las legítimas. En este sentido, ALONSO PÉREZ³⁴ sostiene que «el principio de *solidaridad* entre vínculos inmediatos de sangre o afecto, de *comunidad familiar* más allá de la ruptura física de la muerte, obligan a una protección legitimaria exigida, incluso, por el mismo principio cada día más universal de «lo razonable» (*reasonableness*), próximo a la equidad (art. 3:12 BW neerlandés)); tanto la razonabilidad como la equidad se hallan fundados —prosigue— en el *bonum et aequum* propio de la jurisprudencia romana. A su modo de ver, la diligencia razonable —la *recta ratio*— impone la legítima como vía idónea para no desatender la solidaridad familiar.

Pero, ¿resultan atentatorios contra tal «razonabilidad» ordenamientos como el navarro o el Fuero de Ayala (además de los anglosajones, por ejemplo, si bien con el matiz de la *family provision*³⁵), donde se contempla con favor la libertad de testar?

Varias de las reformas verificadas en ordenamientos extranjeros o forales en los últimos años han configurado la legítima como un derecho de crédito (y no como un derecho a los bienes y derechos *in natura* del causante), han posibilitado la subsistencia de donaciones frente a su inoficiosidad, han aumentado los supuestos de desheredación, han tutelado en mayor medida los intereses del cónyuge viudo, han excluido a los ascendientes de la categoría de los legitimarios, etc.

Estas modificaciones constituyen avances, indudablemente, mas quizás tímidos³⁶. Como limitados (aunque valiosos) resultan los esfuerzos interpretativos de nuestra jurisprudencia sobre las causas de desheredación —especialmente, a partir de 2014—³⁷, así como los términos de la regulación de las legítimas contenida en la *Propuesta de Código Civil* de la Asociación de Profesores de Derecho Civil³⁸. Sin ningún género de duda, estas iniciativas se presentan como enormemente útiles, tal y como se halla el escenario normativo de nuestro Código Civil, si bien nos parecen todavía insatisfactorias con la realidad social del s. XXI. Compartimos la reflexión ofrecida por Concepción ARENAL (celeberrima pensadora del s. XIX y catalogada como exponente del Catolicismo social) ya en 1880, cuando rotundamente afirmó: «Se ha limitado el número de estos herederos [se refiere a los forzosos o legitimarios]; pero si el mal tiene menores proporciones, no deja de existir por eso»³⁹. En esta misma senda, pero en tiempos muy recientes, VERDERA ha observado que en el caso de reducir el alcance de las legítimas, lo único que se logrará será la restricción de algunos de sus «inconvenientes», si bien no se obtendrá una justificación de su razón de ser y de su cometido. En su opinión, no nos enfrentamos a una cuestión de flexibilización de la figura

de las legítimas, sino a «un problema de la propia institución», que no se remediará «con retoques cosméticos o ajustes parciales»⁴⁰.

A tenor de la visión patrocinada por el Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*) en su sentencia de 19 de abril de 2005⁴¹, la legítima (la *portio debita* o *Pflichtteilsrecht*) se halla íntimamente relacionada con la tutela de la relación entre el testador y sus hijos, garantizada por el artículo 6.1 de la Constitución alemana (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*)⁴². A su modo de ver, los rasgos estructurales de la participación de los hijos en la herencia constituyen una expresión de la solidaridad familiar (*Familiensolidarität*) presente de modo fundamentalmente indisoluble entre el testador y sus hijos. El antedicho precepto protege dicha relación entre el testador y sus hijos como una comunidad para toda la vida, donde no solo tienen el derecho, sino también el deber, de asumir la responsabilidad tanto material como personal los unos de los otros. Del mismo modo que acontece en el derecho de alimentos, la legítima se vincula a las relaciones de Derecho de Familia entre el testador y sus hijos, y traslada al ámbito del Derecho de Sucesiones la referida solidaridad entre generaciones, que se cimienta regularmente en la descendencia y se sustenta mayoritariamente en la convivencia familiar. Por consiguiente, sostiene el BVerfG que la libertad de testar se halla constitucionalmente constreñida por los vínculos del Derecho de Familia fundamentados en la filiación. El deber de cuidado integral mutuo justifica que se asegure al hijo una participación económica en el patrimonio del progenitor fallecido, incluso tras el óbito del causante. Como consecuencia de todo ello, la legítima satisface la función de posibilitar la continuación del vínculo ideal y económico entre el patrimonio y la familia una vez fallecido el propietario —con independencia de una eventual necesidad específica del hijo—⁴³. Este razonamiento resulta plenamente coherente con la configuración que del patrimonio hace el propio BVerfG en ese mismo apartado, al contemplarlo como integrado por bienes adquiridos, conservados y utilizados conjuntamente de algún modo por el testador y sus hijos⁴⁴.

3. PERSPECTIVA CRÍTICA CON LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA COMO SUSTENTO DE LA LEGÍTIMA

Tal argumentación del Tribunal Constitucional alemán, trasladada al Código Civil español, propicia que nos planteemos la siguiente cuestión: ¿por qué acudimos a esa solidaridad familiar únicamente al morir un pariente, y no se conmina a tener una atención especial tanto material como espiritual hacia la familia durante la vida, más allá de las situaciones de necesidad? En cambio, aunque no se presente un escenario de escasez o

tenido, lo sustancial, lo que verdaderamente resulta esencial en la familia y que la hace acreedora de tutela por el ordenamiento: el cariño, el afecto, el apoyo y auxilio tanto físico como espiritual, y el respeto mutuos. Es decir, su concepción como grupo más o menos cohesionado y unido. Las legítimas, tal y como son concebidas en nuestro Código Civil, convierten la vida familiar —según advierte SÁNCHEZ ROMÁN— en un «título para heredar bienes», donde se obvia el amor y el cariño por el que la familia se constituye. En palabras del último autor citado, el sistema legitimario rebaja la dignidad de la familia, al mezclar la noción de los deberes cimentados en el afecto con «mezquinos intereses», que posibilitan —en expresión de LAVELEYE recordada por SÁNCHEZ ROMÁN— la conversión de la familia en una «sociedad mercantil, en una *organización para la sucesión*»⁴⁹.

Por otro lado, lo que cabría eventualmente predicar del sistema de legítimas sería su designio protector de un tipo concreto de familia, no de «la» familia. En el actual estado de la sociedad, la romanista LÓPEZ PEDREIRA manifiesta sus dudas sobre la conveniencia de mantener el sistema legitimario, al no existir en la familia aquella *pietas*, es decir, los vínculos éticos que cimentaron su establecimiento⁵⁰.

Lamentablemente, en la práctica no son infrecuentes los casos donde algunos legitimarios muestran durante años una completa indiferencia hacia el causante (sin llegar a incurrir en causa de desheredación), y, pese a no hallarse en situación de precisar asistencia, aparecen puntual y lacerantemente en el momento de sucederlo, para recibir lo que por cortesía del legislador les corresponde, aun contra la fundada y lógica voluntad del causante⁵¹. Nos encontramos, pues, con familias carentes de toda suerte de lazo afectivo, cuya unión es concebida por sus protagonistas como meramente formal, legal, accidental y no buscada; en contraposición con los vínculos materiales, espirituales y de apego y afinidad que les unen con otras personas que, a diferencia de lo que acontece con sus familiares, aquellos han ido escogiendo libremente a lo largo de sus vidas.

A nuestro modo de ver, estas hipótesis han de empujarnos a reflexionar en torno a la razón de ser de este escenario: ¿cuál es el verdadero motivo que induce al legislador a defender mecánica e inexorablemente los intereses de quienes han actuado con absoluta indiferencia y olvido frente al causante⁵²? La razón debería ser de una considerable entidad, pues la legítima representa una enorme limitación de las facultades del titular de bienes y derechos, y hemos de recordar que el dominio es el derecho patrimonial de mayor relevancia en nuestro ordenamiento jurídico, y que sus limitaciones deben ser de interpretación estricta⁵³. En la práctica, hay ocasiones donde una sensación de extraordinaria injusticia invade al testador, al ser consciente de que nada puede hacer para impedir que una parte formidable de su patrimonio, posiblemente forjado con su denodado y sufrido esfuerzo

durante toda una vida, vaya a parar a las manos de algún familiar con quien no mantiene relación alguna —lo que CARRASCO denomina «divorcio emocional libremente consentido» entre parientes⁵⁴—, o, incluso, con quien se halla enemistado. No parece razonable que el ordenamiento jurídico, bajo ningún concepto, permita consagrar este escenario, tal y como sucede en nuestro Código Civil⁵⁵.

A nuestro juicio, dista de ser cierto que se alcance la preservación de la familia a través del reconocimiento del derecho a recibir la legítima a todos los inmediatos descendientes —o ascendientes, en su caso—, con independencia de su conducta hacia el testador. Asimismo, la *portio debita* no favorece la reconciliación de los hijos que estaban unidos afectivamente a su padre, a quien apoyaron y ayudaron siempre material y espiritualmente, con el hijo que abandonó la familia bien por enemistad con ese progenitor, bien por simple dejación o desinterés, o bien porque su cónyuge propició su apartamiento absoluto de su familia. Son muy numerosos los ejemplos que podemos encontrar en la realidad familiar actual donde se evidencia que las legítimas no coadyuvan, en absoluto, a un restablecimiento de los lazos afectivos⁵⁶. Ni siquiera a la recuperación del mero contacto entre aquellos hijos.

En algunas ocasiones, el hecho de recibir todos los hijos (u otros descendientes o ascendientes)⁵⁷ su legítima por imperativo legal, como consecuencia de la existencia de unos vínculos familiares formales o legales, hace emerger un sentimiento de agudo desasosiego en términos de justicia material, con el simple parangón de las conductas de unos y otros hacia el causante. En estas hipótesis, resulta paradójico aducir la anteriormente mencionada «solidaridad familiar» como cimiento de la legítima, de tal modo que, según nuestro criterio, es el momento de plantearnos si la previsión legal que desemboca en tal escenario debe ser replanteada o, incluso, erradicada.

4. CONCLUSIÓN PERSONAL

Compartimos, en esencia, el análisis brindado por VAQUER, quien concibe la noción de la solidaridad familiar en «sentido bilateral» o recíproco, de tal modo que, en el estado actual de nuestro Código Civil, no podrían cimentarse en ella las legítimas. El texto legal y su interpretación jurisprudencial [aun con los encomiables intentos de flexibilización, como el de la STS de 3 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 3900)] no permiten desheredar a un legitimario por ausencia de solidaridad familiar, ya que no toda transgresión de la misma lleva indefectiblemente inherente el maltrato contemplado en el artículo 853.2.º del Código Civil. Por consiguiente, tal y como señala el mencionado autor, nuestro ordenamiento concibe la legítima como «un deber unilateral del causante, del que apenas cabe librarse por el comportamiento

con creces «lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica» (cfr. art. 142 CC) mientras se prolongue la citada necesidad?

Tal y como expone PARRA LUCÁN —catedrática de Derecho civil y magistrada de la Sala Primera del Tribunal Supremo—, como ponente de la última sentencia aludida, en el estado actual de nuestro ordenamiento jurídico, es «preciso ponderar y valorar si, en atención a las circunstancias del caso, el distanciamiento y la falta de relación son imputables al legítimo y además han causado un menoscabo físico o psíquico al testador con entidad como para poder reconducirlos a la causa legal del «maltrato de obra» prevista en el artículo 853.2.^a del Código Civil». Es decir, que el mero hecho de no existir —en absoluto— relación afectiva o trato familiar no permite, por sí mismo, entender que nos hallamos frente a una de las «causas de desheredación establecidas de modo tasado por el legislador»⁵⁹.

En el caso juzgado en dicha resolución, no quedó acreditado ni maltrato de obra ni menoscabo psicológico producido por el comportamiento de las descendientes desheredadas (nietas), si bien resultó evidenciada la total ausencia de relación familiar y afecto. De hecho, esta ruptura familiar se produjo después de numerosos «desencuentros que determinaron una situación de falta absoluta de relación de las actoras con su padre y con la familia de este». En el marco de ese irreconciliable deterioro familiar, la testadora, después de la separación conyugal de su hijo, había desahuciado judicialmente a sus nietas y a la madre de estas, de tal modo que hubieron de abandonar la vivienda que venían ocupando desde su nacimiento. Es decir, en vida de la causante, la etérea —pero, al parecer, ineludible— noción de «solidaridad familiar» no pudo remediar el desahucio de las nietas por su abuela⁶⁰. Sin embargo, la solución se transformó radicalmente al morir la causante, cuya voluntad de desheredar a sus nietas fue declarada nula, con fundamento en las legítimas (esto es, en la referida solidaridad). Así pues, la ayuda que no tuvieron derecho a recibir en vida de su abuela sí pueden exigirla a su fallecimiento, aunque parece evidente que la causante prefería que su patrimonio lo recibiera cualquier persona, salvo sus nietas.

Si analizamos los hechos narrados desde la perspectiva de las nietas, no sería extraño que, en un ejercicio de síntesis, la situación pareciera reducida a una triste cuestión de paciencia; debían aguardar al óbito de la abuela para, aunque ella se opusiera, recibir una parte importante de su patrimonio, pese a que mientras vivía instó —con éxito— su desahucio judicial.

Como agudamente puso de relieve Concepción ARENAL, la expresión «herederos forzosos»⁶¹, que emplea nuestro Código Civil para referirse a los legítimos, es un «modo de decir significativo, que expresa perfectamente un hecho contra derecho». Ciertamente, resulta paradójica e, incluso, un contrasentido la solución que nuestro ordenamiento jurídico otorga en el caso descrito, tras haber triunfado el desahucio en vida de la causante.

maniquea sobre la misma: legítima sí, o legítima no. Parece más lógico que el juicio de valor se focalice en el sentido, la necesidad, la justicia y la utilidad de esta figura en la España del s. XXI. No debería centrarse el debate en dilucidar si la *portio debita* ha sido positiva ni en analizar si su imposición durante siglos ha resultado atinada y justificada, y ha satisfecho necesidades dignas de atención⁶⁴. Tal y como certeramente advierte VALLET, la conveniencia o inconveniencia de las normas únicamente puede ser juzgada «con relación al clima moral y social a que se aplica», de tal modo que lo relevante es la reacción que una ley propicia «en el organismo social» al que vincula, y no tanto el juicio teórico que tal norma merece⁶⁵. Y hemos de partir de una premisa inconcusa: el referido clima moral y social es, en esencia, cambiante.

Muchos siglos han transcurrido de riguroso imperio de la legítima en nuestro ordenamiento (no solo los más de 130 años de vigor del Código Civil). Seguramente, resultaba una institución loable y adecuada para la satisfacción de necesidades dignas de tutela hace siglos o, incluso, décadas. Aunque no conviene obviar que, hasta su última época, resultó rechazada en el Derecho Romano, y que en determinados Derechos forales de nuestro país no se instaura tal instituto. Es más, ya nos hemos referido al cuestionamiento doctrinal de la legítima en nuestro país, tanto en el remoto s. XVI como en la época de la Codificación.

Pero, aun si entendiéramos que la legítima gozó del atributo de la oportunidad y que satisfizo necesidades existentes dignas de tutela al ser instaurada en nuestro ordenamiento, es el momento de reflexionar sobre el particular, y preguntarnos hasta qué punto sigue dando cumplida respuesta a las finalidades para las que fue configurada⁶⁶. Como nos recuerda el excelso jurista, historiador y filósofo del Derecho Helmut COING, la propia Historia del Derecho es conocedora de que los conceptos, sentencias y reglas jurídicas se han construido en aras a solventar concretos «problemas de organización»; así pues, han de comprenderse siempre los orígenes, «y además cuestionar permanentemente si los conceptos tratados son usados en el mismo campo de problemas o si las condiciones de su aplicación práctica y de su función en el ordenamiento total han cambiado». De ello se infiere, según el citado autor, que no cabe preterir o relegar el «significado funcional de la regla»⁶⁷. Hemos de preguntarnos, en definitiva, si como consecuencia de su casi completa falta de modificación, han sufrido las legítimas un proceso de desfiguración, de tal modo que en nada obedece ya su existencia a tan altos propósitos, sino a otros distintos (recordemos que DÍEZ-PICAZO esgrimió su vigente relevancia como «rampa de lanzamiento» para los emprendedores). En íntima relación con esta reflexión, podemos recordar que ALONSO MARTÍNEZ llegó a patrocinar la imposición del régimen de legítimas como barrera frente al socialismo⁶⁸.

En el caso de responder actualmente a otros anhelos, sería razonable deliberar sobre si realmente merecen ser atendidos por el ordenamiento jurídico, hasta el punto de continuar cercenando, con una excepción tan amplia, tanto la autonomía de la voluntad del testador en torno al destino de su patrimonio como la vocación de libertad del derecho de propiedad. Hemos de recordar que se trata de dos de los más relevantes principios generales de nuestro Derecho de Sucesiones y del Derecho Patrimonial.

Según expuso PORTALIS en su discurso preliminar del primer proyecto de *Code Civil*, toda ley nace de un abuso («Toute loi naît d'un abus»)⁶⁹. Por tal motivo, en nuestra opinión, carece de sentido sacralizar el contenido de una norma, y forzar su perenne e irreflexiva pervivencia en el tiempo. En este caso, la legítima germinó para evitar el «abuso» que suponía el olvido de ciertos parientes en una sucesión en aquella época (y así se siguió percibiendo durante numerosos siglos en la mayor parte de nuestro país). Pero el escenario que dio lugar al nacimiento de esta institución se ha transmutado de manera trascendental, especialmente, durante el último medio siglo. Según nuestro criterio, parece una verdad incontrovertible que el Derecho debe servir a la sociedad, y no al contrario.

En este sentido, por ejemplo, la *dos* romana —recibida históricamente en nuestro país como «dote»— respondía a unas necesidades presentes durante decenas de largos siglos. Sin embargo, las circunstancias socioeconómicas, políticas, jurídicas y familiares experimentaron una ineludible y colosal transformación en el último cuarto del s. XX, y al legislador le resultó imposible obviar el nuevo escenario. De tal manera que una figura tan enraizada en nuestro ordenamiento desde tiempos inmemoriales sufrió un lógico e inevitable —pero brusco— destierro, sin añoranzas ni ceremonias.

Estamos absolutamente de acuerdo con GONZÁLEZ PORRAS, cuando asevera que el mundo del Derecho debe ser el mundo de lo útil⁷⁰. De hecho, el ordenamiento jurídico no puede presentarse como un conjunto de normas inamovible, pues son muchas las ocasiones en las que el Derecho transita por detrás de la realidad, y una regulación que no da respuesta a las necesidades de la sociedad que debe regirse por ella no es sino una anomalía que ha de solventarse. Hemos de bosquejar, llegados a este punto, los principales trazos de las coordenadas sociales, familiares y económicas del s. XXI.

2. MUTACIÓN DEL ESCENARIO SOCIOECONÓMICO Y FAMILIAR

Incidir en que nuestra sociedad y, en concreto, las relaciones familiares han cambiado drásticamente desde que se introdujeron las legítimas a finales de la República romana, resulta de todo punto innecesario. Tal sentencia

merece, asimismo, tratar de establecer cualquier suerte de parangón con la sociedad visigoda del s. VII⁷¹.

En realidad, resulta de mayor utilidad, a los efectos de nuestro estudio, volver la mirada a la evolución de la sociedad española de los últimos tiempos⁷². En el marco de esta labor, la fotografía que nos ofrece la Estadística puede resultar especialmente elocuente.

De una primera aproximación al tema se desprende, como apunta MARGARINOS⁷³, que tanto la casa como las fincas rústicas han perdido gran parte de su valor simbólico como referencia de una familia. Prácticamente, se han extinguido los oficios artesanales y cualificados que se transmitían en el seno de la familia, cimentados en un prolongado y minucioso aprendizaje. En la actualidad, no es común la dedicación laboral o empresarial al taller u oficio de los padres, «de cuya dedicación resultaban lógicas expectativas hereditarias». Es una realidad palpable que los progenitores no obtienen la ayuda que en épocas anteriores les brindaban sus hijos en su profesión o empresa. El panorama consolidado hoy resulta diametralmente opuesto: lo habitual es que una porción considerable de los recursos de una persona se destine a la dotación a sus hijos de una «formación independiente y según sus preferencias». Como tangible resultado de lo anterior, en 2017, el 29% de los españoles se situaron por encima de sus padres en la escala social, y más del 45% en relación con sus abuelos⁷⁴.

Si analizamos el contexto inherente al s. XXI, podremos concluir que, lejos de aportar recursos a la economía familiar, lo común es que los hijos no contribuyan en absoluto al «enriquecimiento» de sus progenitores, sino que suponen una carga económica para ellos durante un tiempo considerable. Es verdaderamente frecuente encontrar personas en cuyos hogares aún viven sus hijos mayores de 30 años, a quienes no solo se ha sostenido durante su minoría de edad, sino que también se les ha costeado —directa o indirectamente— su carrera profesional o sus estudios; estos hijos viven en el hogar familiar, donde se les proporciona un alojamiento, comida, limpieza y todos los suministros, sin que cooperen en la satisfacción de la cuota de la comunidad de propietarios o el alquiler, la devolución del préstamo hipotecario, los impuestos inherentes al inmueble, el coste de las reparaciones y obras, la cuantía pagada por los suministros, etc.

Hemos de poner el foco, asimismo, en la relación personal entre parientes, donde también se han verificado sustanciales cambios. La proximidad que ha caracterizado la familia históricamente parece haber dado lugar a otro modelo, en el que la lejanía física y afectiva ha devenido predominante. En ocasiones, estas circunstancias propician la soledad y el abandono de los progenitores de edad avanzada, al contemplarlos como una «carga», o un ingreso en una residencia geriátrica, donde, en lugar de estar integrados afectiva y económicamente con sus parientes más jóvenes, pueden llegar a

hasta alrededor de los 30 años)⁸³. Asimismo, ello ha desembocado en la postergación del momento en el que se tiene el primer hijo, que en 2021 se situó en los 31 años⁸⁴. De hecho, ha descendido drásticamente el número de hijos que tiene cada española a lo largo de su vida (de los 3,01 de 1964, a 1,24 en 2019)⁸⁵.

Finalmente, no podemos olvidar un aspecto de trascendental relevancia a los efectos de nuestra investigación: la esperanza de vida. En el año 1900 (11 años después de la promulgación del Código Civil), la esperanza de vida al nacer en el hombre en España era de 33,85 años, y de 35,7 años en la mujer⁸⁶. En 2019, estas cifras aumentan hasta los 80,86 años en los hombres, y los 86,22 años en las mujeres⁸⁷. De hecho, en 2020, más del 19% de la población es mayor de 65 años, y supondrá el 26,5% del total en el año 2035, según las previsiones del INE⁸⁸.

Estadísticamente, la riqueza neta va aumentando sostenidamente hasta la jubilación, momento a partir del cual su incremento comienza a ser menor para, pocos años más tarde, comenzar su retroceso⁸⁹. De la combinación de este dato económico con el aumento de la esperanza de vida se desprende, como consecuencia evidente, que al producirse el fallecimiento de una persona, sus hijos deberían hallarse en una posición económica bastante favorable u holgada. En la práctica, son muy frecuentes los casos en los que los hijos se hallan en mejor situación económica que sus progenitores octogenarios jubilados desde hace casi dos décadas. Este panorama lleva a VALLADARES a aseverar que, lejos de servir de modo de transmisión de los medios de sustento familiar de progenitores a descendientes, la herencia representa un mero «bienvenido complemento a la jubilación»⁹⁰. Tal circunstancia se ve favorecida, asimismo, por una realidad sobre la que ya hemos llamado la atención con anterioridad: aproximadamente un tercio de los españoles logra superar a sus progenitores en la escala social.

Tal y como agudamente advierte VAQUER⁹¹, las transformaciones sociales, económicas y familiares han dado lugar a un escenario paradójico, donde la legítima suele ser percibida en la etapa de mayor riqueza del beneficiado. Esta circunstancia lo lleva a plantear los siguientes interrogantes: «¿Tiene sentido, pues, seguir afirmando que el fundamento de las legítimas es la solidaridad intergeneracional? ¿O, por el contrario, si realmente la solidaridad intergeneracional es el fundamento de las legítimas, debe modificarse el sistema legitimario para adecuarlo a dicha finalidad?».

Todas estas transformaciones, unidas a otras en las que no nos hemos detenido en el ámbito económico, social, político y científico, han propiciado —según GOMÁ— la transmutación de la propia familia, que ha dejado atrás su concepción como «remedio de la necesidad», y representa ahora un «ámbito de libertad» donde priman los intereses y anhelos individuales⁹².

V. RAZONES PARA PROPONER LA REFORMA DEL SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL

1. LA NECESARIA RESPUESTA ANTE DETERMINADOS ESCENARIOS

Desde hace tiempo, los notarios llaman la atención sobre la sensación de injusticia y desamparo que embarga a muchos testadores cuando acuden a sus Notarías con el propósito de otorgar testamento, al ser cumplidamente informados de que el Código Civil les arrebatara «a su muerte» el poder de disposición sobre su propio patrimonio del que creían gozar «en vida». Esos testadores, en contra de lo que suponen, tampoco disfrutaban de autonomía para disponer de sus bienes y derechos durante sus vidas, ya que las donaciones que libremente hayan ordenado *inter vivos* pueden verse reducidas tras su fallecimiento, por atentar contra las legítimas⁹³. Por consiguiente, patrocinar la libertad de testar lleva inherente, indirectamente, preservar la libertad de donar. Hemos de observar que la mayor parte de los donantes y donatarios desconocen, en la práctica, que tal liberalidad pueda llegar eventualmente a ser objeto de reducción.

Así lo evidencia, entre otros, MAGARIÑOS⁹⁴, cuando afirma que en su experiencia como notario ha percibido que lo más habitual es que los cónyuges acudan a la testamentifacción con la quimérica intención de dejar todo su patrimonio (normalmente, compuesto por la vivienda, mobiliario, algún vehículo y dinero en cuenta corriente) a su cónyuge. Esto es, a aquella persona con la que estableció, en su día, una comunidad de vida con vocación de permanencia, con cuyas compañía y ayuda ha transitado por su vida, y ha logrado construir el referido patrimonio. Tal ilusión se hace más patente, si cabe, en el habitual caso de encontrarse sus hijos ya emancipados, con su propia pareja e hijos, y con una situación económica más desahogada, incluso, que la del testador. Suele presuponer el causante que nada —o poco— ha de dejar a quien nada precisa.

Es también frecuente, según relata el referido notario, que el causante quiera dejar su patrimonio a aquel de sus hijos que realmente está pendiente de él y «lo cuida», pues los demás descendientes, «ya situados, lo visitan protocolariamente de vez en cuando». Asimismo, se plantean casos en los que no hay hijos en el matrimonio, y uno de los cónyuges quiere dejar a su consorte íntegramente su patrimonio, donde se incluye parte de la vivienda y del negocio erigido conjuntamente por ambos, si bien, al tener ascendientes, el Código Civil constituye un muro infranqueable.

En ocasiones, el testador convive notablemente más con los hijos de un segundo cónyuge que con los suyos propios, y, de hecho, el trato personal con los primeros se acomoda más a la típica relación paterno-filial que con los segundos, que ningún afecto guardan hacia él. Ante este escenario, el

causante suele pretender dejar mayoritariamente su patrimonio a quienes lo han tratado como a un verdadero progenitor durante un tiempo considerable, pese a no serlo, al haber convivido prolongadamente como familia. En estas hipótesis, el actual sistema legitimario del Código Civil únicamente le permitirá atribuirles un tercio del patrimonio, mientras que los restantes dos tercios habrán de ir, forzosamente, a sus hijos, con quienes apenas ha tenido contacto.

También desde el ámbito notarial, GUTIÉRREZ-ALVIZ⁹⁵ alerta sobre una posibilidad generada por el propio legislador, al permitir que la esposa, a través de técnicas de inseminación artificial con material genético del marido, dé a luz a un hijo del testador veintiún meses después de su fallecimiento (un año que permite el ordenamiento —*ex* artículo 9.2 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida—, más los nueve meses de gestación). Tal y como está configurado el sistema legitimario en el Código español, ese hijo tendrá su derecho de legítima sobre el patrimonio de su padre fallecido casi dos años antes de su nacimiento. Al aproximarnos a esta posibilidad legalmente amparada, brotan inmediatamente matices que provocan que hayamos de cuestionarnos si es razonable conceder al recién nacido la condición de legitimario del padre premuerto, cuando se presentan determinadas circunstancias: ¿resulta lógico hacerlo si la madre ha rehecho su vida de pareja, incluso antes de proceder a la inseminación, al ser el nuevo compañero sentimental de la madre quien tratará y criará a ese bebé como a un hijo? ¿qué vínculo indeleble le une con su padre fallecido veintiún meses antes de su nacimiento, más allá del puramente biológico? Desde un punto de vista estrictamente fáctico y objetivo —no jurídico, en el estado actual de nuestro ordenamiento—, cabría considerar que la intervención de su padre resultó en cierto modo paragonable a la del simple donante de material reproductor, de tal forma que en este supuesto resulta muy cuestionable que el fundamento de la legítima se ubique en la celeberrima «solidaridad familiar».

La casuística es bastante más rica, y nos ofrece numerosas hipótesis en las que el Código Civil impone su inclemente y severa regulación en contra de los anhelos del causante, sin importar su voluntad ni si tiene motivos razonables para pretender que su sucesión se estructure de un modo diverso.

En definitiva, frecuentemente resulta una muy ardua labor explicar a un lego en Derecho que no puede decidir el destino del patrimonio que ha generado, con tanto esfuerzo, durante toda su vida. La «enseñanza» que cabe extraer de un sistema legal que impone tales restricciones resulta tan natural, básica y evidente, como exaltadora del individualismo: si alguien tiene motivos para desear que su patrimonio no sea recibido por sus legitimarios, habrá de procurar agotar todo lo posible del mismo en vida. En relación con gran parte de lo que no haya consumido carecerá de libertad

de disposición. No obstante, hemos de tener en cuenta que habrá de gastarlo a título oneroso en bienes consumibles y en servicios, pues las adquisiciones de bienes no consumibles y las donaciones efectuadas en vida revertirán finalmente, en parte, en aquellos parientes a quienes no tiene intención de beneficiar.

Esta derrochadora conducta resulta hoy más factible que nunca, dada la virtual erradicación de la milenaria institución de la «prodigalidad»⁹⁶ por la Ley 8/2021, de 2 de junio (cfr. el apartado III de su preámbulo); en este sentido, entendemos que se cohonesto mal la referida supresión de la prodigalidad con el pertinaz mantenimiento de las legítimas.

Este escenario resulta desalentador para quien quiera crear un patrimonio importante con su iniciativa y esfuerzo denodado, pues carece de aliciente personal, salvo en el deseable caso de tener una buena relación con los parientes cercanos a quienes dejará un patrimonio importante a su muerte. Sin embargo, ese estímulo familiar también existe en el caso de tener libertad absoluta para testar. En cambio, si no tiene un trato fluido con sus familiares y existen las legítimas, desaparece tal acicate «familiar» (es más, operaría en sentido contrario), y el único «atractivo personal» radicaría en generar riquezas para consumirlas compulsiva e irreflexivamente, de tal modo que consagraría su vida al más crudo egoísmo⁹⁷. Entendemos que tiene razón ROCA TRÍAS⁹⁸ cuando afirma que nuestro Derecho de Sucesiones obvia la realidad familiar y social, e incentiva soluciones que obstaculizan la toma de «decisiones económicas racionales».

2. EL DERECHO COMO ALGO VIVO Y LA RUPTURA CON LA TRADICIÓN

La intangible y etérea fuerza de la tradición se halla decisivamente presente en el mantenimiento de la regulación de las legítimas en nuestro Código Civil, y parece una pesada losa inquebrantable e inamovible, debido al fuerte valor simbólico que a la regulación de las legítimas atribuye parte de la doctrina. Como advierte VERDERA, en la justificación de la persistencia de las legítimas no se percibe una *ratio*, «sino una historia», que constituye un fundamento jurídicamente inconsistente⁹⁹. A nuestro modo de ver, en realidad, representan un inequívoco símbolo de unas coordenadas socio-económicas, de una familia y de una concepción de las relaciones familiares absolutamente diversas de las actuales.

Así lo han percibido otros legisladores, al reformar las legítimas y restarles —en mayor o menor medida— relevancia. En nuestro país, tal ha acontecido en ordenamientos sustentados, precisamente, en la «tradición». En este sentido, el legislador catalán ha evidenciado aquello que hemos tratado de plasmar con datos estadísticos: «*la sociedad catalana, como otras*

del entorno, ha evolucionado y [...] las características de las familias han cambiado sustancialmente en relación con las de la generación inmediatamente anterior» (preámbulo de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia). Este mismo legislador (en el preámbulo de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones) cimienta la reducción de los derechos de los legitimarios en *«la realidad de la sociedad contemporánea, en que prevalece el interés en procurar formación a los hijos sobre el interés en garantizarles un valor patrimonial cuando faltan los progenitores»*.

Al tiempo que otros legisladores (incluso, de nuestro país) han comenzado hace algunos años a cuestionar que la tradición se ajuste a las profundamente alteradas características de la sociedad actual, nuestro Código Civil permanece fosilizado en esta materia, más conectado con la sociedad visigoda que con la España del s. XXI¹⁰⁰.

La tradición no puede constituir un argumento sólido para evitar la modificación de un ordenamiento jurídico; podría ser, a lo más, una razón secundaria o accesoria. De lo contrario, el Poder Legislativo carecería de función, y seguiríamos rigiéndonos por las XII Tablas (que, por cierto, recordemos que contemplaban la libertad absoluta de testar). Una cosa es conocer, respetar y ponderar la tradición, y otra muy distinta es aferrarnos a ella en un tema, además, tan cambiante como la familia. Ciertamente, la familia es *«la única institución social que, de una u otra forma, ha existido y subsistido siempre en la Historia»*¹⁰¹, pero es un instituto cuya regulación se ha caracterizado por su volatilidad e inestabilidad; fundamentalmente, desde la Codificación. Es un ámbito del ordenamiento especialmente sensible a la evolución, y —en palabras de CARBONNIER— a la superestructura ética o moral y a la infraestructura social¹⁰². Baste recordar, por ejemplo, la milenaria institución de la dote, la erradicación del deber de obediencia de la mujer y de la licencia marital, la admisión del divorcio, la equiparación de hijos matrimoniales y extramatrimoniales, el reconocimiento de ciertos derechos a las parejas de hecho, la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, etc.

Sin embargo, si bien el Derecho de Familia constituye, sin ningún género de duda, uno de los sectores de nuestro ordenamiento que mayor evolución ha soportado, el régimen legitimario ha permanecido esencialmente inalterado, con el confesado pretexto de la protección de la familia. Una familia que poco —o nada— se parece a la existente hace más de un siglo¹⁰³.

Con carácter general, ROCA TRÍAS pone de relieve que las instituciones sucesorias resultaron *«pensadas para y por las instituciones familiares»*¹⁰⁴. En concordancia con esta apreciación, no debemos obviar que, pese a ser una figura sucesoria, el fundamento de la legítima lo ubican sus partidarios

relacional, y donde las legítimas representan, precisamente, el último y único rescoldo familiar. En relación con esta cuestión, resulta especialmente certera la terminante frase del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, a la que ya hicimos alusión en un apartado anterior: «No resultaría equitativo que quien renuncia a las relaciones familiares y al respaldo y ayuda de todo tipo que estas comportan, pueda verse beneficiado después por una institución jurídica que encuentra su fundamento, precisamente, en los vínculos parentales»¹¹⁴.

Por fortuna, desde un punto de vista estadístico, seguramente las relaciones familiares cordiales, sustentadas en un enorme afecto y cariño, sean las más habituales. En esos casos, rara vez el testador no dejará a sus hijos más, incluso, de lo que les corresponde por legítima¹¹⁵, pues, tal y como sentenció PLATÓN, «donde reina el amor, sobran las leyes». Ciertamente, tiene razón CARRASCO cuando afirma que mayoritariamente se cumple la —por él denominada— «ley de la naturaleza», de tal modo que los progenitores suelen dejar su patrimonio a sus hijos, con independencia de la existencia de la legítima de los descendientes¹¹⁶. Mas no podemos obviar que los casos de desatención y desinterés por los ascendientes se presentan, lamentablemente, cada vez con una mayor frecuencia¹¹⁷. Como directa consecuencia de tal circunstancia, nuestro Alto Tribunal se ha visto forzado a hacer una interpretación extensiva de las causas de desheredación (si bien niega hacerlo, dados los importantes problemas de técnica jurídica que ello plantea), por una evidente razón de justicia material, que se puede encontrar más veces de las deseables¹¹⁸. Asimismo, en el marco de la pandemia declarada en marzo del año 2020, se multiplicaron los intentos —exitosos o no— de desheredación, como directa consecuencia del abandono que miles de personas mayores han padecido por parte de sus familiares¹¹⁹.

Preservar las legítimas supone desamparar al testador, quien se ve abocado a un reparto patrimonial que potencialmente difiere de su voluntad real, que por lo general no ha resultado captada ni intoxicada, sino que responde inequívocamente a sus concretas circunstancias, que pueden ser penosas. En realidad, el sistema de legítimas únicamente tutela a sus hijos (o ascendientes, en el caso de no tener descendientes), y desdeña por completo al causante.

A pesar de ello, aseveraba ALONSO MARTÍNEZ, de modo lapidario, que la *[sic]* «naturaleza ha hecho esencialmente iguales á los hermanos, y la hace violencia la ley que les otorga derechos diferentes»¹²⁰. A nuestro juicio, la aplicación indiscriminada de esta solución resulta inicua, ya que coincidimos con la reflexión ofrecida por Joaquín COSTA¹²¹, cuando denunció que obligar a dejar la misma cuantía a todos sus hijos no es sino una *[sic]* «igualdad mecánica, algebraica, abstracta, enteramente ilusoria», que vulnera el trato equitativo a aquellos.

Suele proclamarse que lo justo no es dispensar a todas las personas el mismo trato, sino hacerlo con quienes se hallen en las mismas condiciones. Porque otorgar idéntico trato a sujetos que están en situaciones disímiles constituye una enorme injusticia. En suma, es lo que propicia el sistema de legítimas, pues el mismo derecho confiere a un hijo único que cuida y atiende a sus progenitores, que a uno que no conserva relación ni lazo afectivo alguno con ellos (siempre que no llegue al extremo de incurrir en una de las difícilmente alcanzables causas de desheredación). La solución no puede radicar en la institución visigoda de la mejora, que autoriza mostrarse más «generoso» con los descendientes más queridos, ya que, aunque reduce en cierta medida la injusticia, no evita que resulten beneficiados descendientes que quizás nada merezcan; y, como vimos que señalaba Concepción ARENAL en relación con la disminución del número de legitimarios, si bien ello redundaría en la reducción de las proporciones del mal, no lo erradica. Por otra parte, obviamente, la figura de la mejora no entrará en juego cuando exista un solo descendiente, así como en el caso de ser legitimarios los ascendientes.

El Código Civil no diferencia escenarios, ni permite al testador distinguirlos, al «petrificar» y convertir absurdamente en idéntico y permanente un deber que la conciencia dibuja como relativo y variable, según explica GINER DE LOS RÍOS¹²². En este inquebrantable marco, la realidad reiteradamente nos muestra innumerables casos de concesión de legítimas estrictas, donde el testador no ha desheredado al legitimario porque, pese a su reprochable actitud, no ha incurrido en una de las rigurosas (y de rígida interpretación) causas de desheredación. Según explica VALLET, el Derecho navarro y el Fuero de Ayala consagran la libertad de testar porque en ellos se presupone que si un progenitor no «deja el caserío» a uno de sus hijos «será por razones muy evidentes o graves»¹²³. Compartimos la reflexión del último autor citado, cuando advierte que cuando un progenitor no defiere sus bienes *mortis causa* a sus hijos, habitualmente se debe a la existencia de una «patología en la *pietas familiar*, que no debe ser ficticiamente restaurada por el Derecho»¹²⁴.

4. ABANDONO DE LA PERCEPCIÓN DEL TESTADOR COMO PERSONA «INCAPAZ»

Uno de los argumentos que con mayor éxito esgrimen los partidarios de las legítimas es su caracterización como mecanismo infranqueable, en la práctica, frente a la captación de la voluntad de los testadores de edad avanzada¹²⁵. A nuestro modo de ver, tratar al causante como a una persona virtualmente incapacitada con carácter general, supone un atropello conceptual y jurídico. Además, se cohonestaría realmente mal con la actual

1. DERECHO SUCESORIO CON NATURALEZA ASISTENCIAL A FAVOR DE LOS DESCENDIENTES

A) *¿Una opción realmente compleja?*

Con independencia de concebir las legítimas con naturaleza asistencial o alimentaria, en caso de necesidad (a favor de menores, personas con discapacidad, parientes próximos en situación de solicitar alimentos)¹³², si lo que se anhela es proteger las propiedades procedentes de una familia desde tiempos inmemoriales, una posibilidad consistiría en ampliar los supuestos legales de reservas. No obstante, entendemos que, si bien técnicamente sería compatible con la libertad de testar, resultaría sistemáticamente más lógico no incrementar dichas reservas¹³³, pues la *ratio* de una eventual reforma habría de estar presidida y guiada por el faro de la autonomía testamentaria.

Como consecuencia de todas las razones hasta ahora expuestas, estimamos que sería deseable bien erradicar las legítimas de los descendientes e introducir un derecho sucesorio de alimentos¹³⁴, o bien, directamente, transformar la propia esencia y naturaleza de la legítima de los descendientes, y dotarla de una naturaleza puramente asistencial o alimentaria¹³⁵.

No falta, no obstante, quien entiende que el sistema de las legítimas previstas para el caso de necesidad, como derecho de alimentos, resulta complejo y puede dar lugar a numerosos pleitos. Efectivamente, esta suerte de régimen exigiría —como atinadamente advierte VAQUER¹³⁶— determinar el momento en el que habría de apreciarse el contexto de necesidad (si al fallecer el causante, o después de cierto tiempo), llevaría inherentes mayores costes de transacción, al propiciar un incremento en las consultas a abogados especialistas, así como una mayor litigiosidad familiar, y forzaría a suministrar pruebas referidas a «detalles íntimos de sus vidas generalmente poco documentados».

Hemos de observar que, si bien este sistema implicaría ciertas actuaciones, comprobaciones y cálculos que ahora resultan en parte ajenos al ámbito sucesorio¹³⁷, no constituyen labores distintas de las que procede actualmente desenvolver en materia de derecho de alimentos (como se evidencia, por ejemplo, en los artículos 1368 a 1376 —en especial, en el artículo 1372— del Código Civil Federal de México, donde se contempla un deber de alimentos *post mortem*¹³⁸, en lugar de legítimas) y en los harto frecuentes supuestos de crisis conyugal¹³⁹. Por consiguiente, a nuestro modo de ver, se trata de tareas con las que estamos familiarizados y perfectamente asumibles, de tal forma que no encontramos en ellas razones decisivas para dejarnos caer en la tentación de la simplicidad, con el evidente riesgo de perpetrar y consolidar injusticias.

El sistema actual no se caracteriza, precisamente, por su sencillez, dada la existencia de diversos aspectos que pueden propiciar una con-

siderable complejidad. Procedemos, a continuación, a aludir únicamente a una pequeña muestra de ellos: en primer término, el artículo 818 del Código Civil impone hacer un cálculo con delicadas actualizaciones de valor, como base de todo el sistema legitimario (el celeberrimo *relictum* más *donatum*, que obliga a computar contablemente todas las donaciones hechas a lo largo de la vida del causante a cualquier persona, con el evidente riesgo de obviar algunas de ellas por falta de documentación); no es extraño que, como consecuencia de varias sucesiones forzosas encadenadas en la misma familia, la pequeña y mediana propiedad —las más habituales— se resientan con los nada desdeñables inconvenientes propiciados por un progresivo mayor fraccionamiento del dominio sobre las mismas cosas, que se pueden traducir en malestar, divisiones, gastos, deudas, liquidaciones y ventas que las «enervan y destruyen»¹⁴⁰; es posible que haya un usufructo vitalicio —en el caso de estar casado el causante—, que frecuentemente constituye un foco de conflictos¹⁴¹; hay diversas facultades de conmutar, que exigen cálculos, valoraciones y acuerdos; puede imponerse una sustitución fideicomisaria de residuo, *ex* artículo 808 del Código Civil, si algún legitimario se halla en situación de determinado grado de discapacidad, con los notables inconvenientes prácticos que de tal figura derivan; también en el caso de la discapacidad, habrá de valorarse la necesidad de quien se halle en tal situación y sea conviviente del fallecido, en aras a conferirle un derecho de habitación sobre la vivienda habitual en la hipótesis contemplada en el párrafo segundo del artículo 822 del Código Civil; resulta imprescindible efectuar la siempre problemática imputación de liberalidades (cfr. arts. 825 y 828 CC); es necesario llevar a cabo la colación, que se presenta como realmente ardua en el caso de donaciones enormemente alejadas en el tiempo, no solo por la insegura actualización de su valor, sino también por la propia demostración de tales liberalidades; será ineludible determinar cuáles son colacionables, y cuáles son meras liberalidades de uso, según las específicas circunstancias económicas de cada familia; las legítimas pueden dar lugar a la reducción de donaciones por inoficiosas, con la dificultad que ello entraña (especialmente, por cuanto atañe a las donaciones realizadas hace muchos años); asimismo, pueden originar la reducción de legados; son frecuentes las cláusulas testamentarias donde se contiene la célebre «cautela socini», u otras que vulneran la intangibilidad cualitativa de la legítima, y, en ocasiones, nuestra jurisprudencia aprecia cierta coacción¹⁴²; en los últimos años, como sabemos, se ha intensificado la confusa interpretación laxa de las causas de desheredación, de tal forma que se ha impregnado el sistema de inseguridad¹⁴³; puede presentarse el espinoso problema de determinar si la preterición de alguno de los legitimarios es o no intencional, para concretar sus efectos¹⁴⁴; etc.

Como cabe apreciar, el todavía vigente sistema legitimario de nuestro Código Civil presenta innumerables e intrincadas dificultades de orden tanto teórico como práctico. No en vano, TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO —así como O'CALLAGHAN, entre otros— reconocen que en torno a casi todos los aspectos de la figura de la legítima, tal y como se halla configurada en el referido texto legal, impera el desacuerdo, la polémica y la diversidad doctrinal¹⁴⁵. De hecho, es probable que la adopción de un régimen legitimario asistencial coadyuvara a la decisiva simplificación del actual sistema, que se halla colmado de farragosas y embrolladas cuestiones de capital trascendencia¹⁴⁶, y que hacen que sea una de las materias más litigiosas del Derecho de Sucesiones. En cualquier caso, si es la sencillez lo anhelado, conviene recordar que el genio jurídico desarrollado durante milenios no ha sido aún capaz de concebir un modelo más simple que el reconocimiento de la absoluta libertad de testar, sin siquiera reconocer la legítima en caso de necesidad. Obviamente, esta última solución traería consigo resultados indeseables, como dejar desamparados a los hijos menores de edad o en situación de discapacidad severa.

B) La legítima alimentaria o asistencial de los descendientes como tertium genus

En opinión de VAQUER, la concepción de las legítimas para escenarios de necesidad constituye «un choque excesivo con la tradición judicial española en la materia»¹⁴⁷. Sin embargo, ya hemos hecho referencia a las enormes transformaciones experimentadas en nuestro ordenamiento en materias atinentes a lo más íntimo, a la familia, que se plasmaron pese a que supusieron una ruptura radical con siglos de tradición jurídica (v.gr., la erradicación del deber de obediencia de la mujer y de la licencia marital; la supresión de la *dos* romana, que estuvo en vigor durante largo tiempo en el seno de nuestro Código; la admisión del divorcio; la equiparación de hijos matrimoniales y extramatrimoniales; el reconocimiento de derechos a las uniones de hecho; la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo; la fecundación y consiguiente paternidad *post mortem*; etc).

Se trata, pues, de una mera cuestión de prioridades, esto es, de política legislativa: ¿quién es merecedor de mayor tutela: la persona que ha generado el patrimonio durante su vida, o la que ha aprovechado esos bienes sin contribuir a su crecimiento? El deber de asistencia o solidaridad familiar, ¿se extiende más allá del óbito de las personas, incluso cuando sus familiares no precisen tal auxilio?

En primer término, hemos de establecer como premisa que la antítesis del sistema legitimario del Código Civil no es la concesión de un derecho

Las claves olvidadas en el debate sobre la prescripción de la acción de restitución...

⁹⁰ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, (1979, 51), afirma que el principio del enriquecimiento sin causa «es el último cartucho amparado en su propia vaguedad, es una llamada a la justicia en abstracto. Parece que el abogado que ve naufragar sus argumentos jurídicos, en el enriquecimiento torticero buscase un camino directo a la deontología del juez».

⁹¹ La 5.ª acepción es la que llama subsidiariedad subjetiva o subsidiariedad indirecta que es la que se produce cuando interviene en el desplazamiento patrimonial entre empobrecido y enriquecido un intermediario que recibe el enriquecimiento inicial y luego lo proyecta al enriquecimiento final. En este caso el empobrecido tendrá derecho a entablar la acción frente al enriquecido cuando no pueda recuperar su patrimonio del intermediario, de forma que la acción indirecta de enriquecimiento es subsidiaria.

Las otras tres acepciones del vocablo «subsidiariedad» son: 1) como apelación al principio de enriquecimiento injusto que actuaría como remedio excepcional y que descarta porque dice que aquí no estamos es hablando del principio de interdicción del enriquecimiento injusto sino de la obligación de restitución por enriquecimiento injustificado; 2) cuando no falta la causa que justifica la acción de enriquecimiento pues aquí es realmente una exclusión de la acción más que una subsidiariedad; y 3) cuando falta el requisito del empobrecimiento del actor porque puede ejercer una acción reivindicatoria). OROZCO MUNOZ, (2015, 339-344).

⁹² Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2018 (725/2018). La fecha de devengo del pago de intereses en la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios, Epígrafe 5.2., pág. 114.

⁹³ Así lo hace el Tribunal Supremo en su auto de 22 julio 2021 (FD CUARTO-6), considerando que, planteado con frecuencia ante él si la sentencia que declara la nulidad acuerda además la restitución recíproca de las prestaciones realizadas en ejecución del contrato nulo, cuando no ha sido pedido por la parte, es incongruente, entiende que no lo es y la razón es que la restitución recíproca de las cosas que hubieren sido materia de contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, prevista en el artículo 1303 del Código Civil, no necesita la petición expresa de la parte y debe ser acordada por el juez cuando declara la nulidad del contrato. Cita en apoyo de esta afirmación sus sentencias 843/2011, de 23 de noviembre y 485/2012, de 18 de julio.

MARÍN LÓPEZ, (2017, 90), considera que es una consecuencia lógica del principio de congruencia que las sentencias de Audiencia que cita como ejemplos [Gerona 55/2011 (Secc. 1.ª), de 10 de marzo de 2016; Zamora 101/2017, de 30 de marzo de 2017; Madrid 139/2017 (Secc. 20.ª), de 31 de marzo de 2017 (*JUR* 2017, 144838); Madrid 75/2016 (Secc. 12.ª), de 29 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 115862); Álava 266/2016 (Secc. 1.ª), de 1 de septiembre de 2016 (*JUR* 2016, 243691); Ávila 50/2017 (Secc. 1.ª), de 3 de marzo de 2017 (*JUR* 2017, 111325); Huelva 537/2016 (Secc. 2.ª) de 21 de noviembre de 2016 (*JUR* 2017, 58477); Jaén 153/2016 (Secc. 1.ª), de 7 de marzo de 2016 (*JUR* 2016, 153270); La Rioja 131/2016 (Secc. 1.ª), de 16 de julio de 2016 (*JUR* 2016, 184857); Valencia 252/2015 (Secc. 9.ª), de 15 de julio de 2015 (*JUR* 2015, 272933); Valencia 578/2016 (Secc. 9.ª), de 27 de abril de 2016 (*JUR* 2016, 155263); Valencia 617/2016 (Secc. 9.ª), de 4 de mayo de 2016 (*JUR* 2016, 214702); Murcia 140/2016 (Secc. 4.ª), de 25 de febrero de 2016 (*AC* 2016, 489); SJM n.º 1 de San Sebastián 81/2006, de 3 de marzo de 2016 (*JUR* 2016, 120408); SJM n.º 1 de San Sebastián 89/2016, de 8 de marzo de 2016 (*JUR* 2016, 57311)], no aprecien de oficio las cantidades abonadas por el prestatario en concepto de gastos si la demanda únicamente solicitó la declaración de nulidad de la cláusula pero no la restitución de dichas cantidades, aunque deja apuntado que el Tribunal Supremo ha sostenido en ocasiones lo contrario. Pues bien, un pronunciamiento tal se contiene en el auto apuntado de hace unos meses y en el tema en concreto de gastos hipotecarios cuya prescripción plantea al TJUE. Está claro que para llegar a la conclusión de que es imprescriptible la acción de nulidad y prescriptible la acción de restitución sería mejor que no se pudiera dar más de lo que se pide, pero parece que Tribunal Supremo le resta importancia amparándose en el propio tipo de ineficacia de la cláusula en la que estamos.

María Teresa Bendito Cañizares

Recordemos que justo este argumento de dar la consecuencia de la nulidad declarada, aunque o fuera pedida es utilizado por el voto particular a la sentencia de discordia para mantener que la acción de restitución y la declarativa son inescindibles.

⁹⁴ En la sentencia 725/2018 de 19 de diciembre, la AP de de Oviedo (Secc. 1.ª) de 21 de marzo de 2018, estima el recurso de apelación en este punto de considerar que el interés legal que debe devengar el montante de las cantidades a abonar por el banco en concepto de gastos de tasación y gestoría sería no desde la fecha en el que el consumidor los abona, como así había estimado el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Oviedo sino desde la fecha de la reclamación extrajudicial, *ex* artículo 1108 del Código Civil (FD PRIMERO-3).

⁹⁵ No obstante, confirma el anuncio hecho por la anterior STS 35/2021, de que cuando entre en vigor la LCCI deberá correr con el gasto de la tasación [*ex* art. 14.1.e) i)] el prestatario.

⁹⁶ Incluye aquí estos dos casos: 1) cuando se recibió una cosa para realizar una contraprestación que no se ha cumplido o en cobro de una obligación indebida con error por parte del que pagó y del que cobró, y 2) cuando se recibió una cosa por causa inicialmente válida, pero que posteriormente ha dejado de justificar la retención de lo adquirido.

⁹⁷ Así, en primer lugar, expone que puede ser considerada una acción resarcitoria sustentada en los artículos 1158 y 1895 del Código Civil, esto es, repetición por pago por cuenta de otro o por cobro de lo indebido; y, en segundo lugar, que la remoción no es automática pues la restitución debe de ser acorde a las normas sectoriales y las particulares circunstancias de cada caso (FD SEGUNDO-16).

⁹⁸ Porque, como decían ALAS, DE BUEN y RAMOS, (1918, 61), tomando una cita de Pugliese, concebir la prescripción como una pena no es dable porque «si moralmente es censurable el titular que permanece inerte, no lo es menos el deudor que, conociendo la obligación, no la cumple: el uno y el otro están en culpa y no hay razón para castigar a uno y recompensar a otro».

⁹⁹ Estos autores (1918, 62, 63 y 82), son partidarios de las teorías objetivas de la prescripción que la fundan en el influjo del tiempo, en la protección de situaciones estables, y en facilitar la prueba.

(Trabajo recibido el 5 de octubre de 2022 y aceptado para su publicación el 17 de abril de 2023)

DICTÁMENES Y NOTAS

Embargo sobre bienes propios del cónyuge no deudor por deudas contraídas por el otro cónyuge¹.
(Fundamentos de por qué no es posible afectar bienes propios a un procedimiento de ejecución en el que el perjudicado no ha sido parte)

*The garnishment of the assets of a non-debtor spouse for debts contracted by their partner.
(Reasons for why it is not possible to assign private property to an execution procedure in which the injured party has not been a party)*

por

MARIA DEL MAR MANZANO FERNÁNDEZ
*Profesora titular de Universidad
Universidad de Córdoba*

RESUMEN: El Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo) sostiene, en relación con la responsabilidad del cónyuge no deudor con

Maria del Mar Manzano Fernández

sus bienes propios por deudas generadas durante la vigencia del régimen de gananciales, que cabe el embargo de sueldos y salarios del cónyuge no deudor obtenidos tras la disolución de la sociedad de gananciales. Entre otros argumentos, esgrime el privilegio de la autotutela del que goza la Administración pública para el ejercicio de su acción recaudatoria, así como que, entendiendo aplicables las normas sobre partición y liquidación de las herencias, el artículo 1401 despliega sus efectos ante la posibilidad de que los cónyuges sustraigan bienes gananciales de la acción de los acreedores. Podría aceptarse que respondiera el cónyuge no deudor con sus bienes propios, pero hasta el valor de lo que le hubiera correspondido en la adjudicación de su cuota ganancial, pero en ningún caso puede aceptarse una responsabilidad *ultra vires*, ilimitada, tal y como mantiene este razonamiento. Este trabajo tiene como finalidad exponer los argumentos que avalan la conclusión expuesta y proponer, como única forma de proteger los bienes propios del que no fue nunca deudor, el régimen de separación de bienes desde la celebración del matrimonio.

ABSTRACT: The Supreme Court (Administrative Litigation Chamber) has ruled, in relation to the liability of a non-debtor spouse with his or her own assets for debts generated during the matrimonial property arrangement, that it is possible to garnish the salaries and wages of the non-debtor spouse obtained after the dissolution of the matrimonial property partnership. Among other arguments, it has cited the self-protection privilege enjoyed by the public administration for the exercise of its collection actions, as well as arguing that the regulations on the division and liquidation of inheritances are applicable, such that Article 1401 takes effect given the possibility that the spouses might extract matrimonial assets from creditors' actions. In my opinion, it could be accepted that the non-debtor spouse stand liable with their own assets, but only up to what would have corresponded to him or her in the adjudication of his/her matrimonial share, but in no case should ultra vires liability be accepted; that is, unlimited liability, as this reasoning asserts. The purpose of this work is to present the arguments that support the above conclusion and to propose, as the only way to protect the assets of one who was never a debtor, the separation-of-assets arrangement from the celebration of the marriage.

PALABRAS CLAVE: Bienes gananciales. Responsabilidad. Deudas de un cónyuge. Embargo salarios. Cónyuge no deudor.

KEY WORDS: *Matrimonial assets. Liability. Debts of a spouse. Wage garnishment. Non-debtor spouse.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—II. EL PASIVO DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES. DEUDA Y RESPONSABILIDAD DURANTE LA VIGENCIA DEL RÉGIMEN: 1. EL CÓDIGO CIVIL. 2. LA DEROGADA REMISIÓN AL CÓDIGO DE COMERCIO.—III. RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES PRIVATIVOS DEL CÓNYUGE NO DEUDOR: 1. DURANTE LA VIGENCIA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES. 2. SOCIEDAD DE GANANCIALES DISUELTA. EL ARTÍCULO 1317 DEL CÓDIGO CIVIL.—IV. LOS ARTÍCULOS 1401 Y 1402 DEL CÓDIGO CIVIL.—V. LA DOCTRINA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO.—VI. DERECHO ARAGONÉS Y SOLUCIÓN ADOPTADA.—VII. EMBARGO POR DEUDAS DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS.—VIII. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD ANTE EL EMBARGO DE BIEN INMUEBLE INSCRITO A FAVOR DE PERSONA DISTINTA DEL DEUDOR.—IX. SUPUESTOS EN LOS QUE CABE LA ANOTACIÓN DE EMBARGO, A PESAR DE LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES, POR TRATARSE DE DERIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD TRIBUTARIA.—X. CONCLUSIÓN Y CRÍTICA.—XI. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La Sala Tercera del Tribunal Supremo, en una sentencia de fecha 14 de diciembre de 2020 (hay otras posteriores en el mismo sentido) ha establecido doctrina con relación a la responsabilidad del cónyuge no deudor con sus bienes propios por deudas generadas durante la vigencia del régimen de gananciales por uno solo de los cónyuges, y que esos bienes propios son los sueldos y salarios del cónyuge no deudor obtenidos tras la disolución de la sociedad.

De entrada, hay que afirmar que esta conclusión no casa con el régimen de deudas y responsabilidad en el régimen económico matrimonial de gananciales, pues conviene adelantar que la Sala construye su argumento sobre la base de una regla —supuestamente— implícita en el articulado del Código Civil a la que añade el privilegio de la autotutela de que goza la Administración. Del análisis de los preceptos del Código Civil y del Código de Comercio (preceptos en vigor a la fecha de la sentencia) no puede —en ningún caso— extraerse tal conclusión, por lo que entendemos obligado este estudio, que no se circunscribe al ámbito de una sentencia concreta, sino al análisis del supuesto de hecho y de las posibles soluciones.

La cuestión podría enunciarse de la siguiente manera: ¿Se pueden embargar al cónyuge no deudor bienes propios obtenidos tras la disolución de la sociedad de gananciales? No nos referimos al embargo de los bienes que

Maria del Mar Manzano Fernández

le hubieran sido adjudicados en la liquidación, sino al de otros (sueldos y salarios) obtenidos tras la disolución. Esta es la pregunta a la que la Sala Tercera del Tribunal Supremo contesta que sí. Veamos, en primer lugar, los hechos concretos:

1.º. Se trataba de un matrimonio en gananciales, en el que el marido era el administrador único de una sociedad que genera deudas por cotizaciones a la Seguridad Social. En 2011 otorgan capitulaciones matrimoniales por la que disuelven, aunque no liquidan, la sociedad de gananciales y pactan separación de bienes.

2.º. En 2014 la TGSS dicta resolución por la que establece que la empresa citada mantenía descubiertos con la Seguridad Social por varias anualidades, señalando que dicha deuda es de incuestionada naturaleza ganancial, porque se generó constante la sociedad de gananciales y declarando al marido responsable solidario de la misma.

3.º. En 2015 se embargan a la esposa (cónyuge no deudor) bienes propios obtenidos tras la disolución, en concreto sueldos, salarios y pensiones.

4.º. La esposa recurre en alzada y se desestima el recurso. Posteriormente interpone recurso de apelación ante la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que dicta sentencia estimatoria ordenando que se le reintegraran las cantidades embargadas. La TGSS interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que dicta la sentencia cuya doctrina hoy examinamos.

Sus argumentos, en síntesis, son los siguientes:

1. Disuelta la sociedad de gananciales permanece indivisa una masa patrimonial de bienes que antes eran gananciales y que forman una comunidad *sui generis* regida por las normas de la comunidad ordinaria. En tal comunidad los cónyuges ostentan una cuota abstracta sobre la totalidad.

2. El artículo 1317 del Código Civil señala que la modificación del régimen económico no perjudicará los derechos de los acreedores. A tal prevención hay que añadir el privilegio de la autotutela del que goza la Administración pública para el ejercicio de su acción recaudatoria. Recordemos que la autotutela es el privilegio de las Administraciones públicas según el cual sus actos se presumen válidos y pueden ser impuestos a los ciudadanos, incluso coactivamente, sin necesidad del concurso de los tribunales, y al margen del consentimiento de aquellos.

3. La regulación de las operaciones de liquidación (formación de inventario, pago de deudas y adjudicación del remanente entre los cónyuges) se completa con dos reglas supletorias: el 1402 del Código Civil que dice que se aplicarán las normas sobre partición y liquidación de las herencias, y el 1410 del Código Civil que señala que se observará lo dispuesto sobre

El Código Civil contempla tres supuestos de deudas que pueden plantearse durante la vigencia de la sociedad de gananciales:

1.º. Deuda privativa (art. 1373 CC). En este caso, cuando se trata de deudas propias, responde cada cónyuge con su patrimonio personal y, si no fueran suficientes sus bienes privativos, entonces el acreedor puede pedir el embargo de bienes gananciales, notificando el embargo al otro cónyuge quien podrá pedir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad de gananciales, embargo que disuelve el régimen de gananciales.

2.º. Deuda de un cónyuge que sea, además, deuda de la sociedad (art. 1369 CC). Son las deudas de los artículos 1362 y 1363: las generadas por el sostenimiento de la familia (alimentación y educación de los hijos, la adquisición y gastos de bienes comunes, la administración ordinaria de bienes privativos y la explotación *regular* de los negocios o el desempeño de la profesión de cada cónyuge). En relación con estas últimas, el Código especifica que ha de tratarse de la explotación regular de los negocios o profesión de cada cónyuge. Así lo refrendaba el artículo 1365 en su apartado 2.º, hasta la reforma operada por la Ley 16/2022, Concursal², que ha suprimido del artículo 1365 del Código Civil el adjetivo de «ordinario» del ejercicio de la profesión: deudas contraídas en el ejercicio *ordinario* de la profesión arte u oficio —decía, hasta entonces, el precepto—. Ambos vocablos (*regular* y *ordinario*) debían considerarse equivalentes y se contraponen a los gastos extraordinarios derivados de la actividad económica que son siempre a cargo de la sociedad de gananciales, salvo que se realicen sobre establecimientos o explotaciones de carácter privativo. El mismo criterio debe aplicarse a los gastos relacionados con el ejercicio de la profesión (GARDEAZÁBAL DEL RÍO, 2002, 144).

Debemos detenernos en este punto para señalar que, en este último apartado estarían incluidas las deudas con la Seguridad Social por cotizaciones impagadas, puesto que en la sentencia que analizamos, la Sala se refiere a deudas «de incuestionada naturaleza ganancial», aunque en ningún momento justifica ni argumenta por qué lo son ni en base a qué precepto del Código Civil. Por otra parte, de tratarse de una deuda de esta naturaleza, la responsabilidad recae, a tenor del artículo 1365 del Código Civil, sobre el patrimonio personal del deudor y, solidariamente, sobre todos los bienes gananciales. Esto es lo que dice el Código Civil. Ningún precepto y en ningún caso señala que de este tipo de deudas responda el patrimonio privativo del cónyuge no deudor, por lo que habrá que indagar en qué se basa la Sala Tercera para determinar que procede el embargo de bienes propios del no deudor.

3.º. Deudas originadas por las necesidades ordinarias de la familia. Es lo que se conoce como la potestad doméstica, los actos encaminados a

Embargo sobre bienes propios del cónyuge no deudor por deudas contraídas...

atender las necesidades ordinarias de la familia a que se refiere el artículo 1319 del Código Civil. Los patrimonios responsables de atender a estas deudas son solidariamente, el común y el del cónyuge que contraiga la deuda y, subsidiariamente, el del otro cónyuge.

Este es el único caso en el que el Código Civil señala como responsable subsidiario el patrimonio del no deudor, pero la deuda que nos ocupa no tiene esta naturaleza, y ello está claro porque la sentencia no utiliza este argumento para derivar la responsabilidad al no deudor aun tratándose de una norma de régimen matrimonial primario y, por tanto, aplicable a cualquier matrimonio.

La falta de pago de las cotizaciones a la Seguridad Social de uno de los cónyuges no es una deuda derivada de la potestad doméstica. Lo que ampara el artículo 1319 del Código es la actuación indistinta de los cónyuges para contratar en beneficio del grupo familiar. En esta materia, en la satisfacción de las necesidades ordinarias de la familia, cada cónyuge tiene las mismas posibilidades de comprometer, no ya solo los bienes comunes, sino también los del otro cónyuge (HERRERO GARCÍA, 1981, 584). Las deudas a que se refiere el artículo 1319 son aquellas derivadas de los actos domésticos encaminados a dar cobertura a las necesidades vitales de la familia (alimentación, vestido, educación, transporte, entretenimiento, suministros, reparaciones ordinarias, etc.).

Ante la duda, por tanto, de si el artículo 1319 del Código Civil pudiera albergar las deudas contraídas por un cónyuge respecto de las cotizaciones a la Seguridad Social y, en consecuencia, afectar el patrimonio del cónyuge no deudor, la respuesta ha de ser negativa, máxime cuando el propio Tribunal Supremo no ha valorado ni siquiera esta posibilidad.

En conclusión, no hay más camino que afirmar que, cuando la Sala Tercera del Tribunal Supremo afirma con rotundidad que estamos ante una deuda de «incuestionada naturaleza ganancial», ha de tratarse, por exclusión, de una de las que recogen los artículos 1362 del Código Civil cuando se refiere a gastos derivados de la «explotación *regular* de los negocios o el desempeño de la profesión de cada cónyuge», y —en el mismo sentido— 1365 del Código Civil en su apartado 2.º («deudas contraídas en el ejercicio *ordinario* de la profesión arte u oficio»). En consecuencia, deuda «a cargo de la sociedad de gananciales» (1362 CC) y deuda de la que responden directamente los bienes gananciales (1365 CC)³.

2. LA DEROGADA REMISIÓN AL CÓDIGO DE COMERCIO

Puesto que la naturaleza de estas deudas con la Administración responden a una actividad mercantil, por lo que resulta de interés conocer lo que

diga el Código de Comercio, por si sus normas pueden arrojar algo de luz en este asunto, ya que el artículo 1365 del Código Civil remite —o remitía hasta hace bastante poco— a este texto legal para determinar la responsabilidad frente a terceros de los bienes gananciales cuando se ejerce el comercio por uno de los cónyuges, puesto que contiene particularidades en estos casos. Como señala GARDEAZÁBAL DEL RÍO (2002,150), el régimen especial tuvo importancia al tiempo de su aprobación por la Ley de 2 de mayo de 1975, al situar a ambos cónyuges en un estricto plano de igualdad; sin embargo, en la actualidad es, cuanto menos, discutible, la necesidad de un régimen especial por razón de la condición de casado de alguno de los cónyuges.

Quizá ha sido ese motivo lo que ha movido a la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, Ley Concursal, a derogar los artículos 6 a 12 del Código de Comercio, relativos al ejercicio del comercio por persona casada. En consecuencia, se ha eliminado del artículo 1365.2 del Código Civil la remisión a estas normas, por lo que hay que entender que la responsabilidad por deudas del cónyuge comerciante está sometida ahora al régimen general del Código Civil, en concreto al artículo 1365. ¿Cómo queda ahora, entonces, resuelto, este supuesto concreto?

Hasta ahora, el artículo 6 del Código de Comercio decía que, «en caso de ejercicio del comercio por persona casada, quedarán obligados a las resultas del mismo los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos con esas resultas, pudiendo enajenar e hipotecar los unos y los otros. Para que los demás bienes comunes queden obligados, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges». A la responsabilidad derivada del ejercicio del comercio por uno de los cónyuges, por tanto, solo resultarían afectados los bienes propios del deudor comerciante y, dentro de los bienes gananciales, los que conforman una categoría especial que son los adquiridos con las «resultas» del ejercicio del comercio. Esta categoría especial constituye un «patrimonio separado» dentro del patrimonio ganancial, sin que su composición quede mínimamente concretada (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1991,693). En todo caso, por lo que nos interesa, solamente se contemplaba la afección del patrimonio privativo del deudor y de parte del ganancial. Para que la responsabilidad recayera sobre los demás bienes comunes era necesario el consentimiento de ambos cónyuges.

Después, los artículos 7 y 8 del Código de Comercio lo que hacían era señalar cuándo se entendía prestado el consentimiento del que habla el artículo 6 (para afectar los bienes comunes). Se entiende prestado «cuando se ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo» y también «cuando al contraer matrimonio se hallare uno de los cónyuges ejerciendo el comercio y lo continuare sin oposición del otro». Se trata, por tanto, de un consentimiento presunto, por lo que sería precisa la oposición del cónyuge no comerciante.

Embargo sobre bienes propios del cónyuge no deudor por deudas contraídas...

Para obligar los bienes propios del cónyuge del comerciante el consentimiento habrá de ser expreso en cada caso (señalaba el derogado art. 9 CCo). El consentimiento puede ser general o especial para determinados negocios. No es el caso del supuesto de hecho que analizamos, por lo que no es preciso abundar más en este tema.

Retomando la pregunta que planteábamos más arriba, hemos de preguntarnos cuál es el régimen aplicable ahora, tras la reforma operada por la Ley 16/2022.

Pues parece que ahora los bienes gananciales responden de las deudas contraídas por el cónyuge comerciante *en todo caso*, según la regla general del artículo 1365.2º del Código Civil, precepto también modificado por la Ley 16/2022. Y decimos *en todo caso*, por la eliminación del carácter de «ordinario» del ejercicio de la profesión que antes se recogía y suprimiendo la remisión al Código de Comercio. Es decir, que los bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge en el ejercicio de la profesión, tenga ese ejercicio carácter de ordinario o de extraordinario, lo que amplía el espectro de responsabilidad a cargo de la masa patrimonial ganancial. El artículo 1362 del Código Civil se sigue refiriendo a la explotación *regular* de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge.

Dice PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (1991, 693) que este apartado segundo del artículo 1365 del Código Civil se refiere a la potestad de gestión en la propia esfera patrimonial. Los bienes gananciales responderán también, y directamente, frente al acreedor, de las deudas contraídas por un cónyuge en el ejercicio (ordinario) de la profesión, arte u oficio en la administración ordinaria de los bienes propios o en la explotación regular de los negocios. Siguiendo a BENAVENTE MOREDA (2012), se consideran incluíbles en el ejercicio ordinario de la profesión y, por tanto, de responsabilidad de la sociedad de gananciales, las deudas tributarias procedentes del ejercicio de la actividad profesional de los cónyuges, sin que, en la mayoría de los supuestos en que resuelven los tribunales sobre el tema, se discrimine entre la responsabilidad misma por la deuda y la que deriva del pago de sanciones como consecuencia de la infracción cometida.

III. RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES PRIVATIVOS DEL CÓN- YUGE NO DEUDOR

1. DURANTE LA VIGENCIA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Como se ha indicado al principio de este trabajo, la sociedad de gananciales no tiene personalidad jurídica, por lo que las deudas son personales

de los cónyuges, de uno o de los dos, en cuanto son los titulares de la masa patrimonial común.

Se trata ahora de determinar cómo se resolvería la situación expuesta pero no cuando la sociedad de gananciales está disuelta, sino vigente. Veamos qué ocurriría. Situáramos un matrimonio casado en gananciales, en el que uno de los cónyuges, administrador único de una sociedad, deja de pagar las cotizaciones a la Seguridad Social. Puesto que no estamos en fase de disolución ni de liquidación, no serían aplicables ninguno de los artículos del Código Civil recogidos en la sección 5.^a del capítulo IV del título III del libro IV rubricada como «De la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales», sino que serían de aplicación —en relación a las deudas— los artículos de la sección 3.^a: «De las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales», es decir, los artículos 1362, 1365 y 1369, además de otros específicos para supuestos muy concretos.

Como afirmación inicial, hay que señalar que, salvo el artículo 1319 del Código Civil, que es una norma de régimen económico matrimonial primario y, por tanto, aplicable a todos los regímenes económicos, y que permite la afección del patrimonio del cónyuge no deudor cuando se trate de deudas relativas a necesidades ordinarias de la familia, no existe en el Código Civil ninguna otra norma que ampare la vinculación de los bienes propios del cónyuge que no es deudor durante la vigencia del régimen. No serían aplicables, en consecuencia, ninguno de los artículos que esgrime la Sala Tercera del Tribunal Supremo en relación con esta materia. Con base en los artículos 1362.4.^a, 1365.2.^o y 1369 del Código Civil, la Seguridad Social, habría de dirigirse contra el patrimonio del deudor y contra todo el patrimonio ganancial. En ningún caso contra el patrimonio privativo del cónyuge no deudor.

Si, intentado el cobro por el actor, no hubiera bienes suficientes —ni privativos del deudor ni consorciales—, se generaría una deuda de la sociedad de gananciales que integraría el pasivo de la comunidad. Si, acreditada la insuficiencia de bienes gananciales, los cónyuges desearan, después, pactar separación de bienes, ¿podría entenderse, de algún modo, que esta insuficiencia supone un inventario defectuoso y, con ello, la aplicación de una regla implícita que traería consigo la afección de bienes presentes y futuros del no deudor? Si no hay bienes gananciales que repartir en la liquidación y es imposible achacar una actuación fraudulenta, habría que cuestionarse qué sentido tiene realizar un inventario y/o realizar liquidación en ausencia de bienes comunes. El acreedor solo tendría la opción de dirigirse contra los bienes futuros del deudor, porque durante la vigencia del régimen o no hubo bienes gananciales o, los que hubo se emplearon en responder parcialmente de la deuda.

Parece exagerado otorgar al acreedor de manera sorpresiva un derecho sobre los bienes futuros del no deudor por no liquidar o hacer un inventario

Embargo sobre bienes propios del cónyuge no deudor por deudas contraídas...

que incluyese solo el pasivo. Del mismo modo resulta lógico deducir que lo que impide el artículo 1317 del Código Civil es que el cambio de régimen perjudique a los acreedores, no que les otorgue garantías que no tenían durante la vigencia de los gananciales.

Así las cosas, nunca sería aconsejable la disolución del régimen consorcial porque agravaría la situación del cónyuge no deudor si, por cualquier causa, el inventario no estuviera correctamente confeccionado.

2. SOCIEDAD DE GANANCIALES DISUELTA. EL ARTÍCULO 1317 DEL CÓDIGO CIVIL

Una vez disuelta la sociedad de gananciales los acreedores pueden tratar de hacer efectivos sus créditos. Entendiendo que, habiéndose devengado durante la vigencia del régimen, son deudas gananciales.

Es necesario analizar el funcionamiento de la sociedad de gananciales disuelta pero no liquidada. La situación es la misma que en el supuesto de vigencia del régimen, salvo que no ingresaran más bienes con carácter ganancial que deban responder de las obligaciones gananciales, excepcionando la aplicación del principio de subrogación real.

La primera cuestión que debe aclararse es si el acreedor, en cada caso, lo es de la sociedad de gananciales o si, por el contrario, es un acreedor privativo. En el supuesto de hecho que nos ocupa, dice el Tribunal Supremo que se trata de una deuda de «incuestionada naturaleza ganancial». Tratándose de acreedores consorciales, la tesis predominante (GUILARTE GUTIÉRREZ, 1993, 605) considera como más adecuada la inoponibilidad de la modificación del régimen económico matrimonial, por la aplicación conjunta de los artículos 1317, 1401 y 1402 del Código Civil, sin necesidad de impugnar las capitulaciones. Si se tratara de deuda privativa sería esta la única vía posible: la impugnación de las capitulaciones vía rescisión por fraude (SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2002, 223).

En este supuesto no deben regir las normas de los artículos 1397 y siguientes del Código Civil que se refieren a operaciones de liquidación. Hay modificación de régimen económico matrimonial a futuro, pero por este hecho no se ven perjudicados los derechos de los acreedores, puesto que siguen existiendo los mismos bienes que antes conformaban la masa común antes ganancial, es decir, persiste la misma deuda y existen los mismos bienes.

El Código Civil no impone una obligación de liquidar ni un plazo para ello como tampoco lo impone a los herederos para partir la herencia.

En el supuesto debatido no hubo liquidación puesto que no hubo bienes gananciales. Sin embargo, la Sala aplica artículos que se refieren a adjudicaciones que exigen la previa liquidación. Pero si no hay bienes gananciales

que respondan de una obligación ganancial, hay que cuestionarse el sentido que tendría liquidar. Entendemos que ninguno. Cuestión distinta sería la ocultación de bienes gananciales para no liquidarlos, pero debería probarse la existencia de los mismos.

Sin embargo, la Sala Tercera del Tribunal Supremo llega a la conclusión que, una vez disuelta la sociedad de gananciales se puede embargar *el patrimonio propio del no deudor generado con posterioridad a la disolución*, patrimonio que nunca fue ganancial. Ni siquiera lo podríamos denominar patrimonio privativo porque, constante la sociedad de gananciales, estos bienes no existían. La única opción viable para que pudiera trabarse el embargo en un bien privativo adquirido con posterioridad a la disolución del régimen de gananciales sería acreditar una subrogación real de los bienes, es decir, que el adquirido lo fuese con otros procedentes de la comunidad. Así lo señala reiterada jurisprudencia⁴ y el artículo 1346.3.º del Código Civil.

La Sala sustenta su argumentación en el juego de los artículos 1317 y 1401 y 1402 del Código Civil. El 1317 establece una garantía de protección a los derechos adquiridos por terceros (acreedores), señalando que no les perjudicará la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio. El 1401, en sede de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales y, en consonancia con el ya citado artículo 1373 del Código Civil, dice que los acreedores conservarán sus créditos contra el deudor, de manera que el no deudor responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiere formado debidamente inventario judicial o extrajudicial. Finalmente, el artículo 1402 dice que los acreedores de la sociedad de gananciales tendrán en la liquidación los mismos derechos que le reconocen las leyes en la partición y en la liquidación de las herencias.

Una interpretación conjunta de los tres preceptos viene a decir lo siguiente: los bienes que integraban el patrimonio ganancial siguen respondiendo de las deudas de la sociedad de gananciales, a pesar de la disolución de esta (PÉREZ GARCÍA, 2002, 229). No obstante no señala cual es la sanción para el supuesto en que tales derechos se vean perjudicados, sino que, si la modificación del régimen económico implica perjuicio para los terceros, las capitulaciones no serán oponibles a aquellos.

La jurisprudencia⁵ se ha ocupado de fijar el verdadero sentido del artículo 1317 del Código Civil, que no es otro que «evitar el posible fraude a terceros derivado de la modificación de las capitulaciones matrimoniales (...), para lo que hay una vinculación real de los bienes adjudicados a cualquiera de ellos al liquidar la sociedad de gananciales y sustituirla por otro régimen económico matrimonial». El artículo 1317 del Código Civil permite a los acreedores acudir a la acción rescisoria, siempre de carácter subsidiario, o dirigir la acción de reclamación contra el cónyuge deudor o contra el no deudor en los bienes que las nuevas capitulaciones le adjudiquen⁶. Explica SÁNCHEZ

GONZÁLEZ (2002, 150) que la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública considera que el artículo 1317 del Código Civil es aplicable solamente cuando se trate de créditos anteriores a la modificación del régimen económico y se trate de deudas que tengan la consideración ganancial o consorcial⁷. Por el contrario, los acreedores particulares de uno de los cónyuges no tienen «derecho adquirido» alguno para proceder contra tales bienes⁸.

El propio Tribunal Supremo ha explicado dónde están los límites: «la modificación del régimen económico-matrimonial, realizada constante el matrimonio, no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (art. 1317 CC), sin que para la subsistencia y efectividad de dicha garantía sea necesario acudir a la rescisión o nulidad de las capitulaciones matrimoniales en que tal modificación se instrumente (...) ya que del sentido general de los artículos 1399, 1403 y 1404 del Código Civil se desprende que la preservación de los derechos de los acreedores se traduce en que *estos conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor con responsabilidad ilimitada y, además, su consorte responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiese formulado debidamente inventario, pues en otro caso, y por aplicación de las normas de las sucesiones (arts. 1401 y 1402 en relación con el 1084, todos del Código Civil), tal responsabilidad será ultra vires, todo lo cual determina que, aun después de la disolución de la sociedad de gananciales, permanece viva la acción del acreedor contra los bienes que, antes de aquella, tenían naturaleza ganancial*»⁹.

Los acreedores siguen teniendo las mismas posibilidades —o más— de cobrar sus créditos, cuando el régimen económico se modifica.

IV. LOS ARTÍCULOS 1401 Y 1402 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 1402 del Código Civil señala lo siguiente: «Los acreedores de la sociedad de gananciales tendrán en su liquidación los mismos derechos que les reconocen las leyes en la partición y liquidación de las herencias». El patrimonio ganancial —dice PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (1991,787)— igual que el patrimonio hereditario, permanece afecto a las deudas a que está afecto independientemente de quién sea su titular. Persiste en todo caso, incluso cuando sin pagar a los acreedores, la sociedad se ha disuelto. En la comunidad postganancial (hasta su liquidación), los cónyuges ostentan una cuota abstracta sobre la totalidad de lo que fue patrimonio ganancial, sin atribución de cuotas singulares.

Conviene hacer las siguientes consideraciones:

1. Aunque los cónyuges cambien el régimen económico los derechos de los acreedores de la sociedad de gananciales conservan su fuerza respecto

del patrimonio ganancial (art. 1317 CC). Siguen teniendo como garantía de sus créditos la masa de bienes del patrimonio privativo del deudor y, además, la masa de bienes gananciales. La disolución del régimen económico no impide que los acreedores sigan teniendo sobre el patrimonio ganancial en liquidación las mismas posibilidades (embargo y ejecución, facultad de intervenir en la división del condominio ordinario en el que una cuota sea ganancial, tercerías) (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1991, 787).

2. El patrimonio ganancial persiste individualizado cualesquiera que sean las vicisitudes de su titularidad hasta que se extingan las deudas a las que está afecto. Persiste cuando aún no se ha hecho la liquidación y partición de gananciales y también cuando la adjudicación y partición ha sido acordada entre los cónyuges.

3. El patrimonio ganancial no pasa a integrar el patrimonio personal de cada cónyuge hasta la liquidación de las deudas. Aunque esté adjudicado a uno u otro cónyuge o a sus herederos. Lo mismo ocurre cuando se trata del patrimonio hereditario, cuyas reglas son aplicables a la liquidación de gananciales.

El artículo 1399 del Código Civil viene a decir: 1.º, que los acreedores por deudas de la sociedad de gananciales tienen preferencia sobre los acreedores por deudas privativas de los cónyuges, lo mismo que los acreedores de la herencia son preferentes a los acreedores particulares de cada heredero y, 2.º, que la no existencia de inventario no puede menoscabar la posición de los acreedores.

Por su parte, el artículo 1401 del Código Civil señala que, si no se han pagado las deudas de la sociedad, los acreedores conservan sus créditos contra el cónyuge deudor y que el no deudor responderá con los que le hubieran sido adjudicados si se hubiera formado inventario.

La interpretación que de este precepto hace la sentencia de 14 de diciembre de 2020 es la siguiente: cuando el artículo 1401 del Código Civil dice que el cónyuge no deudor responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiere formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial, contiene una norma implícita que viene a decir que si no se ha formulado debidamente inventario el cónyuge no deudor responde ilimitadamente con sus bienes propios. En la misma línea dice SÁNCHEZ GONZÁLEZ (2002, 227) que la consecuencia de adjudicar bienes gananciales sin formación de inventario es que la responsabilidad del cónyuge que no era deudor se universalice. La diferencia con la doctrina de la Sala Tercera es que, en el caso que esta resuelve, no se habían adjudicado gananciales, muy probablemente porque no los había y, además, lo que se embargan son los sueldos y salarios del no deudor generados con posterioridad a la disolución.

El otro argumento es la aplicación del artículo 1402 del Código Civil, que dice que los acreedores de la sociedad de gananciales tendrán en la

Embargo sobre bienes propios del cónyuge no deudor por deudas contraídas...

liquidación los mismos derechos que le reconocen las leyes en la partición y liquidación de las herencias. Así, tomando como aplicable el 1084 del Código Civil, deduce la responsabilidad «ultra vires» del cónyuge no deudor: «hecha la partición los acreedores podrán exigir el pago de la deuda por entero de cualquiera de los herederos que no hubiese aceptado a beneficio de inventario». Como la sentencia no explica por qué entiende aplicable este artículo, entendemos que, lo que quiere decir es que el acreedor de la sociedad de gananciales puede, analógicamente, exigir la deuda de uno de los cónyuges al otro, casado en separación de bienes, suponiendo, como ya se ha dicho, que deliberadamente no incluyó la deuda en el inventario y considerando implícita una norma sancionadora que el Código no recoge en ningún sitio. En realidad, esta responsabilidad «ultra vires» lo que implica es que, aunque los bienes gananciales estén adjudicados a uno u otro cónyuge, sigue existiendo una responsabilidad real de la masa de bienes gananciales.

La reclamación al cónyuge no deudor será posible, claro está, pero solo podrá hacerse efectiva sobre los bienes que le hubieren sido adjudicados en la liquidación. La remisión a las normas sucesorias significa lo siguiente: será posible la reclamación al cónyuge no deudor cuando haya perdido el beneficio de inventario (arts. 1402, 1410, 1003 y 1084 CC), de manera que en este caso responderá solidariamente con todos sus bienes y de todas las deudas de la sociedad de gananciales. También podrá acudir al patrimonio del no deudor —como se ha explicado más arriba— cuando estemos ante uno de los supuestos del artículo 1319 del Código Civil.

V. LA DOCTRINA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Tribunal Supremo resolvió un supuesto idéntico al que nos ocupa en la sentencia de 7 de noviembre de 1997. Se embarga un bien adquirido por la esposa e inscrito con carácter «presuntivamente ganancial» por deudas del marido con la TGSS devengadas con posterioridad a las capitulaciones de separación de bienes (no liquidan gananciales).

La doctrina que recoge se puede resumir en los siguientes puntos:

1. Es necesario distinguir entre disolución y liquidación. La sociedad de gananciales no liquidada es una comunidad post ganancial o post matrimonial sobre la antigua masa ganancial cuyo régimen ya no es el de la sociedad de gananciales, sino de una comunidad ordinaria en la que cada comunero ostenta una cuota abstracta, no sobre bienes concretos.

2. La Ley autoriza el cambio de régimen económico. La remisión que establece el artículo 1410 del Código Civil permite mantener que durante

ese período transitorio nos encontramos ante una comunidad de naturaleza especial equiparable a la comunidad hereditaria, de la que son titulares ambos cónyuges.

3. Para que subsistiera el embargo sobre un bien privativo adquirido con posterioridad a la disolución del régimen de gananciales ha de acreditarse una subrogación real de los bienes, es decir, que lo adquirido lo fuese con otros procedentes de la comunidad.

4. El patrimonio de la comunidad indivisa sigue respondiendo de las obligaciones que pesaban sobre la sociedad de gananciales, pero no de las que contraiga con posterioridad cualquier titular, que han de recaer sobre su propio patrimonio. Lo que se niega es que se puedan embargar bienes privativos, pues el patrimonio de la Comunidad indivisa sigue respondiendo de las obligaciones que pesaban sobre la sociedad de gananciales, pero no de las que contraiga con posterioridad cualquier titular, que han de recaer sobre su propio patrimonio.

5. La preservación de los derechos de los acreedores (art. 1317 CC) se traduce en que estos conservan sus créditos contra el cónyuge deudor con responsabilidad ilimitada y, además, su consorte responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados si se hubiese formado debidamente inventario.

6. Para que el cónyuge no deudor responda con los bienes propios se precisa que no se haya hecho inventario y, además, se le adjudiquen bienes gananciales, produciéndose entonces la confusión de patrimonios.

No se le han adjudicado ni se ha demostrado subrogación, por lo que la acreedora conserva su acción contra los bienes gananciales, pero no contra los privativos del cónyuge, pues no se acreditó que hubiese confusión de patrimonios.

7. Fraude de ley para sustraer el patrimonio conyugal de las responsabilidades que le afectaban. La sentencia excluye la posibilidad del fraude al haberse adquirido la vivienda cuatro años después de las capitulaciones matrimoniales y ser la traba muy posterior.

Tampoco se ha acreditado la inexistencia de otros bienes para la satisfacción del crédito.

Para que el cónyuge no deudor responda con los bienes propios se precisa que no se haya hecho inventario y que, no obstante, se le adjudiquen bienes gananciales, pues entonces se confunden estos con los suyos propios, Este supuesto de hecho es diferente al que nos ocupa, en el que se parte de que no hubo liquidación ni adjudicación de bienes, por lo que falta la base fáctica para el acogimiento del motivo, al no constar tampoco, como se ha dicho, una subrogación real. En definitiva, la acreedora conserva su acción contra los bienes gananciales, pero no contra los privativos del cónyuge, pues no se acreditó que hubiese confusión de patrimonios.

Embargo sobre bienes propios del cónyuge no deudor por deudas contraídas...

Dice LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (2002, 318) que la tesis de esta sentencia es discutible porque, aunque no se oponga al tenor literal del artículo 1401 del Código Civil, la falta de inventario realizado en un tiempo prudencial convierte en dudosa la procedencia de los fondos empleados por el cónyuge no deudor para adquirir los bienes con posterioridad a la disolución de la sociedad.

De entender que los fondos son gananciales por no haber hecho inventario estaríamos alimentando aún más el excesivo valor de la presunción de ganancialidad. Tendríamos que pensar que todo bien adquirido con posterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales se ha pagado con dinero ganancial, y ello porque no se ha hecho inventario. En todo caso, lo que cuestionamos en este estudio se excluye de esta posibilidad, puesto que lo que se embarga son los sueldos del no deudor adquiridos con posterioridad a la disolución del régimen.

En el mismo sentido se pronuncian las sentencias de 17 de febrero de 1992¹⁰ y 25 de octubre de 2005¹¹: «disuelta la sociedad de gananciales, los bienes integrantes del caudal conyugal quedan sometidos, hasta el momento en que se practique la liquidación y adjudicación de bienes a los cónyuges, al régimen de la comunidad de bienes, y no al de sociedad de gananciales» (STS de 19 de junio de 1998). Tratándose de una deuda de la sociedad de gananciales contraída antes de su disolución, los capítulos matrimoniales no son oponibles a los terceros acreedores, que, de acuerdo con el artículo 1401 del Código Civil podrán dirigirse contra los bienes adjudicados al cónyuge no deudor.

VI. DERECHO ARAGONÉS Y SOLUCIÓN ADOPTADA

Hasta este momento, todo lo expuesto se refiere al régimen de gananciales. Las normas aplicables son las del Código Civil y, concretamente, las recogidas en sede de liquidación del régimen económico de gananciales.

Estas normas, como es sabido, no son aplicables a aquellos regímenes forales que también están conformados por bienes comunes o consorciales y que cuentan con una regulación específica. Nos hemos detenido en el régimen foral aragonés porque la solución que se da a la responsabilidad por deudas comunes sobre el patrimonio privativo del cónyuge no deudor nos parece más acertada y justa que la que adopta la jurisprudencia en esta última tendencia de la Sala Tercera que se ha expuesto. Y no solamente eso, sino que esa solución normativa apunta de manera precisa como deberían ser interpretados los artículos 1401 y 1402 del Código Civil.

La justificación de la afección de los sueldos y salarios del no deudor adquiridos con posterioridad a la disolución de la sociedad, parte de una

VIII. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD ANTE EL EMBARGO DE BIEN INMUEBLE INSCRITO A FAVOR DE PERSONA DISTINTA DEL DEUDOR

En este trabajo hemos intentado argumentar por qué no se sustenta jurídicamente el embargo de los sueldos y salarios del cónyuge no deudor generados con posterioridad a la disolución de la comunidad, cuando ese embargo trae causa de deudas devengadas durante la vigencia de una sociedad de gananciales ya disuelta. Nos planteamos ahora que el cónyuge no deudor, al que se hace responsable de la deuda, fuera titular de un bien inmueble, y que la Sala entienda afecto dicho inmueble al pago de la deuda, dictando mandamiento de embargo. Aplicando los mismos criterios que se han aplicado para el embargo de salarios, es decir, que en el artículo 1402 del Código Civil ha de entenderse implícita una responsabilidad *ultra vires* del cónyuge no deudor cuando el inventario se ha confeccionado defectuosamente, no siendo necesario ahora entrar en argumentos que ya se han expuesto en este trabajo. Y ante el supuesto que ahora nos planteamos, recordemos que la Sala no ha entendido determinante que *no se haya notificado al cónyuge no deudor la providencia de apremio que autoriza el embargo de sus bienes*¹³.

La cuestión, en definitiva, no es otra que determinar cómo puede coordinarse esta práctica con el principio de la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución y que tiene su reflejo en la legislación hipotecaria a efectos de la anotación del embargo a favor de la Administración (arts. 1, 20 y 40 LH entre muchos otros). En particular, el párrafo segundo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria limita los casos en los que se puede anotar el embargo contra persona que no haya sido parte en el procedimiento a aquellos «criminales y en los de decomiso podrá tomarse anotación de embargo preventivo o de prohibición de disponer de los bienes, como medida cautelar, cuando a juicio del juez o tribunal existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el encausado, haciéndolo constar así en el mandamiento». *A sensu contrario*, por tanto, en ningún caso puede seguirse este criterio cuando se trata de un embargo administrativo.

La doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (Dirección General de los Registros y del Notariado en el momento de la emisión) puede exponerse como sigue al resolver recursos planteados en supuestos prácticamente idénticos al que tratamos:

En las resoluciones de 3 de junio de 2002 y 5 de julio de 2007 —entre otras— se presenta en el Registro mandamiento de embargo en procedimiento dirigido contra la esposa por deudas a la Seguridad Social. Se

solicita el embargo de un bien privativo del marido, como responsable solidario de la deuda generada en periodo de régimen económico de gananciales por su esposa. El registrador suspende la práctica de la anotación por hallarse la finca inscrita a nombre del marido de la demandada con carácter privativo y no haber declaración judicial de ganancialidad de la deuda. La TGSS recurre alegando que tanto la deuda como el bien fueron gananciales.

La Dirección General desestima el recurso porque, aparte de que el bien se inscribió como privativo del marido desde su adquisición, la sola afirmación por el Recaudador de que la deuda que motiva el embargo cuestionado es deuda de la sociedad de gananciales no es suficiente para hacer posible la anotación. Para ello es necesario que exista una previa declaración judicial de ganancialidad de la deuda, en procedimiento declarativo entablado contra ambos cónyuges para evitar la indefensión, puesto que no existe en nuestro Código Civil una presunción de ganancialidad de las deudas contraídas durante la vigencia de la sociedad de gananciales. Ninguna deuda contraída por un solo cónyuge puede ser reputada ganancial y tratada jurídicamente como tal mientras no recaiga la pertinente declaración judicial en juicio declarativo entablado contra ambos cónyuges, pues a ambos corresponde, conjuntamente, la gestión de la sociedad de gananciales (cfr. art. 1375 CC). Entender lo contrario supondría la indefensión del titular registral, al no poder alegar ni probar nada en contra de dicha ganancialidad, con menoscabo de su derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado por el artículo 24 de la Constitución española.

Conviene destacar que en este caso lo que se embarga es un bien privativo y que la sociedad de gananciales no está disuelta.

En la resolución de 20 de junio de 2018, la Dirección General concluye que, para practicar una anotación de embargo sobre bienes inscritos a nombre de uno de los cónyuges con carácter privativo por liquidación de la sociedad de gananciales, por deudas contraídas por el otro consorte, será preciso que se dé alguno de estos casos: 1.º. El procedimiento del que resulta el mandamiento que ordena la anotación debe haberse dirigido contra ambos cónyuges. 2.º. Aun tratándose de un procedimiento dirigido solo contra el cónyuge deudor, deben cumplirse los dos requisitos previstos en el artículo 144.4, párrafo segundo del Reglamento Hipotecario. Estos requisitos son:

1.º. El bien debe haber sido adjudicado al cónyuge contra el que se dirige la demanda o la ejecución,

2.º. Del mandamiento ha de resultar la responsabilidad del bien por la deuda que motiva el embargo y conste la notificación del embargo al cónyuge titular, antes del otorgamiento de aquella.

Embargo sobre bienes propios del cónyuge no deudor por deudas contraídas...

En definitiva, ni la mera determinación de la ganancialidad de la deuda por el Recaudador, ni la falta de notificación del mandamiento de embargo al cónyuge no deudor —ambas circunstancias concurrentes en la doctrina emitida por la Sala Tercera del Tribunal Supremo— harían posible la anotación del embargo en el Registro de la Propiedad cuando de un bien inmueble se tratara, sea por privativo del cónyuge contra quien no se ha dirigido el procedimiento, o se ha notificado, pero con posterioridad a la liquidación de gananciales, sea por no haberse declarado judicialmente la ganancialidad de la deuda.

IX. SUPUESTOS EN LOS QUE CABE LA ANOTACIÓN DE EMBARGO, A PESAR DE LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES, POR TRATARSE DE DERIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD TRIBUTARIA

La resolución de 23 de junio de 2000 entiende que se cumple el principio de tracto sucesivo del artículo 20 LH cuando el procedimiento administrativo de apremio de la Agencia Tributaria y el embargo va dirigido contra el cónyuge titular registral al que se había adjudicado el inmueble en virtud de capitulaciones matrimoniales y disolución y liquidación de la sociedad de gananciales con anterioridad a la diligencia de embargo, siendo el concepto en que se decreta el apremio y el embargo el de ser la esposa responsable solidaria de las deudas devengadas durante la vigencia de la sociedad de gananciales con el marido, el cual era administrador único de una entidad y era responsable subsidiario en concepto de administrador, limitándose la resolución a señalar que «el procedimiento del que emana el embargo que se pretende anotar aparece dirigido contra el titular registral del derecho embargado, apareciendo, por tanto, plenamente satisfechas las exigencias del principio de tracto sucesivo del artículo 20 LH, siendo problema diferente en el que no se entra al no haber sido planteado en la nota calificadora el de si es competente la Administración Tributaria para declarar la responsabilidad de los bienes gananciales por deudas tributarias de las que sea sujeto pasivo o responsable legal uno solo de los cónyuges o para ejecutar, por el procedimiento de apremio administrativo, bienes que pertenecen a persona distinta del sujeto pasivo de la deuda tributaria o del responsable legal de la misma, por no haber sido planteada en la nota calificadora».

Por su parte, la resolución de 21 de septiembre de 2006 declara que cabe anotación de embargo preventivo ordenada por la Agencia Tributaria dentro de un expediente de derivación de responsabilidad contra la titular registral como responsable solidaria de las deudas de su marido, aunque conste inscrita la escritura de disolución de la sociedad de gananciales,

Embargo sobre bienes propios del cónyuge no deudor por deudas contraídas...

hubo inventario. La remisión del artículo 1410 lo que permite entender es que nos encontramos ante una comunidad especial, equiparable a la hereditaria antes de la partición. La modificación del régimen no lleva aparejada una liquidación inmediata u obligatoria de la masa común antes ganancial. La modificación hace cesar el régimen de gananciales a futuro, pero no trasmuta automáticamente los bienes existentes gananciales en privativos. Para ello es necesaria la fase de liquidación previo inventario y posterior adjudicación y ahí, en esas operaciones es donde pueden verse burladas las garantías de los acreedores gananciales si los bienes gananciales durante la vigencia del régimen pasan a ser en todo o en parte privativos del no deudor en la adjudicación

III. El artículo 1317 debe entenderse en el sentido de que la modificación no perjudica a los acreedores respecto al carácter de la deuda ni al carácter de los bienes que pudieran cambiar en su perjuicio en la liquidación, pero no en el sentido de que respecto a los excónyuges y los acreedores no se haya disuelto el régimen y ya no haya a futuro más bienes gananciales. Es decir, que lo que perjudica es la liquidación, no la modificación.

IV. Entiende implícita una norma (la responsabilidad *ultra vires* del no deudor) que no puede deducirse, porque es gravosa para quien no fue parte del procedimiento y no pudo defenderse. Es de destacar que no se notificó a la esposa la providencia de apremio que autoriza el embargo de sus bienes, impidiendo invocar motivo de oposición alguno. El cónyuge no deudor no tiene la condición de responsable de pago de la deuda, por lo que se exige la notificación del acto de afección. No se le notificó. Si se tratara del embargo de un bien inmueble privativo del cónyuge no deudor, esta falta de notificación daría lugar a la denegación de la anotación del embargo por el registrador de la propiedad.

V. La existencia o no del inventario no añade nada en garantía de los acreedores, puesto que si hay liquidación con adjudicación de bienes necesariamente ha habido inventario. No habrá inventario si no hay bienes gananciales que liquidar, por lo que exigir inventario solo para la determinación del pasivo so pena de derivar una responsabilidad al no deudor es algo que carece de base legal.

VI. En definitiva, resulta paradójico que, si este matrimonio no hubiese pactado nunca separación de bienes, y su régimen económico fuera el de gananciales, responderían de la deuda los bienes privativos del deudor y los gananciales, pero nunca los propios del no deudor. El pacto capitular agrava la situación del no deudor, lo que no debería ser así.

En mi opinión, podría aceptarse que respondiera el cónyuge no deudor con sus bienes propios, pero hasta el valor de lo que le hubiera correspondido en la adjudicación de su cuota ganancial, pero en ningún caso puede aceptarse una responsabilidad *ultra vires*, ilimitada.

Maria del Mar Manzano Fernández

VII. Finalmente, creo que la reflexión que debe hacerse es que, ante la posibilidad de que el cónyuge empresario mantenga deudas con la Administración, la única forma de proteger los bienes propios del que no fue nunca deudor, pero que con este razonamiento que plantea la sentencia se convierte en responsable, es que la deuda nunca pueda considerarse «de incuestionada naturaleza ganancial», como dice el Tribunal Supremo. Parece, por tanto, la única opción, pactar separación de bienes desde la celebración del matrimonio o, en todo caso, antes de contraer alguna deuda ganancial.

X. RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 10 de septiembre de 1987. *RJ* 6046, 1987
- STS de 17 de febrero de 1992. *RJ* 1992, 1258
- STS de 13 de octubre de 1994. *RJ* 7482, 1994
- STS de 7 de noviembre de 1997. *RAJ* 7937
- STS de 18 de noviembre de 1998. *RJ* 9693, 1998
- STS de 24 de marzo de 2003. *RJ* 2003, 2917
- STS de 25 de octubre de 2005. *RJ* 2005, 7210
- STS de 14 de diciembre de 2020. (Sala 3.^a). *RJ* 2020, 5424

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ Galicia 393/2006, de 29 de marzo de 2006
- STSJ Murcia 130/2010, de 19 de febrero de 2010
- STSJ Galicia 173/2022, de 8 de marzo de 2022

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP La Coruña 345/2002, de 18 de octubre de 2002
- SAP Badajoz 582/2020, 24 de julio de 2020
- SAP Málaga 805/2020, 2 de septiembre de 2020
- SAP Toledo 184/2020, 14 de octubre de 2020

XI. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA (ANTES, DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO)

- RDGRN de 5 de enero de 1988
- RDGRN de 18 de marzo de 1988
- RDGRN de 29 de mayo de 1989
- RDGRN de 3 de julio de 1991
- RDGRN de 4 de julio de 1991
- RDGRN de 24 de julio de 1991
- RDGRN de 19 de febrero de 1992
- RDGRN de 21 de mayo de 1992
- RDGRN de 26 de junio de 1992
- RDGRN de 21 de junio de 1994
- RDGRN de 18 de marzo de 1995
- RDGRN de 23 de junio de 2000
- RDGRN de 3 de junio de 2002
- RDGRN de 21 de septiembre de 2006
- RDGRN de 5 de julio de 2007
- RDGRN de 7 de enero de 2015
- RDGRN de 20 de junio de 2018

XII. BIBLIOGRAFÍA

- BENAVENTE MOREDA, P. *Responsabilidad de la sociedad de gananciales por deudas gananciales*, Estudios y Comentarios Legislativos, Aranzadi, Pamplona, 2012. Disponible en <https://insignis.aranzadidigital.es>.
- BELLO JANEIRO, D. *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*, Bosch, Barcelona, 1993.
- CERDÁ GIMENO, J. *Estudios sobre Derecho de Familia*. Prólogo por don LUIS PUIG FERRIOL. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (coord.) *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil*. Segunda Edición. Editorial Civitas, Madrid, 1994.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. *La liquidación de la sociedad de gananciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- FABAR CARNERO, A. La responsabilidad directa con los bienes gananciales por las deudas de naturaleza extracontractual individualmente contraídas, *Revista de Derecho UNED*, núm. 22, 2018.
- GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F.J. Tema 6. La sociedad de gananciales, en *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo IV. Familia, coord. por J.F. Delgado de Miguel, Consejo General del Notariado, Civitas, 2002, 295-66.

RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA

Coordinado por Juan José Jurado Jurado

Registro de la Propiedad

Por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 20-12-2022

BOE 3-2-2023

Registro de la Propiedad de Corcubión-Muros.

HERENCIA: PREVIA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

Para inscribir la adjudicación hereditaria o los legados de bienes que eran gananciales, es preciso que con carácter previo se realice la liquidación de la sociedad de gananciales con intervención de los herederos de ambos cónyuges.

La primera causante instituye a su esposo que hereda la totalidad de los bienes, si bien este, no hace manifestación de herencia ni liquida la sociedad de gananciales; el viudo, segundo causante, en su testamento no instituye herederos por lo que se abre la sucesión intestada de la que resulta heredera su hermana; como consecuencia de todo eso, los legados y disposiciones hechas sobre bienes privativos suyos surten totales efectos, pero los gananciales están pendientes de su liquidación, lo que pudiendo haberlo hecho el viudo en vida, no realizó; en la escritura de manifestación de herencia otorgada por la heredera del viudo, se liquida la sociedad de gananciales sobre los bienes que esa se adjudica —distintos de la finca legada—, pero resulta ser una liquidación parcial —como reconoce el recurrente— y queda pendiente la liquidación de algunos bienes sobre los que se ha ordenado legado. Ahora, se otorga la entrega mediante toma de posesión de uno de los legados ordenados por el testador y, aun cuando la legataria está autorizada para tomar posesión por sí misma, siendo ganancial la finca, se hace necesaria la liquidación parcial. La cuestión es, si con la expresión hecha por la heredera «(...) previa liquidación de la sociedad conyugal y adjudicación a este de la herencia de su esposa (...)» Hace constar la otorgante que los legatarios

Basilio Javier Aguirre Fernández

expresados en el testamento dicho han tomado posesión de sus correspondientes legados en documento otorgado con anterioridad», puede considerarse liquidada la sociedad de gananciales con respecto de esa finca.

Con la liquidación de la sociedad de gananciales no se hace sino fijar el haber que —después de pagar a los acreedores y, en su caso, a los propios cónyuges— ha de ser atribuido por mitad a los cónyuges o sus herederos (*vid.* art. 1344 CC). Por ello, en caso de fallecimiento de alguno de los cónyuges, con carácter general, para determinar el haber hereditario, es necesaria la previa liquidación de la sociedad de gananciales. En definitiva, falta el título de adjudicación de la herencia de la primera causante a favor del viudo, que de haber sido aceptada tácitamente la herencia, no se ha aportado; y de no haber sido aceptada y transmitirse el «*ius delationis*», implica falta de liquidación de la sociedad de gananciales sobre la finca que se transmite, pues la que se practicó en la herencia otorgada por la heredera abintestato, fue parcial sobre otras fincas. Ahora, para esta liquidación de gananciales se hace preciso el consentimiento de la heredera del testador. Por tanto, debe confirmarse este defecto señalado.

Resolución de 20-12-2022

BOE 3-2-2023

Registro de la Propiedad de Illescas, número 1.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE LOS ADQUIRENTES: DEBE ESPECIFICARSE SI ES EL RÉGIMEN LEGAL SUPLETORIO O EL PACTADO EN CAPITULACIONES.

Aunque la regla general exige que se especifique si el régimen de gananciales es el legal supletorio o el pactado por los cónyuges adquirentes, en el presente caso puede deducirse que es el legal por haberse especificado que los dos esposos son de vecindad común.

Las normas reguladoras del procedimiento de calificación registral excluyen inequívocamente la posibilidad de una calificación verbal o con formalidades menores que las legalmente establecidas y la pretendida existencia de una fase previa de calificación material no sujeta a tales formalidades.

Como ha afirmado esta Dirección General, el régimen económico matrimonial de gananciales puede ser el régimen legal supletorio (en defecto de capítulos, cuando así lo determine la aplicación de las normas de Derecho interregional) o uno de los posibles regímenes convencionales. En caso de que las expresiones vertidas en la escritura relativas al régimen matrimonial no establezcan claramente el carácter legal o paccionado del mismo, no se puede presumir que la falta de referencia concreta a dicho carácter implique que el régimen es el legal vigente en el lugar del otorgamiento.

Ciertamente, la precisión técnica es siempre exigible en todo documento notarial (cfr. art. 148 del Reglamento Notarial), por lo que deben evitarse expresiones genéricas, imprecisas o ambiguas. No obstante, aunque en el concreto supuesto de este expediente la especificación de que el régimen de gananciales de los compradores es el legal supletorio habría evitado las dudas planteadas en la calificación registral, debe tenerse en cuenta que se explicita dicho régimen económico del matrimonio en dos partes de la escritura. En primer lugar, en la comparecencia e intervención, en la que se expresa, además, que son de vecindad civil común. En segundo lugar, en la parte dispositiva de la escritura, en la que

se expresa que «compran y adquieren en pleno dominio, con carácter ganancial». En consecuencia, debe admitirse que el notario, en esa labor de indagación sobre el régimen económico matrimonial, ha llegado a la conclusión indubitada sobre cuál sea este, de suerte que, más allá de la literalidad, debe entenderse que por las expresiones empleadas se trata de un régimen legal de gananciales y no precisa de otra consideración.

Resolución de 20-12-2022

BOE 3-2-2023

Registro de la Propiedad de Valencia, número 8.

COMUNIDAD DE BIENES: DISOLUCIÓN DE COMUNIDAD.

Se analiza el concepto de disolución de comunidad y se diferencia de los casos en los que hay una transmisión de cuota por parte de alguno de los comuneros.

El debate sobre la naturaleza jurídica de la extinción de la comunidad ha dado lugar a numerosas aportaciones jurisprudenciales y doctrinales. La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1995 afirma que la extinción de comunidad requiere como presupuesto básico que actúe sobre la totalidad del objeto a que la comunidad se refiere (cfr. arts. 400 y sigs. CC). La extinción de la comunidad «*stricto sensu*» termina con la situación de condominio y constituye un derecho de propiedad exclusiva a favor del comunero que se adjudica el bien o cada una de las porciones materiales que resulten de su división. El pretendido negocio de «extinción parcial» de comunidad, no aparece tipificado legalmente y no presenta ninguna semejanza que genere identidad de razón con el de extinción total, por lo que no puede pretenderse la aplicación analógica a aquella del régimen jurídico de esta.

Cada comunero puede enajenar y gravar su cuota libremente (cfr. art. 399 CC) a un extraño o a otro de los comuneros, con la singularidad en este último caso de que el resto de los comuneros no podrán ejercitar el derecho de retracto que prescribe el artículo 1522 del Código Civil. Si el adquirente está casado y su régimen es de comunidad, la participación indivisa tendrá el régimen jurídico que corresponda en función de la naturaleza de la contraprestación y deberá exigirse, en su caso, el nombre, apellidos y domicilio del otro cónyuge con arreglo al artículo 51.9.^a a) del Reglamento Hipotecario; serán necesarias las oportunas autorizaciones judiciales si el enajenante es menor o con discapacidad, etc.

La extinción de la comunidad o es total o no es tal. Sin embargo, esta última afirmación, a su vez, ha sido matizada, o aclarada en cuanto a su alcance, posteriormente por este Centro Directivo en sus resoluciones de 4 de abril de 2016 y 2 de noviembre de 2018, afirmando lo siguiente: «A la vista de esta doctrina, si el acto no produce la disminución de miembros de la comunidad, sino simplemente la alteración de las cuotas de los mismos, no cabrá calificarlo de acto de disolución, porque no existirán elementos suficientes para distinguirlo de la simple transmisión de cuotas. Sin embargo, todo acto, aunque no implique reducción de los miembros de la comunidad, por propia naturaleza, puede entenderse encaminado al cese final de la situación de comunidad y, aunque no se logre dicho efecto totalmente, si el acto tiende naturalmente a dicho resultado, podrá ser calificado de disolución».

Por otra parte, desde el punto de vista de los efectos, prescindiendo de la polémica sobre si la división de la cosa común constituye o no un acto traslati-

vo o dispositivo, o de mero desenvolvimiento del propio derecho originario del comunero que permite la concreción de la cuota sobre un bien individual o una porción material de un bien concreto (*vid.* sentencias del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1982, 12 de abril de 2007 y 25 de febrero de 2011, y resoluciones de 14 de diciembre de 2000, 26 de abril de 2003, 19 de mayo y 26 de julio de 2011), lo cierto es que el adjudicatario de la cosa o de la porción material correspondiente no puede invocar el título de esta adjudicación como adquisición susceptible del amparo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sino que dicho título lo será el mismo que dio origen a la propia situación de comunidad (contrato, legado, usucapión, etc.), ni es tampoco la división título apto para ganar la usucapión ordinaria.

El supuesto del presente expediente se aproxima a uno de los que este Centro Directivo ha calificado de disolución de comunidad, según lo antes expresado («d) En una comunidad sobre un solo bien, los titulares de algunas de las cuotas, pero no de todas, entre ellos se adjudican las cuotas de que son titulares, recibíéndolas uno o varios de ellos que compensan en metálico a los demás»). Lo que ocurre es que existe una diferencia que debe considerarse determinante, toda vez que en este caso el acuerdo de disolución no es tomado por todos los copropietarios sino solo por algunos. Por ello, debe entenderse que, más que disolución parcial de comunidad —en sentido impropio— y aunque como consecuencia del negocio documentado se reduce el número de comuneros, existe en puridad una venta o cesión onerosa por precio en dinero de una cuota indivisa, lo que tiene trascendencia, entre otros extremos antes referidos, para determinar el carácter ganancial y no privativo de la cuota adjudicada.

Resolución de 20-12-2022

BOE 3-2-2023

Registro de la Propiedad de Fuengirola, número 2.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: OBJETO.

Se considera anotable la demanda que pretende que se dé cumplimiento a un acuerdo de venta y se culmine con el otorgamiento de la correspondiente escritura.

La sentencia de nuestro Tribunal Supremo número 828/2008, de 22 de septiembre, afirma que: «La anotación preventiva de demanda (art. 42.1.º LH) tiene por objeto el dar a conocer, mediante la publicidad de que gozan los asientos registrales, la existencia de un proceso pendiente que pueda afectar a algún derecho real que con anterioridad haya accedido al Registro, todo ello con la finalidad de evitar que la realización de ulteriores actos o negocios sobre dicho derecho puedan desembocar en el traspaso de su titularidad a un tercero en quien concurren todas las exigencias de los principios de buena fe (art. 34 LH) y legitimación (art. 38 LH) registrales, con la consiguiente producción de los radicales efectos de irreivindicabilidad anudados a tal posición jurídica».

Sobre lo que deba entenderse por procedimiento que pueda afectar al contenido del Registro de la Propiedad, esta Dirección General se ha pronunciado en distintas ocasiones en una doctrina que ha ido considerando, frente a una interpretación estricta del precepto que entiende que solo las acciones reales pueden provocar tal asiento, que la anotación de demanda debe practicarse en

otros supuestos en los que la acción ejercitada, sin ser estrictamente de naturaleza real, puede producir directa o indirectamente, efectos reales.

Como señala el auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de mayo de 2020, dictado en un caso similar al presente, «en este caso se aprecia la concurrencia de los requisitos necesarios para la adopción de la medida solicitada. Se trata de anotar en el Registro de la Propiedad la demanda en la que la comunidad de propietarios ejercitó contra los demandados, una acción de condena a demoler parcialmente una obra realizada» sin consentimiento de aquella. No puede negarse la trascendencia real de dicha pretensión, al tratarse de una acción relativa a la determinación de las características físicas del bien objeto del derecho real inscrito (arts. 1, 2 y 9 de la Ley Hipotecaria (...)).

En el supuesto de hecho que da lugar a la presente y tal y como resulta de la propia nota de calificación, la demanda va dirigida al cumplimiento de un contrato entre actor y demandada, contrato que de cumplirse del modo pactado había de finalizar con la entrega de la vivienda y pago del precio propios de un contrato de compraventa (art. 1445 CC). Según resulta del expediente el contrato objeto de la demanda se encuentra en una fase inicial pues la parte actora ha entregado una cantidad en concepto de arras o reservas y de acuerdo con sus previsiones debe producir, a medida que se vayan desarrollando, la firma de un contrato privado de compraventa y, con posterioridad, de una escritura pública, escritura que, de estimarse la demanda, debe producir el efecto traditorio propio de su autorización (art. 1462 CC). El recurso debe ser estimado pues la medida protectora que la anotación preventiva provee al actor se acomoda con las afirmaciones contenidas en los considerandos anteriores. Con independencia de cuales sean los pronunciamientos concretos que una eventual sentencia estimatoria contenga, lo que queda fuera de duda es que la pretensión ejercitada no se limita a la obtención de un mero título privado que proporcionase legitimación para una ulterior acción (art. 1279 CC), sino que va dirigida a la obtención de un título traditorio pleno como es la escritura pública.

Resolución de 20-12-2022

BOE 3-2-2023

Registro de la Propiedad de Marbella, número 4.

REQUISITOS FISCALES: ACREDITACIÓN.

Una escritura de modificación de estatutos para prohibir el destino de las viviendas a alquiler turístico es un claro caso de escritura que carece de cosa valuable.

Conforme a los artículos 254 y 255 de la Ley Hipotecaria la falta de acreditación de la liquidación del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados supone el cierre del Registro (salvo en lo relativo a la práctica del asiento de presentación) y la suspensión de la calificación del documento. No concurriendo circunstancias de realización de especial tarea de cooperación con la Administración de Justicia (resolución de 21 de diciembre de 1987) ni resultando supuestos de expresa e indubitada no sujeción al Impuesto (apartados 2 a 4 del art. 104 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales) o de clara causa legal de exención fiscal, imponer al registrador la calificación de la sujeción o no al Impuesto de ciertos actos contenidos en el documento presentado a inscripción supondría obligarle a realizar inevitablemente declaraciones tributarias que (aunque sea con los limitados efectos

Basilio Javier Aguirre Fernández

de facilitar el acceso al Registro de la Propiedad) quedan fuera del ámbito de la competencia reconocida a este Centro Directivo, de modo que, aunque es posible que el registrador aprecie la no sujeción de determinado acto a las obligaciones fiscales, ha de tenerse en cuenta que si para salvar su responsabilidad exigiere la correspondiente nota de pago, exención, prescripción o no sujeción, habrán de ser los órganos tributarios competentes —en este caso, municipales— los que podrán manifestarse al respecto al recibir la comunicación impuesta por ley, sin que corresponda a esta Dirección General el pronunciarse, a no existir razones superiores para ello (por ejemplo, cfr. art. 118 de la Constitución) o tratarse de un supuesto en el que se esté incurriendo en la exigencia de un trámite desproporcionado que pueda producir una dilación indebida.

En base a lo expuesto, el defecto no puede ser confirmado. Ciertamente, la determinación de cuándo tiene por «objeto cantidad o cosa valuable» puede resultar compleja, y así se constata en la existencia de múltiples resoluciones en el ámbito administrativo y judicial sobre la cuestión. Pero en el presente caso, limitada la modificación estatutaria en los términos expuestos en el primer fundamento de Derecho, parece claro que estamos ante uno de los supuestos previstos anteriormente en el que no es necesaria su presentación en la oficina liquidadora, copia de escritura que no tenga por objeto cantidad o cosa valuable.

Resolución de 21-12-2022

BOE 3-2-2023

Registro de la Propiedad de Martorell, número 2.

HERENCIA: LEGÍTIMA DEL VIUDO Y SU CONMUTACIÓN.

Se analiza las posibilidades de conmutación de la legítima del viudo y se recuerda la necesidad de la intervención de este en la partición de la herencia del causante.

El artículo 834 del Código Civil dispone que el cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tiene derecho al usufructo del tercio destinado a mejora. No obstante, el artículo 839 del mismo Código atribuye a los herederos la facultad de conmutación de la cuota legal usufructuaria del cónyuge mediante la asignación de una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo, debiendo proceder de mutuo acuerdo o, en su defecto, por virtud de mandato judicial. Si bien el ejercicio de la facultad de conmutar compete a los herederos, con posibilidad de escoger la modalidad de la conmutación, esta requiere el consentimiento del cónyuge viudo en relación con la valoración de su derecho y la concreción de los bienes afectos a su pago.

Por otra parte, el segundo párrafo del artículo 839 prevé como garantía del cónyuge viudo, mientras la legítima no se haga efectiva, la afección al pago de la misma de todos los bienes integrantes de la herencia, de manera que, una vez se haga efectiva la conmutación, ya no resulta de aplicación esta garantía. En definitiva, es necesaria la intervención del cónyuge viudo en la escritura de aceptación y partición del causante, no pudiendo llevarse a cabo el otorgamiento de forma unilateral por los herederos.

En los casos de partición realizada por el contador-partidor, se ha interpretado por la doctrina, que, como regla general, no puede decidir por sí solo la conmutación; por excepción, lo puede hacer si el causante la impone o le faculta

Basilio Javier Aguirre Fernández

Resolución de 21-12-2022
BOE 3-2-2023
Registro de la Propiedad de Dolores.

PARCELACIÓN DE FINCAS RÚSTICAS: UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO.

El procedimiento previsto en el artículo 80 del Real Decreto 1093/1997 no es imprescindible seguirlo, especialmente en un caso en el que el registrador aprecia de manera evidente la vulneración del régimen de las unidades mínimas y no se alega ninguna de las excepciones del artículo 25 de la Ley 19/1995.

La mención que se hace en el citado artículo 80 del Real Decreto 1093/1997 (norma, por tanto, meramente reglamentaria y necesariamente subordinada a la ley) sobre atribución de competencias a órganos administrativos para dictar resoluciones declarativas de la nulidad de actos civiles (de segregación o división de terrenos de propiedad privada) debe entenderse en sus justos límites. En este sentido es la ley la que declara nulo y sin efecto alguno el acto o contrato que realiza el fraccionamiento prohibido (infringiendo la unidad mínima de cultivo), y que esta nulidad no responde a la falta de elementos esenciales del negocio, sino a la vulneración de una prohibición legal expresa (cfr. art. 6.3 CC), norma prohibitiva que tiene como presupuesto de aplicación la concurrencia del supuesto de hecho que contempla que es el de la ilicitud del objeto (finca inferior a la unidad mínima de cultivo). Ahora bien, la apreciación de la concurrencia de este supuesto de hecho depende de circunstancias fácticas extradocumentales (...) El hecho de que estos elementos dependan de factores cuya apreciación en la práctica pueda requerir la intervención y valoración de técnicos y el examen de circunstancias factuales es lo que justifica que, dependiendo la validez civil del acto de tales factores, el reiterado artículo 80 del Real Decreto 1093/1997 articulouse como fórmula para resolver el problema de la calificación de tales títulos la de la reiterada comunicación por parte del registrador a los órganos competentes de la comunidad autónoma (...) Pero (...) no puede afirmarse que la resolución administrativa de declaración de nulidad prevista en el artículo 80 del Real Decreto 1093/1997 constituya un elemento formal y materialmente constitutivo, «*ad substantiam*», de dicha nulidad, por lo que no cabe realizar una suerte de interpretación «*a contrario sensu*» pretendiendo que en caso de omisión de dicha resolución expresa y formalmente declarativa de tal nulidad el acto de fraccionamiento infractor de la prohibición del artículo 24 de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias quedaría sanado o convalidado.

Por tanto, y por todo lo expuesto y razonado, no es necesario que el registrador efectúe comunicación a la Administración agraria ni que espere respuesta de esta sobre si concurre o no una excepción que ni siquiera se invoca, sino que la nulidad de pleno derecho de la división inferior a la unidad mínima de cultivo ha de ser directamente calificada por el registrador como nula, por imperativo legal.

La segregación es un acto jurídico cuya inscripción queda sujeta a los requisitos y autorizaciones vigentes en el momento de presentar la escritura o la sentencia en el Registro, aunque el otorgamiento de aquella se haya producido bajo un régimen normativo anterior —cfr. disposiciones transitorias tercera y cuarta del Código Civil.

Resolución de 21-12-2022
BOE 3-2-2023
Registro de la Propiedad de Alhama de Murcia.

DOCUMENTOS JUDICIALES: FIRMEZA. INSCRIPCIÓN DE LA GEORREFRENCIACIÓN DE LA FINCA: CONSENTIMIENTO DE LOS INTERESADOS.

Aunque es exigible la autenticidad y firmeza de las resoluciones judiciales para su inscripción, en este caso el título nace directamente del acuerdo de las partes plasmado en escritura.

Como señala el artículo 207 de la Ley de Enjuiciamiento Civil «son resoluciones firmes aquellas contra las que no cabe recurso alguno bien por no preverlo la ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado. Las resoluciones firmes pasan en autoridad de cosa juzgada y el tribunal del proceso en que hayan recaído deberá estar en todo caso a lo dispuesto en ellas». Pero en el caso que nos ocupa, el título en cuya virtud se pretende la práctica de los asientos registrales no es una sentencia, sino una escritura pública, otorgada voluntariamente por las partes que intervinieron en el procedimiento judicial que culminó con la sentencia que se cita en la escritura, y por tanto, aunque es cierto, como señala el registrador, que no consta acreditada la autenticidad ni la firmeza de la sentencia que se cita en la escritura y supuestamente se incorpora a ella, también lo es, como señala el notario autorizante y ahora recurrente, que no es necesaria tal acreditación «puesto que dicha sentencia no está supliendo la voluntad de las partes actuantes, sino que le sirve de causa».

En cambio, sí ha de ser confirmado el otro defecto, relativo a que en el otorgamiento de la escritura complementaria ya no intervienen las partes interesadas, sino solo el técnico, a fin de exhibir al notario un nuevo CD «que sustituye al inicialmente exhibido» en el otorgamiento de la primera escritura, por lo que no consta la aceptación de las nuevas coordenadas por los interesados.

Resolución de 21-12-2022
BOE 3-2-2023
Registro de la Propiedad de Lepe.

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: NEGATIVA A PRACTICARLO.

Se reitera la doctrina sobre las causas de denegación del asiento de presentación y la posibilidad de plantear recurso gubernativo frente a esta negativa.

Este Centro Directivo ha entendido (cfr. resoluciones citadas en los «Vistos») que la negativa a la práctica del asiento de presentación es una calificación más y, como tal decisión, puede ser impugnada mediante mismo recurso que puede interponerse contra una calificación que deniegue o suspenda la inscripción del documento y, por tanto, debe tramitarse tal recurso a través del procedimiento previsto en los artículos 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria.

El artículo 420.1 del Reglamento Hipotecario, en consonancia con el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, ordena a los registradores no extender asiento de presentación de los documentos privados, salvo en los supuestos en que las disposiciones legales les atribuyan eficacia registral. Este Centro Directivo ha reiterado que la negativa a la práctica de un asiento de presentación solo debe

Basilio Javier Aguirre Fernández

realizarse cuando el documento cuya constancia registral se solicita sea, palmaria e indudablemente, de imposible acceso al Registro. Es indudable que en el presente expediente nos encontramos claramente ante una instancia privada que no puede provocar asiento registral alguno, por lo que debe confirmarse la negativa del registrador a la práctica del asiento de presentación.

Resolución de 21-12-2022

BOE 3-2-2023

Registro de la Propiedad de Torredembarra.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: INCIDENTE DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN PROCEDIMIENTOS INICIADOS ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 1/2013.

Se concluye que, de forma excepcional, en ejecuciones hipotecarias iniciadas antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, el incidente de impugnación por abusividad de la propia ejecución será eficaz incluso frente a terceros adquirentes, siempre que estos hayan sido parte en dicho incidente a efectos de tracto sucesivo.

Como ya señalaron las resoluciones de este Centro Directivo de 10 de junio y 27 de septiembre de 2022, la cuestión relativa al control del carácter abusivo de los pactos contenidos en un contrato que ha dado pie a un procedimiento de ejecución y su relación con los efectos de la cosa juzgada de las resoluciones judiciales firmes dictadas en dicho procedimiento, ha sido enormemente controvertida. Así, en su reciente sentencia de 17 de mayo de 2022, número de expediente C-600/19, el Tribunal ha sentado una serie de conclusiones que son de especial relevancia para este tema: En primer término, se reconoce la posibilidad, con ciertas condiciones, de enjuiciar la abusividad de una cláusula del préstamo que dio pie a la ejecución, aun después de haber concluido por resolución firme: «los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación nacional que, debido al efecto de cosa juzgada y a la preclusión, no permite al juez examinar de oficio el carácter abusivo de cláusulas contractuales en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria ni al consumidor, transcurrido el plazo para formular oposición, invocar el carácter abusivo de tales cláusulas en ese procedimiento o en un procedimiento declarativo posterior cuando el juez, al inicio del procedimiento de ejecución hipotecaria, ya ha examinado de oficio el eventual carácter abusivo de dichas cláusulas pero la resolución judicial en que se despacha ejecución hipotecaria no contiene ningún motivo, siquiera sucinto, que acredite la existencia de tal examen ni indica que la apreciación efectuada por dicho juez al término de ese examen no podrá ya cuestionarse si no se formula oposición dentro del referido plazo. Pero, por otro lado, deja siempre a salvo de los efectos de dicha declaración de una cláusula como abusiva a los terceros adquirentes ajenos a la relación contractual del préstamo hipotecario: «los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una legislación nacional que no permite que un órgano jurisdiccional nacional, actuando de oficio o a instancias del consumidor, examine el eventual carácter abusivo de cláusulas contractuales cuando se ha ejecutado la garantía hipotecaria, se ha vendido el bien hipotecado y se han transmitido a un tercero los derechos de propiedad sobre dicho bien, a condición de que el consumidor cuyo bien ha sido objeto de un procedimiento de ejecución hipotecaria pueda

hacer valer sus derechos en un procedimiento posterior con el fin de obtener la reparación, en virtud de la citada Directiva, de las consecuencias económicas resultantes de la aplicación de cláusulas abusivas.

El Tribunal Supremo, entre otras, en su sentencia de la Sala Primera 414/2015, de 14 de julio, ha afirmado sobre el particular que: «En nuestro sistema se hacía coincidir la consumación de la venta de bienes inmuebles en subasta con el otorgamiento de la escritura pública, porque el otorgamiento de dicha escritura equivale a la entrega de la cosa, en virtud de la tradición instrumental a que se refiere el artículo 1462 del Código Civil (sentencia, entre otras, de 10 diciembre 1991), pero una vez sustituida la necesidad de otorgar escritura pública por el auto de adjudicación, y ahora por el testimonio del secretario judicial del decreto de adjudicación, que comprende la resolución por la que se aprueba el remate y se expresa que se ha consignado el precio (art. 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según redacción dada por Ley 13/2009 de 3 de noviembre), este será el momento en que debe entenderse producida la transmisión del bien de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil».

Ahora bien, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, introdujo como causa de oposición a la ejecución hipotecaria el carácter abusivo de las cláusulas del contrato, utilizable siempre que no se hubiere entregado la posesión material de la finca al adjudicatario. En consecuencia, en relación al control a instancia de parte en las ejecuciones hipotecarias iniciadas antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, puede concluirse que el mismo se puede producir en cualquier momento del procedimiento, con el límite efectivo del lanzamiento físico de los ocupantes de la vivienda hipotecada, previsto en el artículo 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en aquellos supuestos en los que tenga derecho a plantear el incidente extraordinario de oposición de acuerdo con lo previsto en las citadas disposición transitoria cuarta, apartado 2, de la Ley 1/2013 en relación con la disposición transitoria tercera, apartado 1, de la Ley 5/2019. Se trata de una excepción que sí afectaría, por disposición legal expresa, al tercer adquirente de la finca hipotecada, y al que se refirió la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14 —Banco Primus—.

En el supuesto objeto de este recurso el procedimiento hipotecario se inició en el año 2011 y el decreto de adjudicación es del año 2015, por lo que el denominado recurso extraordinario de oposición basado en la existencia de las causas previstas en el apartado cuarto del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 y disposición transitoria tercera de Ley 5/2019), incluso con efectos si la finca estuviere inscrita a favor de terceros (si hubieran sido parte en el incidente procesal), sería aplicable pues concurren también las demás circunstancias necesarias para ello: falta de entrega de la posesión de la finca al adquirente, nulidad por abusiva que la cláusula de vencimiento anticipado, y no ejercicio anterior del incidente extraordinario de oposición.

Sin embargo, según consta en los documentos judiciales aportados al expediente y que fueron objeto de la calificación registral recurrida, el citado incidente solo se siguió contra la sociedad ejecutante y extitular registral de la hipoteca, «LSF 7 Silverstone, SARL», pero no contra la entidad adjudicataria y titular registral de la finca, «Propiedades Residenciales, SL», por lo que esta no ha sido parte en el citado incidente extraordinario de oposición, existiendo un problema registral de falta de legitimación y de tracto sucesivo (arts. 20 y 38 LH). Esa circunstancia no

Basilio Javier Aguirre Fernández

se ve alterada por la aportación en este recurso de un testimonio de diligencias complementarias, que tuvo su origen, precisamente, en la calificación registral negativa, y en la cual se incorporan una diligencia de ordenación por la que se requiere a la entidad adquirente «Propiedades Residenciales, SL» «a fin de manifestar si solicita que se deje sin efecto la adjudicación a su favor y la posterior inscripción», y un escrito, firmado por la representación procesal de dicha sociedad adquirente, interesando «se deje sin efecto la adjudicación a su favor y su posterior inscripción». Esa documentación no puede ser tomada en consideración en este recurso, en base a lo dispuesto en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria.

Resolución 29-12-2022

BOE 3-2-2023

Registro de la Propiedad de El Campello.

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE INMATRICULACIÓN: NOTIFICACIONES.

El registrador ha de comprobar que el notario ha realizado las notificaciones preceptivas previstas en el artículo 203 de la Ley Hipotecaria.

El artículo 203.1 de la Ley Hipotecaria dispone así de manera imperativa qué notificaciones debe hacer el notario —y debe comprobar el registrador— en la tramitación de este expediente. Tales notificaciones constituyen un trámite esencial del procedimiento, evitando que se generen situaciones de indefensión y siendo asimismo especialmente importantes si se tiene en cuenta que la inmatriculación por esta vía no produce la suspensión de efectos respecto de terceros durante dos años, a diferencia de lo que ocurre con otros medios inmatriculadores.

Si bien la regla general es la necesidad de que se verifique la notificación a «(...) aquel de quien procedan los bienes o sus causahabientes, si fuesen conocidos, al titular catastral (...)» sin distinción de que acredite la procedencia de los bienes mediante documento público o privado, sin embargo, en el concreto supuesto de este expediente, se da la circunstancia de que las personas de quienes procedían los bienes, y titulares catastrales, donaron la finca el mismo día, 27 de enero de 2022, que la fecha de inicio del expediente de inmatriculación notarial, con el número de protocolo, 84, inmediatamente anterior al número de protocolo de inicio del expediente notarial, 85. Todas estas circunstancias conducen a la presunción de que la persona de quien proceden los bienes, padres de quien inicia el expediente notarial de inmatriculación, tenían conocimiento de la iniciación del expediente, por lo que el defecto ha de ser revocado en los términos en que ha sido redactado.

Resolución de 20-12-2022

BOE 7-2-2023

Registro de la Propiedad de San Clemente.

INMATRICULACIÓN POR CERTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA DE DOMINIO: DUDAS SOBRE LA PREVIA INMATRICULACIÓN PARCIAL DE LA FINCA.

El registrador ha de rechazar la inmatriculación conforme al artículo 206 de la Ley Hipotecaria si comprueba que la finca a inscribir ocupa parte de otra ya inmatriculada.

El registrador debe extremar el celo en las inmatriculaciones para evitar que se produzca la indeseable doble inmatriculación. Además, hay que considerar que el procedimiento previsto en el artículo 206 de la Ley Hipotecaria tiene menores garantías, al no exigir la previa intervención de titulares de fincas colindantes que pudieran verse afectados, siendo estos los más interesados en velar que el acceso de una nueva finca al Registro no se haga a costa, o en perjuicio, de los fundos limítrofes, pudiendo producirse, en caso contrario un supuesto de indefensión.

La nota de calificación, ahora recurrida, detalla los motivos por los que la registradora aprecia que el camino que se pretende inmatricular atraviesa la finca registral 1932, existiendo, por tanto, coincidencia de parte de dicha finca registral y pudiendo existir doble inmatriculación, al reconocerlo también el documento presentando a inscripción al señalar que este bien afecta a la finca registral número 1932, ya que se reflejan las parcelas 23, 41 y 93 del polígono 25. En todo caso, el principio registral de legitimación supone que dicho asiento de la finca registral 1932 está bajo la salvaguardia de los tribunales, conforme al artículo 1 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 3-1-2023

BOE 9-2-2023

Registro de la Propiedad de Inca, número 1.

MEDIDAS DE APOYO A LA DISCAPACIDAD: ACREDITACIÓN DE DICHAS MEDIDAS.

Se aclara la aplicabilidad al ámbito de la intervención de tutores y curadores de la doctrina del artículo 98 de la Ley 24/2001, aunque se exige que dichas medidas consten previamente inscritas en el Registro Civil.

La cuestión planteada respecto del primero de los defectos impugnados, en lo relativo a la necesidad de aportar la sentencia de incapacitación, debe resolverse según la reiterada doctrina de este Centro Directivo sobre la aplicación del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, que resulta de las resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente, especialmente las de 14 de septiembre de 2004, 17 de enero de 2011 y 1 de junio de 2021, relativas ambas a la reseña por el notario de documentos judiciales acreditativos de la representación alegada por tutores y al juicio de suficiencia sobre las facultades representativas emitido por el notario autorizante de la escritura calificada. Examinado el título calificado en este caso se observa en el mismo una especialidad consistente en que la reseña se efectúa de un testimonio de un auto judicial, sin que pueda negarse a tal documento el carácter de auténtico. Asimismo, debe considerarse que la reseña está hecha con corrección, pues en la misma se indica el tipo de resolución, el juzgado del que proviene, su fecha y la circunstancia de haberla tenido el notario a la vista. Cabe añadir, además, que en el presente caso no se trata de una calificación de documentos judiciales sino de un documento público notarial en el que se reseñan los datos identificativos de la resolución judicial. También contiene el juicio notarial sobre la suficiencia de las facultades representativas, expresado conforme a las mencionadas prescripciones legales.

Sentada la necesidad de previa autorización judicial del acto dispositivo (renuncia a la herencia), y dado que la misma se ha producido y ha sido reseñada en la forma expuesta por parte del notario en el título calificado, quien también ha testimoniado en relación la parte dispositiva del auto en que consta la autoriza-

ción, procede analizar si tiene algún fundamento la exigencia (que se contiene en la calificación recurrida) de aportación de dicha resolución judicial. Si conforme al artículo 100 del Reglamento Hipotecario (cfr., también, el art. 22.2 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, caso de que la resolución recaída fuera —directamente se entiende— inscribible en el Registro de la Propiedad, Mercantil u otro registro público) la calificación por los registradores de los documentos judiciales se limita a la competencia del juez o letrado de la Administración de Justicia, a la congruencia del mandato con el expediente en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas de la resolución y a los obstáculos que surjan del Registro, esto es acotando estricta y perfectamente los extremos que pueden ser sometidos a calificación; si estos —como ocurría en los casos de las referidas resoluciones de este Centro— aparecen perfectamente reseñados en la escritura y están por tanto bajo la fe notarial, no se alcanza a ver qué razón puede existir para introducir una obligación adicional de aportación de la resolución judicial cuyo contenido no deja lugar a dudas y ha cumplido la función de control de determinadas facultades que, en tanto que representante legal, competen a la titular de la patria potestad rehabilitada, por lo que la registradora cuenta con todos los elementos precisos para calificar la autorización judicial que da soporte al acto dispositivo (el objeto de la inscripción) realizado por la madre en nombre de su hijo representado.

Lo que ocurre es que en el presente caso la reseña y testimonio en relación del auto de autorización para la renuncia no contienen todas las circunstancias necesarias para estimarlos suficientes. En primer lugar, el notario afirma que la resolución judicial en cuestión autoriza a la madre compareciente para «aceptar» la herencia deferida a favor del hijo incapacitado, no para renunciarla que es lo que se formaliza en la escritura. Además, si bien es cierto que el notario autorizante identifica por juzgado, procedimiento y fecha la referida resolución judicial, no hace transcripción, total o parcial, ni testimonio en relación, de forma que traslade los particulares necesarios para que en su calificación la registradora pueda analizar todos los extremos que prevé el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, ni manifiesta la circunstancia de haberla tenido a la vista.

La doctrina posterior de este Centro Directivo en relación con la prueba del estado civil de las personas que otorguen actos o contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, a los efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, que parte del criterio general de la necesidad de que las distintas circunstancias y hechos relativos al estado civil de las personas, cuando afectan a la titularidad de los derechos inscritos o a la legitimación de los otorgantes, por afectar a la validez del acto o contrato en que intervienen, deben ser acreditados mediante certificación de su inscripción en el Registro Civil. Este criterio general aparece reforzado, además, en casos como el presente en que dicha inscripción en el Registro Civil no solo tiene efectos probatorios y de legitimación (cfr. art. 2 de la Ley del Registro Civil), sino también de oponibilidad frente a terceros. Así, en tales casos no se trata solo de «probar» la incapacidad y el nombramiento de representante —curador o titular de patria potestad prorrogada o rehabilitada— del incapacitado, sino que, en tanto no tenga lugar su inscripción en el Registro Civil, no son oponibles frente a terceros, por lo que no deberá accederse a la inscripción en el Registro de la Propiedad de actos o contratos otorgados en nombre de la persona con discapacidad por el representante sin aquella previa inscripción en el Registro Civil, ya que en caso contrario existe el riesgo de que se produzca una colisión entre la inoponibilidad de la incapacidad derivada de su falta de inscripción en el Registro Civil y la

oponibilidad del Registro de la Propiedad en caso de que se inscriba la venta otorgada por el representante legal del incapacitado (o por este con capacidad complementada por aquel) si el nombramiento del representante —por el motivo que sea— no llegara a inscribirse en el Registro Civil.

Resolución de 3-1-2023

BOE 9-2-2023

Registro de la Propiedad de Miranda de Ebro.

CENSO ENFITEÚTICO: CANCELACIÓN.

Para proceder a la consolidación de ambos dominios, útil y directo, y dado el carácter de auténtico dueño que tiene el dueño directo —según doctrina de esta Dirección General, antes expuesta— habrá que proceder, bien a la redención del censo enfiteúutico, de conformidad con lo previsto en el artículo 1651 del Código Civil, bien a que se declare la prescripción del capital conforme a lo señalado en el reiterado artículo 1620, prescripción que exigirá, para su adecuado reflejo registral, la resolución judicial oportuna que así lo declare.

En épocas más recientes donde se inicia una tendencia —caso de la legislación especial catalana— a hacer predominar al titular del dominio útil como verdadero propietario y a configurar el censo como un derecho real sobre finca ajena. Sin embargo, todavía hoy en día, con arreglo al Derecho común, aunque se configure la enfiteusis como dominio dividido, el correspondiente al dueño directo es el prevalente. Si bien es cierto, que la Ley 6/1990 de la Generalidad de Cataluña hace la interpretación contraria de la figura del censo enfiteúutico, considerando como verdadero dueño al enfiteuta, esta interpretación no puede extenderse al Código Civil, ya que se limita solo a la enfiteusis en Cataluña, no existiendo en el territorio de Derecho común una norma que lleve a esa misma interpretación. Por tanto, en cuanto a esta primera cuestión, cabe concluir que verdadero dueño es el dueño directo y puede por tanto realizar actos dispositivos.

Siendo el titular del dominio directo en derecho común el verdadero propietario de la finca, y el censalista el titular del gravamen, solo este podrá cancelarse por caducidad legal conforme al artículo 210 de la Ley Hipotecaria. Fuera de ello solo procederá la cancelación por redención del derecho conforme al Código Civil.

Del historial registral de la finca 1249, reseñado anteriormente, resulta evidente que en el presente caso no se trata de una mención en sentido técnico, que deba ser objeto de purga en los libros del Registro conforme al artículo 98 de la Ley Hipotecaria (o, atendiendo a la fecha de la misma, conforme a la disposición transitoria primera de la Ley Hipotecaria, disposición invocada para cancelar el censo constituido en el año 1887 sobre la finca 1250), sino que, por el contrario, el dominio directo ha sido objeto de inscripción especial y separada, tal y como reflejan las inscripciones 2.^a, 3.^a, 4.^a, 5.^a, 7.^a y 8.^a, en cada una de las cuales se inscriben las sucesivas transmisiones hereditarias del dominio directo.

El artículo 1620 del Código Civil declara la prescriptibilidad tanto del capital como de las pensiones de los censos, conforme a lo dispuesto en el título XVIII del libro IV del mismo cuerpo legal, resultando de los artículos 1963 y 1970 un plazo de treinta años para la prescripción del derecho al cobro del capital. De consumarse esta prescripción, y dado que carece de sentido la existencia de un censo sin pensión, el censatario o enfiteuta devendrá por mor de tal prescripción en titular del pleno dominio. Ahora bien, tal prescripción deberá estimarse,

Basilio Javier Aguirre Fernández

conforme a la doctrina reiterada de este Centro Directivo, en la correspondiente resolución judicial.

En consecuencia, para proceder a la consolidación de ambos dominios, útil y directo, y dado el carácter de auténtico dueño que tiene el dueño directo —según doctrina de esta Dirección General, antes expuesta— habrá que proceder, bien a la redención del censo enfiteútico, de conformidad con lo previsto en el artículo 1651 del Código Civil, bien a que se declare la prescripción del capital conforme a lo señalado en el reiterado artículo 1620, prescripción que exigirá, para su adecuado reflejo registral, la resolución judicial oportuna que así lo declare (cfr. resoluciones de este Centro Directivo de 3 de diciembre de 2015, 8 de septiembre de 2016 y 18 de diciembre de 2017).

Resolución de 9-1-2023

BOE 9-2-2023

Registro de la Propiedad de Castellón, número 3.

RECONOCIMIENTO DE DOMINIO: EXPRESIÓN DE CAUSA.

El reconocimiento de dominio no tiene en Derecho español encaje ni en el sistema negocial de transmisión del dominio (que es enteramente causalista), ni en el sistema registral (que a falta de negocio traslativo exige resolución judicial).

Este Centro Directivo ha insistido en numerosísimas ocasiones en que, en nuestro ordenamiento jurídico, el sistema de constitución de derechos reales y de transmisión del dominio sobre bienes inmuebles es de naturaleza causal (arts. 609 y 1095 CC), lo que conlleva que el negocio jurídico por el que se pretende dicho efecto debe obedecer a una causa verdadera y lícita; consecuentemente, el mero consentimiento formal no puede provocar una modificación de la titularidad ni, por ende, una modificación registral. Sentado lo anterior, también se ha señalado por esta Dirección General en resolución de 3 de diciembre de 2015 (siguiéndose el mismo criterio por las de 4 de octubre de 2016 y 3 y 27 de abril de 2017) que «es doctrina consolidada de esta Dirección General, que la usucapión reconocida judicialmente a favor de los actores constituye sin duda un título apto para la inscripción y el hecho de recaer sobre una finca inscrita en absoluto impide que, tras la adquisición e inscripción por parte del titular registral pueda pasar a ser dueño por usucapión un tercero mediante la posesión del inmueble en las condiciones establecidas por la ley.

De acuerdo con la doctrina expuesta, es indudable que cuando la usucapión se declara judicialmente, aun habiéndose allanado una de las partes, no se trata un negocio abstracto ni un mero reconocimiento de dominio, sino de una adquisición con una causa, cual es la prescripción extraordinaria ganada por una de las partes intervinientes. Sin embargo, en el supuesto de este expediente tal declaración judicial no existe, sino que la rectificación se basa en un reconocimiento de dominio que recíprocamente formalizan las partes en la escritura calificada, por lo que, dado su carácter contractual, procede examinar el alcance de la declaración de las partes que alegan como causa de la transmisión dominical la posesión continuada basada en un error de las mismas.

En el presente caso, no se trata de poner en duda la existencia de los hechos, sino de la valoración jurídica que de los mismos se pretende. Aun cuando no se ponga en duda la veracidad de lo que en ella declaran los interesados, no implica más que un reconocimiento por parte de ellos del dominio de las fincas respecti-

Resumen de Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

vas. Dicha declaración de verdad o de voluntad, que no es la cuestión, no puede tener el alcance que pretenden las recurrentes. No puede, por sí sola, servir para rectificar el Registro de la Propiedad por cuanto como ha reiterado este Centro Directivo, el reconocimiento de dominio no tiene en Derecho español encaje ni en el sistema negocial de transmisión del dominio (que es enteramente causalista), ni en el sistema registral (que a falta de negocio traslativo exige resolución judicial).

Resolución de 9-1-2023

BOE 9-2-2023

Registro de la Propiedad de Sevilla, número 8.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: PROCEDIMIENTO NO DIRIGIDO CONTRA EL TITULAR REGISTRAL DE LA FINCA.

El principio de tracto sucesivo impide anotar un embargo acordado en un procedimiento dirigido contra persona distinta del titular registral.

Entre los principios de nuestro Derecho hipotecario es básico el de tracto sucesivo, en virtud del cual para inscribir un título en el Registro de la Propiedad se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente (art. 20 LH). Este principio está íntimamente relacionado con los de salvaguardia judicial de los asientos registrales y el de legitimación, según los artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria. La presunción «*iuris tantum*» de exactitud de los pronunciamientos del Registro, así como el reconocimiento de legitimación dispositiva del titular registral llevan consigo el cierre del Registro a los títulos otorgados por persona distinta de dicho titular.

En efecto, las exigencias del principio de tracto sucesivo han de confirmar la suspensión de la nota recurrida, toda vez que el procedimiento del que dimana el mandamiento calificado no aparece entablado contra los titulares registrales en el momento de presentación del mandamiento calificado.

En cuanto a la aleación que realiza la recurrente, relativa al conocimiento por los titulares registrales de la existencia del procedimiento de reclamación de las deudas, lo cual a su juicio implica la ausencia de buena fe, constituye una presunción basada en circunstancias de hecho que excede de la calificación registral y, en cualquier caso, el conocimiento de la deuda y el hecho de adquirir las fincas con las hipotecas que las gravan, no implica que los titulares registrales actuales deban quedar excluidos de las actuaciones judiciales de las que resulta el embargo decretado, por el contrario lo que si se constata es su falta de intervención en él.

Resolución de 9-1-2023

BOE 9-2-2023

Registro de la Propiedad de Alcira, número 1.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: INCIDENTE DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN PROCEDIMIENTOS INICIADOS ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 1/2013.

Se concluye que, de forma excepcional, en ejecuciones hipotecarias iniciadas antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, el incidente de impugnación

por abusividad de la propia ejecución será eficaz incluso frente a terceros adquirentes, siempre que estos hayan sido parte en dicho incidente a efectos de tracto sucesivo.

Como ya señalaron las resoluciones de este Centro Directivo de 10 de junio y 27 de septiembre de 2022, la cuestión relativa al control del carácter abusivo de los pactos contenidos en un contrato que ha dado pie a un procedimiento de ejecución y su relación con los efectos de la cosa juzgada de las resoluciones judiciales firmes dictadas en dicho procedimiento, ha sido enormemente controvertida. Así, en su reciente sentencia de 17 de mayo de 2022, número de expediente C-600/19, el Tribunal ha sentado una serie de conclusiones que son de especial relevancia para este tema: En primer término, se reconoce la posibilidad, con ciertas condiciones, de enjuiciar la abusividad de una cláusula del préstamo que dio pie a la ejecución, aun después de haber concluido por resolución firme: «los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación nacional que, debido al efecto de cosa juzgada y a la preclusión, no permite al juez examinar de oficio el carácter abusivo de cláusulas contractuales en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria ni al consumidor, transcurrido el plazo para formular oposición, invocar el carácter abusivo de tales cláusulas en ese procedimiento o en un procedimiento declarativo posterior cuando el juez, al inicio del procedimiento de ejecución hipotecaria, ya ha examinado de oficio el eventual carácter abusivo de dichas cláusulas pero la resolución judicial en que se despacha ejecución hipotecaria no contiene ningún motivo, siquiera sucinto, que acredite la existencia de tal examen ni indica que la apreciación efectuada por dicho juez al término de ese examen no podrá ya cuestionarse si no se formula oposición dentro del referido plazo. Pero, por otro lado, deja siempre a salvo de los efectos de dicha declaración de una cláusula como abusiva a los terceros adquirentes ajenos a la relación contractual del préstamo hipotecario: «los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una legislación nacional que no permite que un órgano jurisdiccional nacional, actuando de oficio o a instancias del consumidor, examine el eventual carácter abusivo de cláusulas contractuales cuando se ha ejecutado la garantía hipotecaria, se ha vendido el bien hipotecado y se han transmitido a un tercero los derechos de propiedad sobre dicho bien, a condición de que el consumidor cuyo bien ha sido objeto de un procedimiento de ejecución hipotecaria pueda hacer valer sus derechos en un procedimiento posterior con el fin de obtener la reparación, en virtud de la citada Directiva, de las consecuencias económicas resultantes de la aplicación de cláusulas abusivas.

El Tribunal Supremo, entre otras, en su sentencia de la Sala Primera 414/2015, de 14 de julio, ha afirmado sobre el particular que: «En nuestro sistema se hacía coincidir la consumación de la venta de bienes inmuebles en subasta con el otorgamiento de la escritura pública, porque el otorgamiento de dicha escritura equivale a la entrega de la cosa, en virtud de la tradición instrumental a que se refiere el artículo 1462 del Código Civil (sentencia, entre otras, de 10 de diciembre de 1991), pero una vez sustituida la necesidad de otorgar escritura pública por el auto de adjudicación, y ahora por el testimonio del secretario judicial del decreto de adjudicación, que comprende la resolución por la que se aprueba el remate y se expresa que se ha consignado el precio (art. 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según redacción dada por Ley 13/2009 de 3 de noviembre), este será el momento en que debe entenderse producida la transmisión del bien de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil».

Ahora bien, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, introdujo como causa de oposición a la ejecución hipotecaria el carácter abusivo de las cláusulas del contrato, utilizable siempre que no se hubiere entregado la posesión material de la finca al adjudicatario. En consecuencia, en relación al control a instancia de parte en las ejecuciones hipotecarias iniciadas antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, puede concluirse que el mismo se puede producir en cualquier momento del procedimiento, con el límite efectivo del lanzamiento físico de los ocupantes de la vivienda hipotecada, previsto en el artículo 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en aquellos supuestos en los que tenga derecho a plantear el incidente extraordinario de oposición de acuerdo con lo previsto en las citadas disposición transitoria cuarta, apartado 2, de la Ley 1/2013 en relación con la disposición transitoria tercera, apartado 1, de la Ley 5/2019. Se trata de una excepción que sí afectaría, por disposición legal expresa, al tercer adquirente de la finca hipotecada, y al que se refirió la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14 —Banco Primus—.

Pero según consta en los documentos judiciales aportados al expediente y calificados, tal recurso extraordinario de oposición ya se interpuso en el año 2016 y no se sobreesó el procedimiento, por lo que la situación del procedimiento, a los efectos que son objeto de este recurso, se rige por la normativa procesal y de protección de consumidores general. Así lo pone de relieve la propia sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Alcira de 31 de enero de 2020 que señala que por la parte prestataria «no se ha promovido como tal el incidente extraordinario de oposición al que alude la parte ejecutante», pero que si procede volver a estudiar los efectos de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado a la luz de las nuevas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de marzo de 2019, asunto C-70/17, y del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2019.

En el presente supuesto, debe tenerse en cuenta que la indicada finca fue aportada por el Banco de Sabadell a la sociedad «Promontoria Coliseum Real Estate SLU», aportación que fue objeto de la inscripción 14.^a (de fecha 23 de enero de 2020) en virtud de escritura pública otorgada el 20 de diciembre de 2019. Posteriormente, la finca fue vendida a favor del propio ejecutante Banco Sabadell SA, transmisión que causó la inscripción 15.^a (de fecha 11 de febrero de 2021), en virtud de escritura pública de fecha 18 de diciembre de 2020, entidad que sí ha sido parte en los indicados incidentes procesales. La reinscripción de la finca a favor de los recurrentes determinaría, caso de admitirse, la nulidad de la aportación realizada por Banco de Sabadell a «Promontoria Coliseum Real Estate SLU» y de la posterior venta que se realiza por esta entidad a favor, nuevamente, de Banco de Sabadell, procediéndose a la restitución de las recíprocas prestaciones. Todo ello, junto con la determinación de si el Banco de Sabadell es un tercero y de si concurre o no el requisito de la buena fe, a los efectos de valorar si estamos ante un tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, escapan de la competencia del registrador en su función de calificación, quedando reservada al ámbito judicial, a lo que debe añadirse que en el mandamiento cancelatorio aportado no se hace expresa mención a la cancelación de estos asientos registrales. En el supuesto del presente expediente, existen asientos posteriores a la inscripción del decreto de adjudicación derivado de la hipoteca ejecutada y otros afectados por la resolución judicial, por lo que el examen de la situación de sus titulares ante la misma compete a la registradora de la propiedad calificante.

Resolución de 10-1-2023
BOE 9-2-2023
Registro de la Propiedad de Torrox.

PARCELACIÓN DE FINCAS RÚSTICAS: UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO.

No puede accederse a la inscripción de una segregación en suelo susceptible de ser considerado como rústico si incumple el régimen de las unidades mínimas de cultivo y así lo ha declarado además una resolución de la administración agraria.

Respecto al régimen de las unidades mínimas de cultivo de las fincas rústicas, los artículos 24 a 26 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, que constituyen legislación civil de aplicación plena al amparo del artículo 149.1.8.^a de la Constitución, no definen la condición rústica determinante de su ámbito de aplicación. El vigente artículo 16.2 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, con carácter de norma básica estatal, establece que en el suelo en situación rural no sometido al régimen de una actuación de urbanización, «quedan prohibidas las parcelaciones urbanísticas, sin que, puedan efectuarse divisiones, segregaciones o fraccionamientos de cualquier tipo en contra de lo dispuesto en la legislación agraria, forestal o de similar naturaleza». Por su parte, el artículo 21.2 señala que está en la situación básica de suelo rural: «[...] b) El suelo para el que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado, hasta que termine la correspondiente actuación de urbanización, y cualquier otro que no reúna los requisitos a que se refiere el apartado siguiente». Dependerá de la respectiva legislación autonómica, y en concreto de su regulación del suelo urbanizable, determinar en qué supuestos este debe considerarse sometido al cumplimiento de la normativa agraria sobre unidades mínimas de cultivo.

La escritura se califica bajo la vigencia de la nueva Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía. Puede concluirse que el legislador andaluz diferencia el régimen del suelo urbanizable ordenado o sectorizado que tendrá legalmente el régimen que se establece para la promoción de las actuaciones de transformación urbanística de nueva urbanización, considerando que las mismas se encuentran delimitadas, y el régimen del suelo urbanizable no sectorizado que requerirán para su desarrollo de la aprobación de las correspondientes propuestas de delimitación de actuaciones de transformación urbanística. Por tanto, en el primer caso, nos encontramos ante un suelo en situación básica de suelo rural sometido al régimen de una actuación de urbanización, mientras que en el segundo, el del suelo urbanizable no sectorizado, ante un suelo rural en el que no pueden efectuarse divisiones, segregaciones o fraccionamientos de cualquier tipo en contra de lo dispuesto en la legislación agraria.

En el presente expediente consta acreditado que nos encontramos ante un suelo clasificado como urbanizable sectorizado no ordenado. Acreditada la clasificación de suelo urbanizable sectorizado respecto a las fincas objeto de segregación, como ocurre en el presente expediente, podría argumentarse el considerar inaplicable la normativa agraria por considerarse sometido al régimen de una actuación de urbanización. Sin embargo, la actual legislación andaluza —cfr. artículo 20.a) sobre «actuaciones en suelo rústico»— no concreta, dentro de la clasificación de suelo rústico, en qué supuestos nos encontramos

Basilio Javier Aguirre Fernández

ante una parcelación de tipo rústico a la que resulta aplicable la normativa agraria de forma diferenciada a la parcelación propiamente urbanística — artículo 91—, como realiza, por ejemplo, la legislación madrileña —cfr. artículo 144 de la Ley 9/2001— dentro del marco permitido por la legislación básica estatal, al referirse expresamente al suelo urbanizable no sectorizado, en que no se haya aprobado definitivamente el plan de sectorización, respecto al cual debe respetarse aquella normativa o la legislación valenciana respecto al suelo urbanizable no programado —cfr. artículo 226 del Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio—. A esto se añade que en el presente expediente consta una resolución de la Administración agraria competente que declara la nulidad de las segregaciones, hecho que no puede ser desconocido en la calificación, como señala el registrador.

La posibilidad de realizar dicha segregación solo podría producirse por un cambio en la normativa urbanística del municipio que recalificase la finca, por proceder los compradores a edificar en la misma destinándola a uso industrial u otro de carácter no agrario en las condiciones y demás supuestos que permitirían aplicar las excepciones contempladas en el artículo 25 de la Ley 19/1995. Desde el punto de vista registral, como ha reiterado la Dirección General de los Registros y del Notariado —*vid.* resolución de 10 de enero de 2017—, corresponde al órgano autonómico competente apreciar si concurren o no las excepciones recogidas en el artículo 25 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 80 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. Nada obsta a tal denegación, a que el interesado obtuviera del Ayuntamiento, como administración urbanística competente, la correspondiente licencia de segregación, pues como ya ha señalado este Centro Directivo (*vid.* resoluciones de 10 de junio de 2009, 2 de noviembre de 2012 y 25 de abril de 2014), si bien la licencia municipal, o en su caso la certificación municipal de innecesaridad de licencia, puede ser suficiente para cumplir con los requisitos urbanísticos impuestos a la segregación, cuando el asunto a dilucidar no es urbanístico sino agrario, carece la Administración local de competencia.

Resolución de 10-1-2023

BOE 9-2-2023

Registro de la Propiedad de Pontearreas.

DOBLE INMATRICULACIÓN: INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.

No cabe iniciar el procedimiento de doble inmatriculación por medio de una instancia privada suscrita por el titular de una finca colindante a la inmatriculada previamente

Con carácter previo, debe recordarse que la notificación de los titulares colindantes, cuando el proceso de inmatriculación se realice por la vía del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, es una notificación posterior a la práctica de la primera inscripción del dominio, a través de la cual se inmatricula la finca. Dicha notificación tiene por objeto comunicar a los titulares de fincas colindantes la inmatriculación de las fincas, para que tengan conocimiento de ella y en caso de que les afecte puedan ejercitar las acciones correspondientes para la defensa de su derecho. Pero, una vez practicada la inmatriculación, es de plena aplicación el artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria, por lo que los asientos, una vez practicados, están bajo la salvaguardia de los tribunales.

Resumen de Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

Entrando en el fondo del asunto, la primera de las cuestiones a tratar es la de si puede lograrse la práctica del asiento solicitado mediante la instancia privada suscrita por el colindante notificado una vez inmatriculada la finca. La respuesta es evidentemente negativa, pues el artículo 3 de la Ley Hipotecaria exige titulación pública para la práctica de cualquier asiento, salvo en los excepcionales supuestos, taxativamente determinados por la Ley, en los que puede admitirse la solicitud por documento privado.

Con arreglo al artículo 209 de la Ley Hipotecaria, el colindante notificado carece de legitimación para solicitar que conste en el Registro la existencia de una doble inmatriculación, por no ser titular registral de la finca doblemente inmatriculada.

Resolución de 10-1-2023

BOE 9-2-2023

Registro de la Propiedad de Cáceres, número 2.

PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: REGLA GENERAL DE TRAMITACIÓN AUN CUANDO EXISTAN DUDAS INICIALES SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

La existencia de dudas iniciales sobre la identidad de la finca, salvo que estas sean absolutamente concluyentes, no debe impedir la tramitación del procedimiento del artículo 199.

La registración de un exceso de cabida (o disminución de superficie) *stricto sensu* solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de la finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tabularmente es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos originalmente registrados. En el expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria en todo caso será objeto de calificación por el registrador la existencia o no de dudas en la identidad de la finca. Las dudas pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 199 y 201 LH y resoluciones de 22 de abril, 8 de junio y 10 de octubre de 2016, entre otras).

Por esta Dirección General se ha afirmado que por la existencia de una previa operación de modificación de entidades hipotecarias no puede negarse la posibilidad de rectificar con posterioridad la descripción de las fincas resultantes, siempre y cuando se cumplan los requisitos y procedimientos contemplados para ello en la Ley Hipotecaria y, ante todo, siempre que las rectificaciones pretendidas no impliquen una nueva reordenación de terrenos diferente a la resultante de la modificación hipotecaria inscrita (cfr. resoluciones de 29 de septiembre y 26 de octubre de 2017).

Esta Dirección General tiene proclamado que solo procede denegar el inicio del expediente previsto en el artículo 199, cuando de manera palmaria y evidente resulta improcedente, evitando, de este modo, los costes que genera su tramitación. Pero no siendo palmaria, ni evidente, la improcedencia del inicio del expediente previsto en el artículo 199, lo adecuado es iniciarlo, practicar todas

Basilio Javier Aguirre Fernández

las pruebas y trámites previstos en dicho precepto y proceder a su calificación a su conclusión.

Resolución de 11-1-2023
BOE 9-2-2023
Registro de la Propiedad de Novelda.

HERENCIA: PARTICIÓN REALIZADA POR EL CONTADOR PARTIDOR.

La partición realizada por el contador partidor es inscribible sin necesidad de la intervención de los herederos y legitimarios, siempre que no exceda en su actuación los límites de lo meramente particional. Consecuentemente, no podrá acordar la conmutación del legado de usufructo hecho al viudo por la adjudicación de bienes en pleno dominio.

Es doctrina jurisprudencial pacífica que las competencias del contador-partidor se ciñen a contar y partir, realizando cuanto acto jurídico y material sea preciso para este objeto, incluso ampliamente según el concreto supuesto, por ejemplo, realizando divisiones, segregaciones o pagando excesos de adjudicación, si las fincas no tuvieren fácil división. Para ello no precisa el contador-partidor el concurso de herederos, legatarios o legitimarios, aunque sí del cónyuge viudo, si debe liquidarse previamente la sociedad conyugal. También es criterio doctrinal unánime que la misión del contador-partidor consiste únicamente en contar y partir, de modo que carece de facultades dispositivas, al ser las suyas simplemente particionales. Por ello ha de respetar la igualdad cualitativa en la formación de los lotes (cfr. art. 1061 CC), evitando, en cuanto sea posible, los suplementos en metálico; aunque se ha entendido que dicho precepto no impone una igualdad matemática absoluta, ni impone la participación de todos los herederos en cada bien de la herencia. Sí podrá el albacea contador-partidor liquidar los gananciales junto con el cónyuge viudo, o realizar operaciones de modificación hipotecaria como divisiones o segregaciones necesarias para la partición, o incluso pagar excesos de adjudicación. También cabe incluir entre sus funciones la acreditación del cumplimiento o incumplimiento de condiciones a efectos de la práctica de inscripciones, siempre que se trate de hechos que queden acreditados objetivamente, no de hechos susceptibles de valoración o de posible contradicción.

La partición realizada por el contador-partidor no requiere el consentimiento de los herederos, aunque sean legitimarios, siempre que actúe dentro de sus funciones, las cuales no se alteran por la comparecencia de alguno de los herederos, ni siquiera por la concurrencia de todos ellos si el testador hubiera ordenado la intervención del contador-partidor incluso existiendo un acuerdo de los herederos respecto de la forma de realizar la partición.

En cuanto a la adjudicación a la viuda por su legado de usufructo viudal, se capitaliza en diversos bienes del inventario en plena propiedad y algunas deudas del pasivo a los efectos de compensación del valor de los bienes del activo adjudicados, lo que excede de las funciones del contador-partidor dado que se trata de un legado específico de un usufructo y es mutado en una propiedad, por lo que, en cuanto a esto, se hace preciso el consentimiento de la adjudicataria. Por tanto, en este último punto se debe desestimar el recurso.

En cuanto a las alegaciones del recurrente relativas a la existencia de una resolución judicial que declara la aceptación de la herencia, debe tenerse en cuenta que una cosa es la aceptación de herencia y otra distinta la aceptación

Resumen de Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

de la partición, sin que una conlleve la otra, lo que resulta con claridad del auto reflejado en los hechos.

Resolución de 11-1-2023

BOE 9-2-2023

Registro de la Propiedad de Logroño, número 2.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: REQUISITO DE LA PREVIA INSCRIPCIÓN A FAVOR DEL OTORGANTE DEL TÍTULO QUE SE PRETENDE INSCRIBIR.

Para inscribir un arrendamiento otorgado por la esposa que aparece como titular con carácter ganancial de la finca, es preciso que antes se inscriba la previa liquidación de gananciales y herencia que la reconozca como titular registral con facultad para el otorgamiento del acto.

Cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, conforme a los principios básicos de todo procedimiento y a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación. En el presente caso el registrador ha expresado con claridad el defecto y ha fundado aquel en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, por lo que no cabe concluir que haya incurrido en una situación de falta de motivación jurídica.

Deberá inscribirse la partición hereditaria del causante, de la que resulte que a la arrendadora se le adjudica la finca en proporción que constituya la mayoría de intereses en la comunidad, pues podría ocurrir que en la partición y liquidación de gananciales resultara otro tipo de adjudicación que concediera a otros llamados la mayor parte de los derechos sobre el inmueble. En la escritura se realizan manifestaciones sobre este punto hechas por la arrendadora que no pueden por sí solas causar la inscripción del título que conceda esa mayoría de derechos en el Registro. En el presente caso, según resulta del historial registral de la finca, esta consta inscrita a nombre de la arrendadora y de su esposo con carácter ganancial y, en consecuencia, la primera no ostenta titularidad registral que represente la mayoría de los intereses sobre la finca referida, si bien se manifiesta el título sucesorio que podría causar la adjudicación a su favor, pero no se ha acreditado esa adjudicación.

Resolución de 12-1-2023

BOE 9-2-2023

Registro de la Propiedad de Conil de la Frontera.

PARCELACIÓN URBANÍSTICA: LICENCIA OBTENIDA POR SILENCIO ADMINISTRATIVO.

Para inscribir una segregación amparada por una licencia obtenida por silencio administrativo es preciso aportar la resolución administrativa que declare que dicha licencia no sería contraria a la ordenación urbanística.

Pasando a examinar el objeto de este expediente, desde un punto de vista sustantivo, la disposición transitoria primera, apartado c), de la Ley 7/2021, de

Basilio Javier Aguirre Fernández

1 de diciembre, en su regla primera establece que «los procedimientos que, al momento de entrada en vigor de la presente Ley, estuvieran ya iniciados, se tramitarán y resolverán con arreglo a la legislación en vigor en el momento de su iniciación». Dado que la solicitud de licencia en el presente caso se produce en agosto de 2021 puede considerarse aplicable el régimen de la anterior Ley 7/2002, de 17 de diciembre. Esta norma en su artículo 172 señalaba, al regular el procedimiento de concesión de licencias urbanísticas, que «la resolución expresa deberá notificarse en el plazo máximo de tres meses. Transcurrido este plazo podrá entenderse, en los términos prescritos por la legislación reguladora del procedimiento administrativo común, otorgada la licencia interesada» —cfr. regla quinta—. La vigente Ley 7/2021, por su parte, viene a establecer una regulación similar, pero haciendo expresa referencia a la normativa estatal de aplicación básica. Por lo que, de acuerdo con lo expuesto, el legislador andaluz, tanto en la anterior ley vigente al iniciarse el procedimiento administrativo, como en la actual Ley 7/2021, admite entender estimada por silencio administrativo la licencia de división, siempre y cuando la misma no vulnere la ordenación territorial y urbanística.

Desde el punto de vista registral, puede decirse que la acreditación de la licencia como acto presunto presenta cierta dificultad, debida a la compleja prueba del hecho negativo. Del régimen expuesto se deriva que, con independencia de la validez y eficacia sustantiva del acto administrativo presunto, su trascendencia a efectos registrales requiere la acreditación documental de un pronunciamiento expreso de la Administración competente o un acto que integre el control previo municipal, como señala el legislador andaluz, teniendo en cuenta la necesidad de evitar el acceso registral de actos de modificación jurídico real de eficacia claudicante —artículo 33 de la Ley Hipotecaria— y que la calificación registral no se extiende al fondo material o sustantivo del acto administrativo de autorización o aprobación del acto civil cuya inscripción se pretende o, dicho de otra forma, carece el registrador de competencia para entrar a calificar si la actuación de cuya inscripción se trata se ajusta o no a la ordenación urbanística, actuación de control de legalidad que corresponderá, en primer lugar a la administración municipal en ejercicio de sus competencias en materia de disciplina y policía urbanística y, en último extremo, a la jurisdicción administrativa.

Resolución de 12-1-2023

BOE 9-2-2023

Registro de la Propiedad de Conil de la Frontera.

PARCELACIÓN URBANÍSTICA: LICENCIA OBTENIDA POR SILENCIO ADMINISTRATIVO.

Para inscribir una segregación amparada por una licencia obtenida por silencio administrativo es preciso aportar la resolución administrativa que declare que dicha licencia no sería contraria a la ordenación urbanística.

Pasando a examinar el objeto de este expediente, desde un punto de vista sustantivo, la disposición transitoria primera, apartado c), de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, en su regla primera establece que «los procedimientos que, al momento de entrada en vigor de la presente Ley, estuvieran ya iniciados, se tramitarán y resolverán con arreglo a la legislación en vigor en el momento de su iniciación». Dado que la solicitud de licencia en el presente caso se produce

en agosto de 2021 puede considerarse aplicable el régimen de la anterior Ley 7/2002, de 17 de diciembre. Esta norma en su artículo 172 señalaba, al regular el procedimiento de concesión de licencias urbanísticas, que «la resolución expresa deberá notificarse en el plazo máximo de tres meses. Transcurrido este plazo podrá entenderse, en los términos prescritos por la legislación reguladora del procedimiento administrativo común, otorgada la licencia interesada» —cfr. regla quinta—. La vigente Ley 7/2021, por su parte, viene a establecer una regulación similar, pero haciendo expresa referencia a la normativa estatal de aplicación básica. Por lo que, de acuerdo con lo expuesto, el legislador andaluz, tanto en la anterior ley vigente al iniciarse el procedimiento administrativo, como en la actual Ley 7/2021, admite entender estimada por silencio administrativo la licencia de división, siempre y cuando la misma no vulnere la ordenación territorial y urbanística.

Desde el punto de vista registral, puede decirse que la acreditación de la licencia como acto presunto presenta cierta dificultad, debida a la compleja prueba del hecho negativo. Del régimen expuesto se deriva que, con independencia de la validez y eficacia sustantiva del acto administrativo presunto, su trascendencia a efectos registrales requiere la acreditación documental de un pronunciamiento expreso de la Administración competente o un acto que integre el control previo municipal, como señala el legislador andaluz, teniendo en cuenta la necesidad de evitar el acceso registral de actos de modificación jurídico real de eficacia claudicante —artículo 33 de la Ley Hipotecaria— y que la calificación registral no se extiende al fondo material o sustantivo del acto administrativo de autorización o aprobación del acto civil cuya inscripción se pretende o, dicho de otra forma, carece el registrador de competencia para entrar a calificar si la actuación de cuya inscripción se trata se ajusta o no a la ordenación urbanística, actuación de control de legalidad que corresponderá, en primer lugar a la administración municipal en ejercicio de sus competencias en materia de disciplina y policía urbanística y, en último extremo, a la jurisdicción administrativa.

Resolución de 12-1-2023

BOE 9-2-2023

Registro de la Propiedad de Alicante, número 4.

HERENCIA: HERENCIA DE EXTRANJERO FALLECIDO ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL REGLAMENTO EUROPEO DE SUCESIONES.

Para inscribir una escritura de herencia de un extranjero fallecido antes de la entrada en vigor del Reglamento Europeo de Sucesiones es preciso aportar el acta de herederos, si no se han reflejado el extracto de los datos precisos. También ha de consignarse el NIF de todos los intervinientes y no solo del adjudicatario. La escritura otorgada fuera de España ha de cumplir con el principio de equivalencia con el documento notarial español, siendo imprescindible el correspondiente juicio de capacidad.

Debe tenerse en cuenta que la causante falleció antes de la aplicación del Reglamento (UE) núm. 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, por lo que es de aplicación el artículo 9.8 del Código Civil, que conduce a la ley de la nacionalidad de la causante en el momento del fallecimiento, en este caso la francesa. No obstante, es indudable que los requisitos y práctica de los asientos, como el conjunto de la actividad registral, es compe-

tencia exclusiva del Estado en el que radique el Registro. Como ha puesto de relieve este Centro Directivo (cfr., entre otras, la resolución de 6 de marzo de 2020), el procedimiento registral es competencia exclusiva de la ley española, cuyas normas son de aplicación preferente, según establece la letra f) de la disposición adicional primera de la Ley 29/2015, siempre que sean compatibles con lo dispuesto en dicha ley.

Hechas estas consideraciones previas, debe confirmarse el primero de los defectos expresados en la calificación impugnada, relativo a la acreditación del número de identificación de extranjero de todos los intervinientes en la partición. En el presente caso solo se adjudica un bien inscribible en el Registro al cónyuge viudo, mientras que las dos herederas no reciben ningún bien en España. Una interpretación lógica y finalista del artículo 254 de la Ley Hipotecaria —evitar el fraude que pueda afectar a los bienes inmuebles y a sus rentas, controlando el verdadero titular de los mismos— conduciría a la interpretación restrictiva del precepto, según la cual la información fiscal exigible se limita a quien acepte una sucesión en España de bienes objeto de inscripción, careciendo de sentido la importante carga adicional de la obtención de número de identidad de extranjero a quien nada adquiere en España, siempre que quede acreditado el flujo de pagos en el documento calificado. Sin embargo, la resolución de 15 de octubre de 2015, afirmó que: «La obligación de consignación del NIE no está limitada al hecho de adquirir o transmitir un bien inmueble, sino que se extiende a todos los supuestos de participación en una relación jurídica con trascendencia tributaria lo que evidentemente ocurre en el presente supuesto. Si el legislador hubiera querido limitar tal obligación, al menos en el ámbito del Registro de la Propiedad, a los supuestos de transmisión o adquisición de derechos sobre bienes inmuebles lo hubiera hecho así dando al artículo 254 de la Ley Hipotecaria una redacción distinta de la que figura en los demás textos legales citados como sería el caso de los notarios cuyo campo de actuación no está limitado al ámbito inmobiliario».

También debe confirmarse el segundo de los defectos invocados por el registrador, relativo a la aportación del acta de notoriedad de declaración de herederos que el notario autorizante de la escritura calificada se limita a reseñar con la indicación de su fecha y notario autorizante de ella. En el presente caso no se ha aportado ni se ha testimoniado suficientemente el acta de declaración de herederos.

Los documentos públicos notariales extranjeros podrán ser inscritos en los registros de la propiedad españoles si cumplen los requisitos establecidos en la legislación específica aplicable y siempre que dicho notario extranjero haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan los notarios españoles y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen. Esa equivalencia ha de suponer que el documento refleja adecuadamente los juicios de identificación, capacidad y, en su caso, suficiencia de la representación de los otorgantes. No es exigible sin embargo que tales juicios se realicen en idéntica forma a la exigida para el documento español, siendo suficiente una certificación o declaración notarial o la observancia de cualquier otra forma que según la ley extranjera aplicable sea equivalente. En el presente caso, la escritura calificada no contiene juicio explícito sobre la capacidad de los otorgantes ni la acreditación, según el citado artículo 36 del Reglamento Hipotecario, del cumplimiento de los requisitos que permitan concluir que existe esa equivalencia funcional. Por ello, este defecto también debe ser confirmado.

Resumen de Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

Resolución de 13-1-2023
BOE 9-2-2023
Registro de la Propiedad de Cáceres, número 1.

PROCEDIMIENTO DE APREMIO ADMINISTRATIVO: CANCELACIÓN DE LA ADJUDICACIÓN TRAS LA RESOLUCIÓN JUDICIAL DE UNA TERCERÍA DE DOMINIO.

Se considera suficiente, a efectos del principio de tracto sucesivo, con la intervención del titular registral de la finca en el expediente administrativo seguido para anular la adjudicación en procedimiento de apremio administrativo a consecuencia de una resolución judicial que estima una tercería de dominio.

Inscrita la adjudicación derivada de un procedimiento de apremio a favor del adjudicatario, se dicta sentencia firme en recurso contencioso-administrativo interpuesto por este contra la resolución del Organismo Autónomo de Recaudación y Gestión Tributaria de la Diputación de Cáceres por la que deja sin efecto la adjudicación, dictada a su vez como consecuencia de sentencia firme en procedimiento de tercería de dominio.

Este Centro Directivo, en el caso concreto planteado, entiende que se cumple el principio de tracto sucesivo (art. 20 LH), trasunto del principio constitucional de tutela judicial efectiva, en la medida que el titular registral cuya inscripción de adjudicación se declara nulo en procedimiento administrativo, ha tenido suficientes garantías para la defensa de sus derechos, al haber sido parte en el procedimiento contencioso-administrativo por él mismo interpuesto frente a la resolución administrativa, que en cumplimiento de las sentencias de tercería de dominio interpuestas, declaró la nulidad de la ejecución que motivó la inscripción a su favor.

No se trata de inscribir el dominio derivado de una tercería de dominio, sino de cancelar la adjudicación producida en un procedimiento administrativo que ha sido objeto de revisión por la propia Administración como consecuencia de sentencia firme de tercería de dominio, siendo también firme la resolución administrativa que declara la nulidad de la adjudicación al haberse desestimado en contencioso-administrativo los recursos interpuestos por el titular registral.

Resolución de 13-1-2023
BOE 9-2-2023
Registro de la Propiedad de Moncada, número 2.

PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Se consideran justificadas las dudas alegadas por la registradora en base a las alegaciones del colindante.

En el caso que ahora nos ocupa resultan plenamente fundadas las dudas de la registradora, por la complejidad, incertidumbre e imprecisiones gráficas de la documentación aportada para su calificación, y por constar oposición expresa de titulares de fincas registrales colindantes que además no han sido parte en el acuerdo homologado que se cita, si bien todo ello con la salvedad de que en el presente caso, al ser la finca objeto del expediente titularidad de un ente perteneciente al Sector Público, y en concreto a un organismo público

Basilio Javier Aguirre Fernández

vinculado a la Administración General del Estado o dependiente de la misma, debería procederse a su deslinde georreferenciado de conformidad con la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (véanse los artículos 2 y 50 y siguientes) y demás normativa específica aplicable, a la que por otra parte remite el último párrafo del artículo 200 de la propia Ley Hipotecaria.

Resolución de 16-1-2023
BOE 14-2-2023
Registro de la Propiedad de Arona.

FE DE CONOCIMIENTO NOTARIAL: PERMISO DE CONDUCIR.

Se admite como medio supletorio de identificación ante el notario el permiso de conducir.

Como ha puesto de relieve este Centro Directivo reiteradamente, en nuestra legislación la identificación de los comparecientes en los instrumentos públicos se encomienda al notario, que habrá de realizarla por los medios establecidos en las leyes y reglamentos (art. 23 de la Ley del Notariado). El juicio sobre la identidad del otorgante que corresponde, exclusivamente y bajo su responsabilidad, al notario queda amparado por una presunción legal solo susceptible de impugnación en vía judicial. Por ello, el registrador no puede revisar en su calificación ese juicio que compete al notario.

En definitiva, los documentos de identificación tienen que ser oficiales, originales y de ese fin identificatorio, fundamentalmente el documento nacional de identidad y los pasaportes, pero caben como supletorios aquellos que cumplan los mismos requisitos, como en el supuesto presente el permiso de conducción, que contiene fotografía incorporada y firma.

Resolución de 16-1-2023
BOE 14-2-2023
Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 12.

ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD: CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DEL ADQUIRENTE.

Si del decreto de adjudicación resulta que la finca rústica ejecutada está arrendada, hay que acreditar la notificación al arrendatario. También ha de expresarse el domicilio del adquirente.

El artículo 11.1 de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos, en la redacción dada por la Ley 26/2005, de 30 de noviembre, dispone que la escritura pública de enajenación de finca rústica deberá expresar la circunstancia de si esta se encuentra o no arrendada, como condición para su inscripción en el Registro de la Propiedad. En el presente caso consta en el mismo testimonio del decreto de adjudicación que la finca está arrendada a las personas que se indican. Por ello, debe acreditarse que se ha notificado de forma fehaciente a los arrendatarios para que puedan, en su caso, ejercer el derecho de retracto que les concede, sin que a esta conclusión pueda oponerse la manifestación del recurrente sobre el carácter ficticio o simulado de dicho

arrendamiento, circunstancia esta sobre la que puede decidirse en reducido marco de este expediente de recurso.

En relación con el segundo defecto expresado por la registradora, relativo a la indicación del domicilio del adquirente, el artículo 21 de la Ley Hipotecaria determina que los títulos en cuya virtud se solicita la inscripción deben contener todas las circunstancias necesarias para la práctica de la misma. Por tanto, deben constar las circunstancias personales de la persona a cuyo favor deba practicarse la inscripción, es decir, las recogidas en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario, entre las cuales se encuentra «el domicilio con las circunstancias que lo concreten» —cfr. artículo 51.9.^a a) del Reglamento Hipotecario—. En el presente caso, debe confirmarse el defecto, dada la indeterminación del domicilio del adjudicatario, si bien podrá ser objeto de determinación por instancia privada.

Resolución de 16-1-2023

BOE 14-2-2023

Registro de la Propiedad de Icod de los Vinos.

REPRESENTACIÓN LEGAL DE MENORES SUJETOS A DERECHO ALEMÁN: CALIFICACIÓN REGISTRAL.

Si el registrador no opone otros impedimentos en su calificación, ha de admitirse el juicio de suficiencia realizado por el notario.

Ciertamente, como indica el registrador, la capacidad y representación legal de los compradores menores de edad se rige por la ley alemana (cfr. arts. 9.4 y 10.11 CC). Pero, al intervenir en el otorgamiento de la escritura calificada dichos menores representados por un apoderado, debe determinarse si el documento representativo resulta que dicha ley ha sido cumplida, algo que el registrador puede calificar con los medios legalmente establecidos para ello: por lo que resulte del documento presentado y del contenido del Registro en el momento de su presentación (art. 18 LH, que se ha interpretado por este Centro Directivo atendiendo a su espíritu y finalidad para admitir el acceso por el registrador al contenido de otros registros públicos, algo que constituye, en determinados casos, no solo una potestad sino una obligación del registrador —*vid.*, entre otras, la resolución de 13 de septiembre de 2017—), y todo ello dentro de los límites establecidos en el artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre.

Así, frente a la objeción expresada por el registrador (en esencia, que no interviene, por sí o debidamente representada, la madre de los menores adquirentes ni se hace referencia alguna a su fallecimiento o a causa alguna que atribuya el ejercicio de la patria potestad en exclusiva al progenitor interviniente) debe tenerse en cuenta que, según el testimonio de la escritura autorizada por el notario alemán, el apoderamiento es también otorgado por la tutora de la madre y dicho notario da fe de la capacidad de todos los comparecientes, sin que el registrador haya opuesto objeción alguna a tal valoración sobre la aptitud y capacidad legal para el acto escriturado según la ley alemana aplicable, ni —en los términos permitidos por el artículo 98 de la Ley 24/2001— al juicio de suficiencia de las facultades representativas emitido por el notario autorizante de la escritura de compraventa calificada.

registral «los módulos, términos que solo pretende identificar la ubicación de los puestos de observación, no suponen segregación», es decir aparentemente no se pretende el fraccionamiento del terreno con objeto de su explotación económica exclusiva y excluyente de forma análoga a la división o segregación, sino delimitar y concretar las porciones de terreno en los que los respectivos titulares de los derechos pueden ubicar sus respectivos puestos de observación naturalista.

Por ello a juicio de esta Dirección General lo que procede en el presente supuesto es iniciar la vía del artículo 79 del Real Decreto 1093/1997 y, en su caso, la prevista en el artículo 80 del mismo, al no tratarse de un supuesto sujeto expresamente a licencia y tener por objeto un derecho inscrito, siendo aquel cauce procedimental el oportuno para que la Administración competente dicte la resolución que proceda, una vez analizados los presupuestos de hecho del terreno en cuestión.

Resolución de 17-1-2023

BOE 14-2-2023

Registro de la Propiedad de Sevilla, número 17.

NOTA DE AFECCIÓN FISCAL POR EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE NO RESIDENTES: CANCELACIÓN.

La nota de afección prevista en la regulación del Impuesto sobre la Renta de no Residentes se cancelará, entre otros medios, mediante la presentación de la carta de pago de la deuda, que es lo que precisamente sucede en este caso (si bien siempre que se aporte el original de las cartas de pago, como más tarde se precisará).

En los supuestos de afección de los bienes transmitidos al pago de los impuestos sobre Transmisiones Patrimoniales y actos Jurídicos Documentados y sobre Sucesiones y Donaciones antes mencionados, se trata de garantizar situaciones caracterizadas por su provisionalidad, derivadas del hecho de alegar la exención o reducción del impuesto cuando deben cumplirse determinados requisitos ulteriores exigidos para su concesión, de haberse producido la desmembración del dominio, que dará lugar a su posterior y eventual consolidación del mismo, o de la autoliquidación del impuesto o la liquidación provisional del mismo, sujetas por tanto a una posible revisión posterior que podría dar lugar al giro de una liquidación complementaria definitiva. Por ello, como establecen las leyes reguladoras de dichos impuestos (arts. 122.4 y 100.4 de sus respectivos reglamentos), y como ya ha señalado esta Dirección General (cfr. resoluciones de 15 de noviembre de 2018, 21 de enero de 2020 y 19 de abril de 2022), para proceder a la cancelación de dicha nota sería necesario, bien que se acredite el pago del impuesto con carácter firme o el transcurso del plazo de caducidad de dicha nota, bien que medie consentimiento de la Hacienda Pública que es el titular registral o resolución judicial firme que ordene dicha cancelación (cfr. arts. 1, 40 y 82 LH).

En cambio, el supuesto previsto en el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la renta de no residentes se caracteriza por exigir un requisito objetivo y determinado: el adquirente está obligado a retener e ingresar el 3%, o a efectuar el ingreso a cuenta correspondiente, de la contraprestación acordada, en concepto de pago a cuenta del impuesto correspondiente al transmitente obligado a su pago. Por este motivo, el artículo 14.5 «in fine» del Reglamento del impuesto

Basilio Javier Aguirre Fernández

sobre la renta de no residentes, aprobado por Real Decreto 1776/2004, de 30 de julio, establece que la nota de afección en garantía de su pago practicada sobre el inmueble transmitido se cancelará, entre otros medios, mediante la presentación de la carta de pago de la deuda, que es lo que precisamente sucede en este caso (si bien siempre que se aporte el original de las cartas de pago, como más tarde se precisará).

Señala también la registradora en su nota de calificación como defecto que impide la cancelación solicitada que no es admisible la fotocopia como título apto para practicar operación registral, sino que han de presentarse los títulos originales o auténticos, pues en este supuesto se han aportado fotocopias de los resguardos de ingreso (modelos 211 de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria) de las cantidades retenidas en concepto de pago a cuenta del impuesto sobre la renta de no residentes. En este único punto ha de confirmarse la nota de calificación de la registradora.

Resolución de 17-1-2023

BOE 14-2-2023

Registro de la Propiedad de Torreveja, número 1.

PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No se accederá a inscribir la base gráfica de una finca si de las alegaciones de los colindantes resultan dudas sobre la identidad de la finca.

La registración de un exceso de cabida *stricto sensu* solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de la finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tabularmente es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos originalmente registrados. Este método, por tanto, solo debe permitir la corrección de un dato mal reflejado en su término inicial al inmatricular la finca, por lo que la existencia de dudas que pudiera albergar el registrador de encontrarnos en cualquier otro caso—inmatriculaciones de parcelas colindantes o encubrimiento de otras operaciones como agrupaciones o agregaciones— pueden (y deben) generar una calificación negativa a la inscripción del exceso, o defecto, de cabida declarado.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En el presente caso, es claro que la finca registral de quien formula oposición no tiene previamente inscrita su georreferenciación, ni es el titular de la franja de

terreno invadida, por lo que no cabe aplicar aquí el primer inciso relativo a que «el registrador denegará la inscripción de la identificación gráfica de la finca, si la misma coincidiera en todo o parte con otra base gráfica inscrita». Pero, alega la existencia de una zona de terreno que pertenece a la urbanización, cuya existencia deriva del asiento registral de la finca, alegación que puede ser utilizada por el registrador para fundamentar objetivamente las dudas en la identidad de la finca, si se accede a modificar su descripción.

Resolución de 17-1-2023

BOE 14-2-2023

Registro de la Propiedad de Santa Cruz de la Palma.

OBRA NUEVA: IDENTIFICACIÓN DE LA PORCIÓN OCUPADA POR LA EDIFICACIÓN.

Se recuerda la necesidad de, según las circunstancias, exigir la previa inscripción de la base gráfica de la finca para hacer constar las coordenadas de la superficie ocupada por la edificación al declarar el fin de obra, aunque este sea parcial.

La Resolución-Circular de 3 de noviembre de 2015 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la interpretación y aplicación de algunos extremos regulados en la reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, señaló, en su apartado octavo, punto 1, que «cuando, conforme al artículo 202 de la Ley Hipotecaria, proceda inscribir la relación de coordenadas de referenciación geográfica de la porción de suelo ocupada por cualquier edificación, instalación o plantación, deberá constar inscrita, previa o simultáneamente, la delimitación geográfica y lista de coordenadas de la finca en que se ubique».

La razón de dicha exigencia estriba en que para que proceda inscribir en el folio real de una finca la existencia de una edificación ubicada sobre ella, el primer presupuesto y requisito conceptual es, obviamente, que tal edificación esté efectivamente ubicada en su integridad dentro de la referida finca y no se extralimite de ella.

Para calificar tal extremo, no bastaría con efectuar una simple comparación aritmética para verificar que la medida de la superficie ocupada por la edificación no supere la medida de la superficie de la finca, sino que es precisa una comparación geométrica espacial acerca de dónde está efectivamente ubicada la porción ocupada por la edificación y que la ponga en relación con la delimitación geográfica de la finca (...).

Pero cuando la finca no tiene previamente inscrita su georreferenciación, tal análisis geométrico espacial resultará difícil en ocasiones o imposible en otras, y puede no llegar a disipar las dudas acerca de si la concreta edificación declarada está o no efectivamente ubicada en su totalidad dentro de la finca sobre la que se declara.

No estamos ante un supuesto de edificio en construcción, como alega el recurrente, sino de edificio terminado hace más de quince años. El hecho de que el interesado solo pida la constancia registral de la terminación respecto de determinados elementos privativos no altera la conclusión anterior.

Basilio Javier Aguirre Fernández

Resolución de 18-1-2023
BOE 14-2-2023
Registro de la Propiedad de Denia, número 2.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CANCELACIÓN DE LA PRORROGADA ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEC.

Se recuerda la aplicabilidad de la regla octava del artículo 210.1 de la Ley Hipotecaria para acceder a la cancelación por caducidad de las anotaciones de embargo prorrogadas antes de la entrada en vigor de la LEC.

De los antecedentes facticos expuestos resulta, tal y como indica la nota de calificación, que la anotación fue objeto de prórroga con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva redacción del artículo 86 de la Ley Hipotecaria, por lo que queda sometida a prórroga indefinida en los términos del artículo 199.2.º del Reglamento Hipotecario, de manera que no cabe la cancelación por caducidad de la misma, sin perjuicio de que, una vez transcurridos seis meses, computados desde la emisión de la resolución judicial firme en el proceso en que la anotación preventiva y su prórroga fueron decretadas, se pueda solicitar su cancelación.

Ahora bien, en el presente caso el interesado solicita de forma expresa la aplicación de lo previsto en el apartado 1 del artículo 210 de la Ley Hipotecaria, regla octava. Como se afirmó en la resolución de este Centro Directivo de 22 de noviembre de 2019, entre otras, al tratarse el embargo de una traba de bienes para garantizar el pago de una obligación y tener eficacia real a través de la anotación de embargo, le resulta de aplicación este precepto. Debe concluirse que no procede la cancelación de la anotación preventiva de embargo conforme a lo dispuesto en la regla octava del artículo 210.1 de la Ley Hipotecaria al datar el último asiento relativo a la reclamación del año 2010.

Es continua doctrina de esta Dirección General (basada en el contenido del artículo 326 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, sentencia de 22 de mayo de 2000), que el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente la determinación de la procedencia o no de una nota marginal ya practicada, cuestión reservada al conocimiento de los tribunales (art. 66 LH).

Resolución de 18-1-2023
BOE 14-2-2023
Registro de la Propiedad de Pina de Ebro.

DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD ARAGONÉS: MENCIÓN A LOS DATOS DE IDENTIDAD DEL CÓNYUGE DEL DISPONENTE.

Puede ser una buena práctica notarial la constancia del nombre y apellidos del cónyuge que adquiere el inmueble por herencia, para facilitar la identificación del titular del derecho expectante, aunque —como ya se ha visto— su omisión no sea determinante de una calificación suspensiva del título, pues tal expectativa no genera propiamente un derecho real inscribible en su favor.

Cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, conforme a los principios básicos de todo procedimiento y a la normativa vigente, que al

consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación. En este caso, el defecto señalado en la nota de calificación ha podido ser objeto de alegaciones suficientes por el recurrente, y por ello procede entrar en el fondo del asunto.

Si el otorgante fuere casado, separado judicialmente o divorciado, y el acto o contrato afectase o pudiese afectar en el futuro a las consecuencias patrimoniales de su matrimonio actual, o en su caso anterior, se hará constar el nombre y apellidos del cónyuge a quien afectase o pudiese afectar, así como el régimen económico-matrimonial, y en este punto se produce el debate: la registradora entiende que, al estar la vendedora aforada a derecho aragonés y su anterior matrimonio sometido al régimen consorcial foral de Aragón, debe acreditarse el fallecimiento del cónyuge a los efectos de determinar que no actúa el derecho expectante; el notario recurrente entiende que no es preciso rectificar los datos registrales relativos al estado civil, sino que esto procede solo cuando la titularidad previamente inscrita resulta afectada.

El momento del fallecimiento de uno de los cónyuges determina el nacimiento del derecho de usufructo del cónyuge viudo. Por tanto, hasta ese momento de la apertura de la sucesión de uno de los cónyuges, no se sabe quién es el beneficiario del usufructo viudal, que podría ser cónyuge de otras nupcias o no existir por separación o divorcio. En consecuencia, en el momento de la adquisición por herencia no tiene trascendencia quien sea el cónyuge del heredero o legatario ni su régimen económico-matrimonial.

En el caso del derecho expectante de viudedad es distinto, ya que, durante el matrimonio, ambos cónyuges son titulares de una expectativa de derecho que se ejercitará en el futuro cuando se realice una disposición, que será el momento en el que se determinará quién es el cónyuge que tiene que prestar su consentimiento. Así, el momento de su eficacia será el de la disposición del bien, a diferencia del usufructo de viudedad, que es el de la apertura de la sucesión del primer cónyuge causante. Y ese momento de la disposición del bien determina quién sea el titular del derecho expectante, que, como antes, puede haber cambiado por separación o divorcio o ulteriores nupcias. Por tanto, tampoco tiene trascendencia quién sea el cónyuge en el momento de la adquisición por herencia ni su régimen económico matrimonial, pues como se ha dicho, podría ser otro el titular del derecho expectante al tiempo de su ejercicio (...) resulta muy difícil de caracterizar el derecho expectante de viudedad foral aragonesa y determinar su naturaleza jurídica, pero es claro que no se trata de un derecho real concreto y desarrollado sobre los bienes del cónyuge.

La omisión de la constancia de la identidad del cónyuge por tanto no puede ser defecto que impida la inscripción, pues no está expresamente exigida en ninguna norma específica y el derecho expectante no es en sí mismo un derecho inscribible. Podemos concluir por tanto que puede ser una buena práctica notarial la constancia del nombre y apellidos del cónyuge que adquiere el inmueble por herencia, para facilitar la identificación del titular del derecho expectante, aunque —como ya se ha visto— su omisión no sea determinante de una calificación suspensiva del título, pues tal expectativa no genera propiamente un derecho real inscribible en su favor (...).

Basilio Javier Aguirre Fernández

Resolución de 18-1-2023

BOE 14-2-2023

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 23.

HIPOTECA: EN GARANTÍA DE APERTURA DE CRÉDITO SIMPLE.

Se analizan la naturaleza y el alcance e inscribibilidad de determinadas estipulaciones de esta modalidad de hipoteca de máximo.

Entre las características del préstamo destaca que una vez amortizado todo el capital se da por concluida la operación sin posibilidad de acceder a más dinero, salvo que se formalice una ampliación del capital. Su garantía hipotecaria se materializa a través de la denominada hipoteca ordinaria o de tráfico. Por su parte, el crédito, en términos generales, es una forma de financiación más flexible que el préstamo, en virtud de la que el acreedor se compromete a poner a disposición del solicitante o deudor una cantidad de dinero durante un plazo determinado, que este podrá utilizar en función de sus necesidades, totalmente, de forma parcial, o no disponer de nada. Entre las características del crédito destacan que solo se pagan intereses por la cantidad realmente utilizada, y que a medida que se amortiza el dinero utilizado, se puede seguir disponiendo de él otra vez, siempre que no se supere el límite fijado. Son tres los tipos de hipotecas principales admitidos en nuestro derecho con dicha finalidad, todas de máximo: las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones futuras (arts. 142 y 143 LH y 238 RH); las constituidas en garantía del saldo de una cuenta corriente de crédito y otros supuestos asimilados (art. 153 LH); y las hipotecas globales y/o flotantes (art. 153 bis LH).

En concreto, en el supuesto objeto de este recurso, las características fundamentales de la obligación garantizada, que se infiere de las cláusulas transcritas en el fundamento de derecho segundo, son las siguientes: concesión de un crédito, por una sociedad que no tiene el carácter de entidad crediticia oficial, sin entrega presente más que de una pequeña parte del capital y disposición del resto del mismo sujeta al cumplimiento de ciertas reglas, mediante pago directo del acreedor a un tercero —empresa constructora— designado por el deudor, con existencia de la facultad de efectuar reembolsos anticipados parciales, y sin que las cantidades amortizadas puedan ser objeto de nueva disposición. No se pacta ni se regula la apertura de una cuenta corriente a favor de la parte financiada, ni se establece expresamente que la obligación garantizada sea el saldo líquido de una cuenta corriente.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, debemos descartar que la obligación garantizada con la hipoteca objeto de este recurso pueda calificarse de préstamo, como hace la registradora calificante. También se debe descartar que la obligación garantizada sea el saldo de un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente. En consecuencia, se considera que la obligación garantizada es la resultante de un contrato de apertura de crédito simple pues, al margen que excepcionalmente se permitan reembolsos anticipados parciales, el resto de las estipulaciones y terminología utilizada se ajusta a la configuración legal de este tipo de contrato. Así, el contrato queda perfeccionado y eficaz desde su otorgamiento, y las entregas de dinero sucesivas en favor del deudor son meros actos de ejecución del crédito. No procede exigir aclaración complementaria alguna en este sentido, por lo que el primer defecto de la nota de calificación recurrida debe ser revocado, al no haberse pactado un préstamo sujeto a condición suspensiva.

En el supuesto objeto de este recurso, al fijarse la responsabilidad hipotecaria por principal se dispone que la hipoteca cubrirá «el total del principal, que asciende a la cantidad 282 500 euros»; términos que, independientemente de su mejorable redacción técnica, no se consideran incompatibles con la constitución de una hipoteca de máximo o seguridad, pues la expresión utilizada «total», tanto puede entenderse referida a que se garantiza todo el crédito concedido y no solo parte él, lo que sería superfluo, como a que se está garantizando el crédito conferido hasta su cifra total o máxima posible, y así se remarca. En consecuencia, este segundo defecto de la nota de calificación, tal y como se ha formulado, también debe ser revocado.

Como se ha expuesto anteriormente, la garantía hipotecaria de este tipo de obligaciones se encuadra dentro del marco amplio de las hipotecas de seguridad en garantía de obligaciones futuras, regulada en los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria y 238 de su Reglamento, en vez de la hipoteca en garantía de cuentas corrientes que regula el citado artículo 153 de dicha ley, por lo que no es hábil, para que pueda utilizarse el procedimiento judicial directo de ejecución hipotecaria, la certificación de la parte acreedora del saldo líquido de una cuenta corriente. Esta clase de hipotecas en garantía de obligación futura del artículo 142 de la Ley Hipotecaria, aunque ya constituyen un derecho real existente, pueden quedar afectadas en cuanto a sus vicisitudes y desenvolvimiento por la existencia y cuantía de las obligaciones futuras derivadas del contrato o relación jurídica básica que garantizan.

La nota marginal a que se refieren los artículos 143 de la Ley Hipotecaria y 238 del Reglamento Hipotecario es un sustitutivo de las certificaciones del saldo de la cuenta a que se refieren los artículos 153 y 153 bis de la Ley Hipotecaria, lo que confirma la autonomía de la hipoteca en garantía de obligaciones futuras respecto a dichas otras clases de hipotecas de máximo. Sin perjuicio de poder pactarse, en aplicación del principio de autonomía de la voluntad, un procedimiento especial y detallado de cómo acreditar el nacimiento de la obligación y practicar la citada nota marginal (procedimiento que debe estar fundado en documentos que lleven aparejada ejecución conforme al artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), el mismo no es necesario pues, en su defecto, se aplicará supletoriamente el sistema recogido en el citado artículo 238 del Reglamento Hipotecario.

En cuanto a la posibilidad de utilizar el procedimiento de venta extrajudicial para la ejecución de las hipotecas de seguridad, como ha reiterado este Centro Directivo en diversas resoluciones, como las de 22 y 24 de abril de febrero de 2019, tratándose la obligación garantizada de una cuenta de crédito abierto (a la que deben asimilarse las demás hipotecas de máximo), para la inscripción del pacto de venta extrajudicial es necesario que se prevea expresamente en la escritura de constitución la forma de determinar registralmente la deuda antes de intentar su utilización. En conclusión, es preciso que las partes interesadas preestablezcan en el contrato de crédito hipotecario, un sistema de determinación del importe definitivo de la cantidad adeudada, adecuado, seguro y ajustado a los principios hipotecarios, para la debida constatación registral del nacimiento de la obligación asegurada y su concreta cuantía, sistema que, como se ha indicado, debe estar fundado en documentos que lleven aparejada ejecución (art. 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Por tanto, tratándose, como es el caso, de hipotecas de máximo, debe rechazarse la inscripción de la cláusula de venta extrajudicial si no contiene un sistema de determinación de la cuantía exigible y su constancia registral antes de la ejecución, por lo que se confirma en cuanto a este defecto la nota de calificación. No obstante, será posible prac-

Basilio Javier Aguirre Fernández

ticar la inscripción parcial de la hipoteca sin esta cláusula, si media solicitud expresa de las partes.

Respecto del defecto cuarto, la cláusula primera, apartado 6.1.3, dispone que: «(...) Asimismo, deberá depositarse en el mismo acto de la compraventa, en concepto de amortización, en la cuenta titularidad de la entidad acreedora en ING Luxemburgo SA la cantidad resultante según el saldo deudor existente hasta la fecha de la venta», por lo que debe analizarse si esta cláusula tiene el carácter de abusiva y si constituye o no una prohibición de disponer. Debe señalarse que las cláusulas por las que se prohíbe al deudor disponer de la finca hipotecada si no consta el expreso consentimiento del acreedor no son inscribibles, por contravenir la norma imperativa recogida en los artículos 27 y 107.3 de la Ley Hipotecaria y resultar contrarias al principio de libertad de contratación, a la libre circulación, uso y disfrute de los bienes y al crédito territorial (*vid.* sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 y resoluciones de 8 de junio y 16 de agosto de 2018, entre otras). Ahora bien, con el pacto antes transcrito no se está estableciendo, ni siquiera de modo indirecto, una prohibición de disponer. Además, este pacto el reembolso anticipado del préstamo si se produce la venta de la finca hipotecada, ha sido admitido por esta Dirección General, si se expresa en términos semejantes a los transcritos, en determinados supuestos como los recogidos en las resoluciones de 21 de enero de 2007 y 28 de abril de 2015, ambos de carácter empresarial, porque, como señala acertadamente el recurrente, la venta de los activos hipotecados por una sociedad dedicada a la promoción inmobiliaria, la sitúan en una posición de debilidad financiera, con el inherente riesgo que ello entraña de cara a la devolución de la cantidad prestada o concedida por la acreedora, que justifica, en este ámbito en que no opera la protección de consumidores, que la sociedad acreedora busque protegerse ante tal eventualidad mediante este pacto de amortización anticipada obligatoria.

Resolución de 19-1-2023

BOE 14-2-2023

Registro de la Propiedad de Picassent, número 1.

PUBLICIDAD FORMAL: INCLUSIÓN DE DATOS SOBRE EL PRECIO.

Se reitera la doctrina sobre los casos en que puede incluirse en la publicidad formal información sobre el precio de la última transacción de la finca.

Como tiene declarado este Centro Directivo, la presunción del apartado 3 del artículo 332 del Reglamento Hipotecario a favor de determinados profesionales, les exime de acreditar el mandato recibido, pero no supone por sí sola una demostración o prueba de la existencia del interés legítimo, debiendo acreditarse tanto la cualidad de profesional del peticionario como la causa de la consulta, que debe ser acorde con la finalidad del Registro, tal y como dispone el propio precepto legal invocado en su inciso final. En nuestro caso, el abogado se identifica con su número de colegiado y facilita los datos de facturación de la titular registral colindante de la finca sobre la que solicita la certificación por lo que queda suficientemente acreditado por cuenta de quien actúa.

En cuanto a la segunda de las cuestiones planteadas es preciso analizar en qué supuestos está permitido consignar el precio de venta de una transmisión de conformidad con la legislación hipotecaria y la reguladora de la de protección de

datos de carácter personal. Aun existiendo interés legítimo en el conocimiento del contenido de los libros del Registro, deberán quedar excluidos de la información suministrada, aquellos datos que tengan la consideración de sensibles conforme a lo anteriormente expuesto.

Serían supuestos admisibles de inclusión del precio en la publicidad y que son aplicables a la luz de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales: a) cuando los precios o valores solicitados lo sean de operaciones jurídico-económicas en los que sean parte únicamente personas jurídicas o empresarios individuales o comerciantes, en su condición de tales; b) cuando, a juicio del registrador, se considere que dicho dato está incluido dentro de la publicidad de carácter «tráfico jurídico inmobiliario», puesto que la cesión vendría justificada por la normativa hipotecaria; c) cuando se trate de permitir al solicitante el ejercicio de un derecho que tenga reconocido por una norma con rango de ley o en cumplimiento de un deber impuesto por una norma de igual rango, lo cual se acredite suficientemente al registrador; y d) en el supuesto de que la petición del precio se realice por agencias que actúen por cuenta de entidades financieras, acreditando el encargo recibido y la entidad en cuyo nombre actúen, de conformidad con las circulares del Banco de España, referentes a la obligación de cubrir los activos calificados como dudosos, previa estimación del deterioro de su valor, para lo cual es necesario conocer los datos cuya cesión se pretende.

En el caso planteado no se expresa en la solicitud qué tipo de servidumbre de paso se pretende demandar, pero aun cuando fuera permanente la indemnización vendrá determinada por el valor del terreno que se ocupe (no por la parte proporcional del precio) y el importe de los daños y perjuicios que se causen en el predio sirviente. Por tanto, el precio exacto de venta de la finca en la transacción inmediatamente anterior a la solicitud no será concluyente para determinar la indemnización de la servidumbre. Por otro lado, los valores de referencia se encuentran publicados anualmente en la Sede Electrónica del Catastro, de conformidad con su normativa reguladora, sin perjuicio de poder acudir a una tasación especializada.

Resolución de 23-1-2023
BOE 14-2-2023
Registro de la Propiedad de Antequera.

CONDICIÓN RESOLUTORIA: TRANSMISIÓN *MORTIS CAUSA* DEL CRÉDITO ASEGURADO.

El crédito pendiente garantizado con condición resolutoria es transmisible *mortis causa* e inscribible.

Hay dos condiciones resolutorias: la primera, a favor de don I. G. T. en garantía del precio aplazado de la compraventa de fecha 2 de noviembre de 2001; la segunda, a favor de don M. T. M. en garantía del precio aplazado de la compraventa de fecha 10 de octubre de 2003; la segunda condición resolutoria —inscripción 6.^a— es cancelada mediante escritura de fecha 10 de noviembre de 2003, en la que don M. V. M. da carta de pago a favor de «Fadesa Inmobiliaria, S.A.» y cancela la condición resolutoria que garantizaba el precio aplazado que satisface «Fadesa Inmobiliaria, S.A.», sin hacer alusión ni mención alguna a la condición resolutoria anterior. En consecuencia, con estos parámetros, se mantiene en vigor

Basilio Javier Aguirre Fernández

la primera condición resolutoria, de manera que el crédito garantizado con ella puede ser objeto de transmisión *mortis causa* y, por tanto, inscrito.

Resolución de 23-1-2023
BOE 14-2-2023
Registro de la Propiedad de Chiva, número 2.

SUELOS CONTAMINADOS: ALCANCE DE LA DECLARACIÓN IMPUESTA POR EL ARTÍCULO 98.3 DE LA LEY 7/2022.

La declaración que establece el artículo 98.3 de la Ley 7/2022 no alcanza a los elementos privativos de una propiedad horizontal, en la medida en que su contacto con el suelo es solo una proyección ideal. Basta con manifestar que no le consta la realización de este tipo de actividades.

El presente recurso tiene por objeto determinar el alcance de la obligación impuesta por el artículo 98.3 de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular. El legislador ha considerado oportuno servirse de las funciones de notarios y registradores de la propiedad, en coordinación con las actuaciones que deben desplegar las Administraciones públicas, respecto del control de suelos afectados por actividades potencialmente contaminantes. Y es que el Registro de la Propiedad constituye una herramienta enormemente útil, tanto para cualquier tercero que puede así conocer la posible afectación de una determinada finca por la realización de este tipo de actividades potencialmente contaminantes, como para la propia Administración, que puede obtener una información esencial sobre la existencia de suelos contaminados.

Lo que en este recurso se discute es si la obligación que establece el referido artículo 98.3 de la Ley 7/2022 es o no aplicable a los casos en los que la finca afectada sea una vivienda que forme parte de un edificio en régimen de propiedad horizontal. Es enteramente razonable concluir que cuando el número 3 establece la obligación de declarar «si se ha realizado o no en la finca transmitida alguna actividad potencialmente contaminante del suelo», se está refiriendo a actividades (recuérdese lo antes expuesto a propósito del Real Decreto 9/2005) que puedan afectar al suelo, pues, de hecho, el número anterior habla de remitir, por los titulares de actividades, información que pueda servir de base para la declaración de suelos contaminados.

Por consiguiente, debe concluirse que la norma en la que se basa la calificación en modo alguno puede afectar a entidades independientes, o cuotas de entidades (pensemos en aparcamientos o trasteros así transmitidos), pues solo se proyectan idealmente sobre el suelo —elemento común— de un edificio en régimen de propiedad horizontal (por descender a la realidad, se antoja realmente difícil, por no decir imposible, admitir que, por ejemplo, evacuar por los desagües restos de productos de limpieza encaje en la citada definición y en la intención del legislador). Por ello y respecto de tales entidades independientes (o cuotas de las mismas) no cabe imponer esa declaración a la vista del artículo 98.3 citado, en referencia a los negocios jurídicos que detalla; entre otras razones, porque en una finca en la que hay cuota de participación sobre el suelo, pero no suelo propiamente dicho, no es dado realizar actividad alguna (recordemos el concepto de actividad potencialmente contaminante) que sirva de base para la declaración de suelo contaminado. Por contra, sí que se aplicaría el precepto en casos que por sí resultan evidentes, tales como transmisión de terrenos (suelo) de la especie

que sea (rústico o urbano); o naves o instalaciones, industriales o comerciales. Se podría dudar si afecta a las transmisiones de viviendas unifamiliares o aisladas, en las que no se realice una actividad comercial o industrial (al modo que indica la citada definición); pero el hecho de que, aquí, el dominio se proyecta sobre el suelo directamente y no de una forma ideal (cuota parte de un elemento común), como sucede respecto de las entidades en régimen de propiedad horizontal, avalaría su inclusión junto a los supuestos —de inclusión— anteriores.

En resumen y para precisar aún más, la norma en cuestión (art. 98.3) solo afecta al propietario, transmita la propiedad o cualquier otro derecho real, pero no al titular de cualquier derecho real (por ejemplo, usufructo) que dispusiera de su derecho, ni a los actos de gravamen. Sí, e indiscriminadamente, a actos gratuitos y onerosos, y también a las transmisiones «*mortis causa*», por razón de la posición de los sucesores «*mortis causa*», los herederos en tanto que continuadores de las relaciones del causante (recordemos que, por el contrario, el legatario no es un sucesor sino un adquirente). Y también a todo tipo de declaración de obra nueva, sea por antigüedad (art. 28.4 de la Ley estatal de Suelo) o con licencia (art. 28.1 de la misma ley); tanto iniciada como terminada.

Tanto el registrador como el notario están de acuerdo en la aplicabilidad del referido artículo 98.3 de la Ley 7/2022 a la presente transmisión; y lo que se discute es si dicha norma queda cumplida con la concreta expresión empleada en la escritura calificada, al manifestar el transmitente, de conformidad con dicho artículo, «que sobre la finca transmitida no le consta que se haya realizado ninguna actividad potencialmente contaminante del suelo». La respuesta no puede ser sino afirmativa. Tanto si se atiende a la literalidad de la norma como a su finalidad, no puede confirmarse la interpretación del registrador, excesivamente rigurosa, en cuanto exige que se afirme categóricamente si se ha realizado o no la actividad potencialmente contaminante del suelo a que se refiere dicho precepto. Así, debe admitirse la expresión empleada en la escritura calificada que, indudablemente, contiene una declaración de ciencia en términos equivalentes a los referidos en el artículo 98.3 de la Ley 7/2022, de 8 de abril.

Resolución de 23-1-2023

BOE 14-2-2023

Registro de la Propiedad de Villajoyosa, número 2.

CONCURSO DE ACREEDORES: EFECTOS SOBRE LAS EJECUCIONES SINGULARES Y LAS ANOTACIONES DE EMBARGO.

La declaración de concurso impide practicar anotaciones de embargo, salvo los casos exceptuados en la Ley.

El hecho de que sea el acto de calificación el que constituye el objeto del recurso tiene importantes consecuencias: en primer lugar, que solo son objeto de recurso aquellos concretos pronunciamientos que sean impugnados (*vid.*, por todas, resolución de 23 de marzo de 2010); en segundo lugar, que los documentos aportados con el escrito de recurso no pueden tenerse en cuenta por no haber sido presentados al registrador en el momento de la calificación, debiendo resolverse el recurso solo a la vista de los documentos que fueron aportados originariamente en tiempo y forma al solicitar su calificación.

La prolongada duración de los concursos aumenta la importancia de resolver el problema intertemporal derivado de la vigencia simultánea de normas. También

debe tenerse en cuenta que los principios de retroactividad se aplican de forma diferente según el carácter sustantivo, sancionador o procesal de las normas. La postura más equilibrada es la de aplicar la misma normativa a fases enteras del procedimiento, sin perjuicio de la ponderación que pudieran hacer los tribunales en los casos en que el tratamiento difiera entre los dos textos legales.

En el caso del presente recurso, la cuestión aparecía regulada en los artículos 24 y 55 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. El artículo 24.4, inciso final, determinaba literalmente que, practicada la anotación preventiva, no podrán anotarse respecto de un bien o derecho, más embargos o secuestros posteriores a la declaración del concurso que los acordados por el juez de este, salvo lo establecido en el apartado 1 del artículo 55 de esta ley.

En el presente caso no se cumple ninguno de los requisitos que hubieran permitido proseguir las actuaciones y anotar el embargo cautelar acordado, una vez declarado el concurso, al no tratarse ni de apremio administrativo ni de ejecución laboral, sino de una ejecución civil de un crédito que debía ser clasificado como concursal. Tampoco se ha declarado por el Juzgado Mercantil que la finca embargada innecesaria para la continuidad de la actividad empresarial del deudor. En definitiva, es indudable que, tratándose de créditos ordinarios, que no gozan de privilegio especial, ni revisten naturaleza administrativa o laboral, la declaración de concurso impide anotar cualquier procedimiento de ejecución singular en tanto en cuanto no se acredite en el mismo, mediante testimonio de la resolución del juez que entiende del concurso (cfr. arts. 56.5 de la Ley Concursal, actual art. 147.1), que los bienes concernidos no están afectos a actividad profesional o empresarial del concursado, y ello tanto conforme a la legislación vigente al tiempo de la declaración del concurso, como conforme al actual texto refundido, que, en esencia, mantiene los mismos principios suspensivos de los procedimientos de ejecución singular.

Además, la anterior conclusión debe confirmarse si se tiene en cuenta que al tiempo de la presentación en el Registro del mandamiento judicial ordenando la práctica de la anotación preventiva de embargo ya había sido declarada la fase de liquidación del concurso en virtud de auto que, si bien no fue objeto de la pertinente anotación o inscripción en el Registro de la Propiedad, sí se publicó en el Registro Público Concursal, cuya toma en consideración directa por el registrador es obligada.

Finalmente, el segundo defecto debe, por el contrario, revocarse. La eficacia que la anotación de embargo ha de tener en determinados supuestos (cfr. arts. 613, apartados 2 y 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil) exige que se concrete la cantidad por la que se traba el embargo (cfr. resoluciones de 22 de septiembre de 2008 y 21 de abril de 2010). Ahora bien, una interpretación integradora del documento —de cuyo encabezamiento resulta expresamente que «para garantizar la suma de 364.981,1 euros que se reclaman en la demanda, con fecha de hoy se decretó el embargo de la finca (...)»— junto con una interpretación literal del artículo 166.Tercera, del Reglamento Hipotecario —que ordena que se exprese el importe de lo que por principal y, cuando proceda, por intereses y costas se trate de asegurar— lleva a concluir necesariamente que la cantidad reiteradamente expresada en el mandamiento supone el principal que se trata de asegurar con la anotación preventiva ordenada, sin que hayan quedado concretadas las responsabilidades por intereses y costas, y, por ende, sin que las mismas deban quedar aseguradas mediante la anotación, pero sin que esto último impida, en modo alguno, que se pueda asegurar el principal expresado en el mandamiento.

Basilio Javier Aguirre Fernández

Resolución de 24-1-2023
BOE 14-2-2023
Registro de la Propiedad de Marbella, número 4.

REQUISITOS FISCALES: ACREDITACIÓN.

El registrador ha de exigir la nota de presentación a liquidación del título inscribible, correspondiendo a la autoridad fiscal la calificación de los efectos tributarios concretos.

La falta de acreditación de la liquidación del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados supone el cierre del Registro (salvo en lo relativo a la práctica del asiento de presentación) y la suspensión de la calificación del documento. No concurriendo circunstancias de realización de especial tarea de cooperación con la Administración de Justicia (resolución de 21 de diciembre de 1987) ni resultando supuestos de expresa e indubitada no sujeción al impuesto (apartados 2 a 4 del art. 104 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales) o de clara causa legal de exención fiscal, imponer al registrador la calificación de la sujeción o no al impuesto de ciertos actos contenidos en el documento presentado a inscripción supondría obligarle a realizar inevitablemente declaraciones tributarias que (aunque sea con los limitados efectos de facilitar el acceso al Registro de la Propiedad) quedan fuera del ámbito de la competencia reconocida a este Centro Directivo, de modo que, aunque es posible que el registrador aprecie la no sujeción de determinado acto a las obligaciones fiscales, ha de tenerse en cuenta que si para salvar su responsabilidad exigiere la correspondiente nota de pago, exención, prescripción o no sujeción, habrán de ser los órganos tributarios competentes —en este caso, municipales— los que podrán manifestarse al respecto al recibir la comunicación impuesta por ley, sin que corresponda a esta Dirección General el pronunciarse, a no existir razones superiores para ello (por ejemplo, cfr. art. 118 de la Constitución) o tratarse de un supuesto en el que se esté incurriendo en la exigencia de un trámite desproporcionado que pueda producir una dilación indebida.

En base a lo expuesto, el defecto debe ser confirmado. Ciertamente, a efectos de la liquidación del impuesto por el concepto «acto jurídico documentado», la determinación de cuándo tiene por «objeto cantidad o cosa valuable» puede resultar compleja, y así se constata en la existencia de múltiples resoluciones en el ámbito administrativo y judicial sobre la cuestión. De lo que se trata es de que todo documento relativo a modificaciones del Registro, como es en este caso, tenga la correspondiente nota de la Oficina Liquidadora competente en que conste la liquidación, exención o no sujeción, es decir, que no se prejuzga que el documento haya de pagar el impuesto, sino que corresponde decidirlo a la Oficina Liquidadora, que es la que calificará, a efectos de liquidación, lo que proceda.

Resolución de 24-1-2023
BOE 14-2-2023
Registro de la Propiedad de Santa María de Guía de Gran Canaria.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No procede la inscripción de una base gráfica si el registrador alberga dudas fundadas respecto de la identidad de la finca.

La registración de un exceso de cabida *stricto sensu* solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de la finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tabularmente es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos originalmente registrados. El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

El defecto debe ser mantenido. El colindante opositor, si bien no aporta datos concluyentes, sin embargo, sí aporta una serie de indicios, certificado catastral, sentencia, que ponen de manifiesto la existencia de un claro conflicto que se encuentra judicializado, si bien es cierto que la sentencia aportada no produce efectos contra el promotor del expediente de georreferenciación, titular de la registral 8.111, por no haber sido parte en el proceso judicial, que justifican las dudas razonables del registrador.

Resolución de 24-1-2023

BOE 14-2-2023

Registro de la Propiedad de Luarca.

SUELOS CONTAMINADOS: ALCANCE DE LA DECLARACIÓN IMPUESTA POR EL ARTÍCULO 98.3 DE LA LEY 7/2022.

La declaración que establece el artículo 98.3 de la Ley 7/2022 no alcanza a los elementos privativos de una propiedad horizontal, en la medida en que su contacto con el suelo es solo una proyección ideal. Basta con manifestar que no le consta la realización de este tipo de actividades.

El presente recurso tiene por objeto determinar el alcance de la obligación impuesta por el artículo 98.3 de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular. El legislador ha considerado oportuno servirse de las funciones de notarios y registradores de la propiedad, en coordinación con las actuaciones que deben desplegar las Administraciones públicas, respecto del control de suelos afectados por actividades potencialmente contaminantes. Y es que el Registro de la Propiedad constituye una herramienta enormemente útil, tanto para cualquier tercero que puede así conocer la posible afectación de una determinada finca por la realización de este tipo de actividades potencialmente contaminantes, como para la propia Administración, que puede obtener una información esencial sobre la existencia de suelos contaminados.

Lo que en este recurso se discute es si la obligación que establece el referido artículo 98.3 de la Ley 7/2022 es o no aplicable a los casos en los que la finca afectada sea una vivienda que forme parte de un edificio en régimen de propiedad

horizontal. Es enteramente razonable concluir que cuando el número 3 establece la obligación de declarar «si se ha realizado o no en la finca transmitida alguna actividad potencialmente contaminante del suelo», se está refiriendo a actividades (recuérdese lo antes expuesto a propósito del Real Decreto 9/2005) que puedan afectar al suelo, pues, de hecho, el número anterior habla de remitir, por los titulares de actividades, información que pueda servir de base para la declaración de suelos contaminados.

Por consiguiente, debe concluirse que la norma en la que se basa la calificación en modo alguno puede afectar a entidades independientes, o cuotas de entidades (pensemos en aparcamientos o trasteros así transmitidos), pues solo se proyectan idealmente sobre el suelo —elemento común— de un edificio en régimen de propiedad horizontal (por descender a la realidad, se antoja realmente difícil, por no decir imposible, admitir que, por ejemplo, evacuar por los desagües restos de productos de limpieza encaje en la citada definición y en la intención del legislador). Por ello y respecto de tales entidades independientes (o cuotas de las mismas) no cabe imponer esa declaración a la vista del artículo 98.3 citado, en referencia a los negocios jurídicos que detalla; entre otras razones, porque en una finca en la que hay cuota de participación sobre el suelo, pero no suelo propiamente dicho, no es dado realizar actividad alguna (recordemos el concepto de actividad potencialmente contaminante) que sirva de base para la declaración de suelo contaminado. Por contra, sí que se aplicaría el precepto en casos que por sí resultan evidentes, tales como transmisión de terrenos (suelo) de la especie que sea (rústico o urbano); o naves o instalaciones, industriales o comerciales. Se podría dudar si afecta a las transmisiones de viviendas unifamiliares o aisladas, en las que no se realice una actividad comercial o industrial (al modo que indica la citada definición); pero el hecho de que, aquí, el dominio se proyecta sobre el suelo directamente y no de una forma ideal (cuota parte de un elemento común), como sucede respecto de las entidades en régimen de propiedad horizontal, avalaría su inclusión junto a los supuestos —de inclusión— anteriores.

En resumen y para precisar aún más, la norma en cuestión (art. 98.3) solo afecta al propietario, transmite la propiedad o cualquier otro derecho real, pero no al titular de cualquier derecho real (por ejemplo, usufructo) que dispusiera de su derecho, ni a los actos de gravamen. Sí, e indiscriminadamente, a actos gratuitos y onerosos, y también a las transmisiones «*mortis causa*», por razón de la posición de los sucesores «*mortis causa*», los herederos en tanto que continuadores de las relaciones del causante (recordemos que, por el contrario, el legatario no es un sucesor sino un adquirente). Y también a todo tipo de declaración de obra nueva, sea por antigüedad (art. 28.4 de la Ley estatal de Suelo) o con licencia (art. 28.1 de la misma ley); tanto iniciada como terminada.

También sostiene el notario recurrente, subsidiariamente, que «la eventual subsanación habrá de hacerse en un título de la misma clase al presentado o equivalente». A este respecto debe recordarse que la nota de calificación, tras señalar como defecto el de que «de la escritura calificada no resulta cumplido lo prevenido al efecto por el artículo 98.3 de la Ley 7/2022 (...)», añadió como observación la de que «se hace constar que tal manifestación podrá realizarse mediante instancia con firma legitimada notarialmente o ratificada ante el Registrador que suscribe». Tal observación registral no constituye la formulación de un defecto nuevo que impida la inscripción, sino el ofrecimiento de una posible vía, entre otras, para la subsanación del defecto ya señalado y el logro de la inscripción pretendida, y por tanto no constituye en sí misma materia recurrible, por lo que en este concreto punto el recurso ha de ser inadmitido.

Resolución de 25-1-2023
BOE 14-2-2023
Registro de la Propiedad de Marbella, número 4

REQUISITOS FISCALES: ACREDITACIÓN.

El registrador ha de exigir la nota de presentación a liquidación del título inscribible, correspondiendo a la autoridad fiscal la calificación de los efectos tributarios concretos.

La falta de acreditación de la liquidación del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados supone el cierre del Registro (salvo en lo relativo a la práctica del asiento de presentación) y la suspensión de la calificación del documento. No concurriendo circunstancias de realización de especial tarea de cooperación con la Administración de Justicia (resolución de 21 de diciembre de 1987) ni resultando supuestos de expresa e indubitada no sujeción al impuesto (apartados 2 a 4 del artículo 104 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales) o de clara causa legal de exención fiscal, imponer al registrador la calificación de la sujeción o no al impuesto de ciertos actos contenidos en el documento presentado a inscripción supondría obligarle a realizar inevitablemente declaraciones tributarias que (aunque sea con los limitados efectos de facilitar el acceso al Registro de la Propiedad) quedan fuera del ámbito de la competencia reconocida a este Centro Directivo, de modo que, aunque es posible que el registrador aprecie la no sujeción de determinado acto a las obligaciones fiscales, ha de tenerse en cuenta que si para salvar su responsabilidad exigiere la correspondiente nota de pago, exención, prescripción o no sujeción, habrán de ser los órganos tributarios competentes —en este caso, municipales— los que podrán manifestarse al respecto al recibir la comunicación impuesta por ley, sin que corresponda a esta Dirección General el pronunciarse, a no existir razones superiores para ello (por ejemplo, cfr. art. 118 de la Constitución) o tratarse de un supuesto en el que se esté incurriendo en la exigencia de un trámite desproporcionado que pueda producir una dilación indebida.

En base a lo expuesto, el defecto debe ser confirmado. Ciertamente, a efectos de la liquidación del impuesto por el concepto «acto jurídico documentado», la determinación de cuándo tiene por «objeto cantidad o cosa valuable» puede resultar compleja, y así se constata en la existencia de múltiples resoluciones en el ámbito administrativo y judicial sobre la cuestión. De lo que se trata es de que todo documento relativo a modificaciones del Registro, como es en este caso, tenga la correspondiente nota de la Oficina Liquidadora competente en que conste la liquidación, exención o no sujeción, es decir, que no se prejuzga que el documento haya de pagar el impuesto, sino que corresponde decidirlo a la Oficina Liquidadora, que es la que calificará, a efectos de liquidación, lo que proceda.

Resolución de 25-1-2023
BOE 14-2-2023
Registro de la Propiedad de Narón.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROCEDIMIENTO DIRIGIDO CONTRA PERSONA DISTINTA DEL TITULAR REGISTRAL.

No cabe la inscripción de un decreto de adjudicación respecto a la participación indivisa que aparece inscrita a favor de persona distinta del demandado.

Basilio Javier Aguirre Fernández

La calificación sustitutoria no es un recurso de clase alguna, sino que es una auténtica calificación en sustitución de la que efectúa el titular del Registro, porque el legitimado para instar esta no está conforme con la inicialmente efectuada. En este sentido, es claro el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria que, en ningún momento, dispuso la calificación sustitutoria como un recurso impropio que se presenta ante otro registrador, sino como un medio de obtener una segunda calificación. Por ello, esta calificación sustitutoria, como tal, debe cumplir todos y cada uno de los requisitos de fondo y forma establecidos en la legislación hipotecaria, bien que limitada a los defectos señalados por el registrador sustituido.

Entre los principios de nuestro Derecho hipotecario es básico el de tracto sucesivo, en virtud del cual para inscribir un título en el Registro de la Propiedad se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente (art. 20 LH). Este principio está íntimamente relacionado con los de salvaguardia judicial de los asientos registrales y el de legitimación, según los artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria.

Las exigencias del principio de tracto sucesivo han de confirmar en el presente caso la negativa de la registradora a la inscripción de un decreto de adjudicación que ordena la inscripción de la totalidad de un bien a favor de la adjudicataria, figurando dicho bien inscrito en cuanto a una cuarta parte indivisa en nuda propiedad a favor de persona que no ha sido parte en el procedimiento y por tanto no ha tenido la intervención prevista por las leyes para su defensa evitando su indefensión procesal; máxime cuando ya se le advirtió a la ejecutante en la diligencia de ordenación que el embargo que constaba anotado no era de la totalidad del pleno dominio del inmueble, a fin de que pudiese instar lo que a su derecho convenga.

Resolución de 25-1-2023

BOE 14-2-2023

Registro de la Propiedad de Gijón, número 5.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No procede la inscripción de una base gráfica si el registrador alberga dudas fundadas respecto de la identidad de la finca.

Antes de resolver el presente recurso, observada la realidad física, se observa que todas las fincas implicadas están perfectamente determinadas y delimitadas por vallados construidos y una cubierta vegetal, por lo que ninguna perturbación de hecho se ha producido en las fincas. Por lo que la controversia es solamente técnica o cartográfica, relativa a si la georreferenciación alternativa presentada se ajusta o no a la realidad.

A la vista de todas las alegaciones resulta evidente que existe un conflicto latente en la delimitación y ubicación geográfica de las fincas implicadas, el cual también resulta del escrito de interposición del recurso. Ciertamente, los datos del Catastro se presumen exactos, en los términos de la legislación del Catastro, pero ello debe entenderse sin perjuicio de los pronunciamientos registrales, que en cualquier caso tienen preferencia (cfr. art. 2 del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario), los cuales hablan de la existencia de un regato delimitador de la finca objeto del expediente con las colindantes por el este, que no se aprecia en la georreferenciación aportada. Por otro lado, el alta de la alteración

catastral no produce ningún efecto jurídico, al carecer el Catastro de la función de control de legalidad, que en el campo inmobiliario corresponde a los registradores de la propiedad, al ejercer su función de calificación registral. Por lo que, para destruir esa presunción de exactitud basta, tanto a efectos catastrales, la oposición de colindante, a diferencia de lo que ocurre en ámbito registral, donde la oposición de los colindantes ha de ser valorada, por el registrador, al ejercer su función registral, como reiteradamente ha declarado esta Dirección General.

En el presente caso, ninguna de las fincas implicadas tiene su georreferenciación inscrita, por lo que siendo su descripción literaria inscrita previa a la entrada en vigor de la Ley 13/2015, pueden adolecer de una relativa imprecisión, al no apoyarse en datos georreferenciados. Ello determina que no sea de aplicación, como pretender el recurrente, el párrafo cuarto del artículo 199 de la Ley Hipotecaria. Lo que procede es aplicar el segundo inciso del párrafo cuarto, cuando dispone: «En los demás casos, y la vista de las alegaciones efectuadas, el Registrador decidirá motivadamente según su prudente criterio, sin que la mera oposición de quien no haya acreditado ser titular registral de la finca o de cualquiera de las registrales colindantes determine necesariamente la denegación de la inscripción». Y, valoradas por la registradora la oposición de los tres titulares colindantes notificados y comprobadas en su aplicación homologada, a la que se refiere el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, llega a la conclusión de la posible existencia de una controversia sobre la delimitación de la finca, que le lleva a efectuar una calificación negativa. Esta actuación es ajustada a Derecho, conforme a lo que declaró esta Dirección General en la resolución de 23 de mayo de 2022, entre otras.

Resolución de 25-1-2023

BOE 14-2-2023

Registro de la Propiedad de Vigo, número 6.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No procede la inscripción de una base gráfica si el registrador alberga dudas fundadas respecto de la identidad de la finca.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

De los datos y documentos que obran en el expediente, se evidencia que no es pacífica la delimitación gráfica alternativa a la catastral propuesta que se pretende inscribir, resultando posible o, cuando menos no incontrovertido, que con la inscripción de la representación gráfica se puede alterar la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral, pudiendo afectar a los derechos de terceros.

Basilio Javier Aguirre Fernández

Resolución de 19-1-2023
BOE 15-2-2023
Registro de la Propiedad de Alicante, número 1.

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: NEGATIVA A PRACTICARLO.

Se reitera la doctrina sobre las causas de denegación del asiento de presentación.

Conforme al artículo 420 del Reglamento Hipotecario, como ha declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado en resoluciones de 3 de mayo, 20 de julio y 15 de septiembre de 2016, 17 de mayo y 4 y 12 de junio de 2018, 21, 22 y 28 de noviembre de 2019 y 9 de enero de 2022, y esta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en resoluciones de 5 y 16 de junio, 16 de septiembre y 26 de noviembre de 2020 y 3 de febrero, 15 de abril y 16 de junio de 2021, el registrador debe negarse a extender asiento de presentación, cuando el propio presentante manifieste que su intención no es que el documento provoque algún asiento en los libros del Registro, o cuando el documento sea, palmaria e indudablemente, de imposible acceso al Registro (o, dicho de otra manera, cuando de forma evidente resulte que el título nunca podrá provocar un asiento en los libros de inscripciones).

Del contenido de los artículos 3 de la Ley Hipotecaria y 33 de su Reglamento se deduce que los títulos documentales deben estar otorgados o autorizados en la forma y solemnidades que prescriben las leyes sobre la materia y con expresión de las circunstancias requeridas por la legislación hipotecaria.

Resolución de 30-1-2023
BOE 20-2-2023
Registro de la Propiedad de Ponferrada, número 1.

VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL: REQUISITOS DE TRANSMISIÓN.

Para la venta de una VPO basta acreditar que el precio no supera el máximo legal, sin que sea imprescindible aportar el visado administrativo

En primer lugar, alega el notario recurrente que se produjo una información insuficiente en la nota de información continuada, por lo que no puede comprobar si el régimen de vivienda de protección oficial está vigente, al no figurar en la nota registral la fecha de la calificación definitiva, considerando que, de la fecha del expediente de vivienda de protección oficial, que sí figura en la nota (1991), el régimen está concluido. Posteriormente, en la nota de calificación, la registradora señala que es el 25 de octubre de 1993 la fecha en la que se otorgó la cédula de la calificación definitiva, por lo que no han transcurrido los 30 años.

El Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, por el que se desarrolla el Real Decreto Ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de Vivienda, en su artículo 17, relativo a solicitud de calificación definitiva, establece lo siguiente: «Los promotores de viviendas de protección oficial dispondrán de un plazo de treinta meses a partir de la obtención de la calificación provisional, a que se refiere el artículo anterior, para presentar la solicitud de calificación definitiva». Así, el número del expediente de vivienda de protección oficial en ningún caso determina la fecha de la calificación definitiva que puede alargarse a 30 meses. Por lo tanto, el Registro debió facilitar, si constaba en el historial —en inscrip-

ciones antiguas solo consta el número de expediente— la fecha de concesión de la calificación; pero, por otra parte, el notario debió asegurarse de la fecha de obtención de la calificación definitiva más allá del número de expediente.

Respecto a la necesidad de aportar el certificado en el que conste que la referida vivienda carece de precio máximo de venta hay que señalar que ni la legislación estatal ni la autonómica consideran la venta de una vivienda de protección oficial con sobreprecio contrato nulo, sino que únicamente está previsto un régimen sancionador. Por tanto, limitándose a criterios objetivos y en aras del principio de legalidad, debe concluirse que, con el objeto social que resulta del Registro Mercantil y la incorporación del certificado de valor de la vivienda que es superior al precio de la compraventa, debe ser revocado este defecto señalado.

Resolución de 30-1-2023

BOE 20-2-2023

Registro de la Propiedad de Gandía, número 2.

BIENES SUJETOS A RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EXTRANJERO: DETERMINACIÓN E INSCRIPCIÓN.

Procede la aplicación de lo establecido en el artículo 92 del régimen hipotecario para las adquisiciones de bienes por cónyuges sujetos a régimen económico matrimonial extranjero, salvo que el notario o registrador conozcan el concreto régimen aplicables.

Tratándose de adquisiciones llevadas a cabo por personas cuyo régimen económico-matrimonial esté sujeto a una ley extranjera, la finalidad de publicar una situación jurídica cierta no se ve modificada por dicha circunstancia. La cuestión, sin embargo, es más compleja pues la determinación de cuál sea el régimen aplicable implica el conocimiento del Derecho extranjero, lo que no es obligado para los funcionarios españoles. Para los supuestos de inscripción de bienes a favor de adquirentes casados sometidos a legislación extranjera no se exige la acreditación «a priori» del régimen económico-matrimonial, bastando que la inscripción se practique a favor del adquirente o adquirentes casados, haciéndose constar en la inscripción que se verificará con sujeción a su régimen matrimonial (art. 92 RH).

Asimismo, este Centro Directivo ha recordado reiteradamente (cfr., por todas, resoluciones de 15 de febrero de 2016, 5 de enero y 17 de abril de 2017, 7 de septiembre y 18 de diciembre de 2018, 7 de noviembre de 2019, 4 de junio, 28 de julio, 28 de septiembre y 29 de octubre de 2020 y 2 de febrero y 11 de mayo de 2022) tanto a registradores como a notarios la conveniencia de avanzar en el conocimiento de los ordenamientos jurídicos más usuales en la práctica jurídica en España, especialmente si forman parte de la Unión Europea, en aras a facilitar la aplicación del derecho extranjero en el ámbito extrajudicial, acudiendo no solo a los medios previstos en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, y excepcionalmente a los artículos de la Ley de cooperación jurídica internacional, sino a los medios que proporciona el entorno E-Justicia, en el ámbito europeo, colaborando activamente en la resolución de conflictos de derecho internacional privado. La aplicación del artículo 92 del Reglamento Hipotecario no tiene un carácter preferente respecto del conocimiento que pueda tener el registrador de la legislación extranjera.

Basilio Javier Aguirre Fernández

En el presente caso debe entenderse que, con la diligencia extendida por el notario y objeto de la calificación impugnada, ha quedado acreditado —conforme al artículo 36 del Reglamento Hipotecario— el contenido del Derecho holandés vigente a los efectos de practicar la inscripción a nombre del cónyuge comprador, con sujeción a su régimen económico-matrimonial de comunidad universal como régimen legal supletorio en Holanda en el momento de la celebración del matrimonio —año 2009—. No obstante, tiene razón la registradora cuando afirma que, habida cuenta de que en la escritura calificada el comprador solicitó que se inscribieran los bienes adquiridos como bienes privativos (a lo que debe añadirse la referencia que su esposa hizo al art. 1324 CC español), la diligencia extendida solo por el notario debe contar con el consentimiento del adquirente.

Finalmente, debe también entenderse que es improcedente hacer constar en la inscripción que el cónyuge titular registral podrá disponer él solo de dicho bien (salvo que se trate de la vivienda familiar o de donación). Según las consideraciones antes expuestas, lo fundamental es que, conocida la ley extranjera aplicable, el bien adquirido se inscriba según la determinación de la disciplina aplicable al mismo conforme al régimen económico-matrimonial del adquirente en ese momento, tal como establece el artículo 51.9.ª a) del Reglamento Hipotecario, de modo que será el momento de la ulterior realización de actos dispositivos sobre dicho bien cuando deberán observarse las normas y pactos que, como consecuencia del indicado régimen económico-matrimonial, sean aplicables y pudieran no coincidir —en caso de modificaciones legales o convencionales— con las que en el preciso momento de la adquisición estuvieran vigentes.

Resolución de 30-1-2023

BOE 20-2-2023

Registro de la Propiedad de Alicante, número 3.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

No es el recurso gubernativo el cauce para discutir sobre la corrección de una inscripción ya practicada.

El artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria no contempla la calificación sustitutoria como un recurso impropio que se presenta ante otro registrador, sino como un medio de obtener una segunda calificación, ceñida a los defectos esgrimidos por el registrador sustituido. En el presente caso la registradora sustituta ha confirmado la calificación de la registradora sustituida, por lo que aun cuando el recurso presentado se interpone contra ambas calificaciones, la presente resolución, conforme al precepto legal señalado, debe limitarse a revisar la calificación de la registradora sustituida, única legalmente recurrible.

En cuanto al fondo de la cuestión planteada, son principios básicos de nuestro Derecho hipotecario, íntimamente relacionados, el de tracto sucesivo, el de salvaguardia judicial de los asientos registrales y el de legitimación, según los artículos 1, 20, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria. Lo que ahora pretenden los recurrentes es la rectificación de un determinado asiento del Registro y, como ha declarado este Centro Directivo (cfr. resolución de 3 de octubre de 2005), a salvo la posibilidad de acudir a los tribunales para ventilar y contender sobre la validez o nulidad de los títulos, el recurso es el cauce legalmente arbitrado para impugnar las calificaciones de los registradores cuando suspendan o denieguen el asiento solicitado.

Consideran los recurrentes en su escrito de recurso que lo solicitado no supone rectificación de la inscripción practicada, pero en la medida en que en la instancia presentada se solicita que la inscripción «se establezca» bajo condición suspensiva (y en el escrito de recurso se expone que tal condición suspensiva se puede hacer constar por nota marginal o mediante la conversión de la inscripción en anotación preventiva) ello supone indudablemente una rectificación considerable de la inscripción practicada —todo ello sin entrar en consideraciones acerca de si procedería o no dicha conversión o la práctica de dicha marginal, lo cual excede de aquello sobre lo que se ha de resolver ahora, en concordancia con el reiterado principio de salvaguardia judicial de los asientos registrales una vez practicados—.

Resolución de 30-1-2023

BOE 20-2-2023

Registro de la Propiedad de Málaga, número 7.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No puede denegarse la inscripción de una base gráfica solo en base a unas alegaciones hechas por un colindante que no aporta prueba suficiente a estos efectos

En el expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, aun siendo extemporáneas, no puede olvidarse que siendo el objetivo del expediente adecuar la descripción registral a la realidad física registral, el mismo tiene como límite la no invasión de fincas inmatriculadas o del dominio público, el registrador debe analizar las alegaciones, aún presentadas fuera de plazo, por si pueden ser fundamentales a la hora de fundar su criterio sobre las dudas en la identidad de la finca.

La registración de un exceso de cabida *stricto sensu* solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de la finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tabularmente es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos originalmente registrados. El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

El registrador funda su calificación solo en la negativa de los colindantes notificados, alegando que existe una invasión de su finca, lo que prueban con la aportación de una certificación catastral, que no tiene la entidad suficiente para hacer contencioso el expediente, puesto que lo que alega el promotor del

Basilio Javier Aguirre Fernández

expediente es, precisamente, la inexactitud catastral, por lo que es lógico que la georreferenciación alternativa pueda solapar con otra catastral. Por tanto, las pruebas aportadas por el colindante opositor notificado carecen de la entidad suficiente para que el registrador pueda basar en ellas su calificación.

En conclusión, la franja discutida no puede incluirse en la finca 716 del Rincón de la Victoria, porque según el Registro corresponde a la finca resto, que es la que es objeto del expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria. Por tanto, no hay una contienda latente sobre la franja de terreno discutida, cuya propiedad corresponde al recurrente, tanto en la unidad de ejecución citada, que delimita sustantivamente el objeto del derecho de dominio, como en el Registro de la Propiedad, según resulta de la descripción literaria de la finca 716 del término municipal del Rincón de la Victoria.

Resolución de 31-1-2023

BOE 20-2-2023

Registro de la Propiedad de Madrid, número 30.

PROPIEDAD HORIZONTAL: VIVIENDAS PARA ALQUILER TURÍSTICO.

Para la inscripción de un acuerdo de limitación de uso de alquiler turístico de las viviendas de un edificio en propiedad horizontal es preciso contar con el consentimiento de los propietarios que hayan inscrito su adquisición después de dicho acuerdo y antes de que este se haya inscrito, a menos que dichas personas sean herederos de los anteriores propietarios.

La necesidad de unanimidad para los acuerdos que impliquen modificación del título constitutivo se ha mantenido aun cuando las sucesivas reformas de la Ley sobre propiedad horizontal hayan ido atenuando esta exigencia en determinados casos. No obstante, uno de los supuestos en que la misma ley exceptúa la unanimidad es el contemplado en el apartado 12 del citado artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, introducido en dicha Ley por el Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, que reduce la mayoría necesaria al voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación para adoptar el acuerdo, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, por el que se limite o condicione el ejercicio de lo que se conoce como alquiler o explotación turística de las viviendas.

No obstante, la calificación impugnada se centra en la exigencia de consentimiento de determinados propietarios que han inscrito su adquisición con posterioridad a la adopción de los acuerdos, y no se acredita que hayan aprobado dicha modificación estatutaria. Si en el Registro apareciesen inscritos derechos de dominio adquiridos por terceras personas en un momento posterior a la fecha de adopción de los acuerdos de modificación de estatutos, aunque sea a través de un consentimiento colectivo, es necesario que esta cuente con el consentimiento de esos nuevos titulares de elementos privativos, por cuanto estos terceros no pueden verse afectados por las modificaciones del título constitutivo que no hubieren sido inscritas oportunamente (cfr. arts. 5 de la Ley sobre propiedad horizontal y 13, 17, 32 y 38 LH).

No obstante, tiene razón el recurrente al afirmar que en el presente caso, al ser los nuevos titulares registrales herederos de la propietaria cuyo consentimiento se considera prestado *ex* artículo 17, regla octava, de la Ley sobre propiedad horizontal, deben pasar por los actos realizados o que afecten a la causante, en

Resumen de Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

virtud de lo dispuesto en el artículo 661 del Código Civil (cfr., también art. 1257 del mismo Código). Y es que debe entenderse que los herederos de quien fue parte (siquiera sea presunta, conforme la regla octava del citado artículo 17) en el acuerdo de la junta de propietarios quedan también vinculados como su causante y, por ello, no puede exigirse que presten su consentimiento cuando posteriormente se pretende inscribir la modificación estatutaria cuestionada.

En todo caso, aunque se dejara al margen esta consideración, ocurre en el presente caso que, al tratarse de un acuerdo para el que la Ley sobre propiedad horizontal no exige unanimidad sino únicamente el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, es evidente que, habiendo sido consentido por propietarios cuyas cuotas representan más de ese porcentaje, debe entenderse que el acuerdo será inscribible aunque faltara el consentimiento de quienes han adquirido elementos privativos con posterioridad a la adopción de tal acuerdo por la junta de propietarios.

Resolución de 31-1-2023

BOE 20-2-2023

Registro de la Propiedad de Jarandilla de Vera.

RECURSO GUBERNATIVO: OBJETO.

No es el recurso gubernativo el cauce adecuado para la subsanación de los defectos apreciados en la nota de calificación.

Debe recordarse que, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

No obstante, en el presente caso, aun cuando los documentos subsanatorios deben quedar al margen de este expediente, la registradora, a la vista del recurso, no se ha limitado a informar a esta Dirección General de que no se pueden tener en cuenta tales documentos para resolver el recurso, sino que, según manifiesta en su preceptivo informe y en beneficio del recurrente, considera que han quedado subsanados los defectos señalados bajo los números 4, 5 y 6 de la nota de calificación. Y, respecto del defecto señalado con el número 3 [según el cual «no se incorpora la constitución de Seguro decenal, o bien la manifestación de que se trata de autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio (...)], añade que no queda subsanado con la manifestación que contiene el libro del edificio —presentado entre la documentación que acompaña al escrito de recurso—, ya que entiende que la manifestación de tratarse de autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio debe constar en la propia escritura. Ahora bien, esta última consideración sobre dicho documento complementario presentado con finalidad subsanatoria no puede entenderse propiamente como una nueva calificación sobre la que haya que decidir esta Dirección General, toda vez se trata de una consideración expresada por la registradora en su informe y no consta que aquel documento complementario se haya presentado en el Diario y se haya comunicado al recurrente una calificación en forma sobre esa falta de valor subsanatorio del mismo, de suerte que este haya podido alegar cuanto le convenga para su defensa, con los fundamentos jurídicos en los que apoye su tesis impugnatoria (cfr. art. 19 bis LH).

Resumen de Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

cañada, razón por la cual el registrador inicia el expediente y notifica y la Administración alega la posible invasión de dominio público, cuando se efectúe el deslinde.

Ha de ser el promotor del expediente quien se dirija a la Administración solicitando de la misma la correspondiente certificación de identificación de la porción invadida y sobre la base de la misma, confeccionar una georreferenciación que respete dicha georreferenciación, Y todo ello como actuación preventiva que prevenga la aparición de situaciones registrales contradictorias, cuando se practique el oportuno deslinde.

Registro Mercantil y Bienes Muebles

Por Servicio de Coordinación RRMM

Resolución de 19-12-2022.
BOE 3-2-2023
Registro Mercantil de Burgos.

DISCONDANCIA DE TITULARIDAD ENTRE REGISTRO DE BIENES MUEBLES Y REGISTRO ADMINISTRATIVO DE TRÁFICO. REANUDACIÓN DEL TRACTO. ES IMPROCEDENTE APORTAR DOCUMENTOS EN EL RECURSO NO APORTADOS EN LA CALIFICACIÓN.

SE CONFIRMA

Cuando se produce discordancia entre la titularidad publicada en el Registro de Bienes Muebles y la del Registro de Vehículos se debe resolver mediante la reanudación del tracto en el primero de ellos con la oportuna inscripción a favor del que conste en el segundo, a lo que se añade, como medida de seguridad reforzada, la notificación al anterior titular para que, si lo estima oportuno, se oponga a la cancelación de su derecho.

No se pueden tener en consideración en el recurso documentos no aportados para la calificación del registrador.

Resolución de 20-12-2022
BOE 3-2-2023
Registro Mercantil de Huelva.

REQUISITOS DE CONVOCATORIA DE JUNTA. DERECHO DE INFORMACIÓN DEL ARTÍCULO 272.2 LSC.

SE CONFIRMA

Son tres resoluciones idénticas con relación a los depósitos de cuentas de una sociedad para tres ejercicios distintos. En ellas la Dirección General reitera su

Basilio Javier Aguirre Fernández

doctrina de, si bien se acepta para evitar la nulidad de la convocatoria de junta general el mitigar el régimen formal de la convocatoria de dicha junta cuando del conjunto de circunstancias resulte que no hay violación de los derechos individuales de los socios, no cabe hacer una interpretación que permita tener por cumplidos los requisitos especialmente previstos por la Ley para la protección del derecho de información porque no estarían los socios debidamente protegidos. No hay que confundir el derecho de información previsto en los artículos 197 y 287 LSC con el específico de la aprobación de las cuentas previsto en el artículo 272.2.

Resolución de 19-12-2022.

BOE 9-2-2023

Registro Mercantil de Valencia, número IV.

POTESTAD CALIFICADORA DEL REGISTRADOR EN LOS DEPÓSITOS DE CUENTAS. NO SE DEBE CONFUNDIR LA DECLARACIÓN DE UNIPERSONALIDAD CON EL CONTENIDO DE LA DECLARACIÓN DEL TITULAR REAL DEPOSITADA JUNTO A LAS CUENTAS ANUALES.

SE REVOCA

El registrador carece de competencia para entrar a examinar el contenido de la declaración referente a la identificación de las titularidades reales. A tenor del artículo 280.1 LSC la potestad calificadora del registrador se debe limitar a comprobar si los documentos presentados son los exigidos por la ley, si están debidamente aprobados por la junta general y si constan las preceptivas firmas.

La declaración de unipersonalidad y su inscripción en el Registro Mercantil no puede confundirse con el contenido de la declaración de titular real depositada junto a las cuentas anuales. La primera dispone de un plazo de 6 meses para la inscripción en el Registro Mercantil, mientras que la declaración de titularidad real se presenta al tiempo del depósito de cuentas y debe reflejar la situación existente en ese momento.

Resolución de 19-12-2022.

BOE 9-2-2023

Registro Mercantil de Madrid, número XXIII.

LICENCIA ADMINISTRATIVA PARA LA ACTIVIDAD: NO SE EXIGE CON CARÁCTER GENERAL. ACREDITACIÓN DEL DESEMBOLSO EN EFECTIVO DEL CAPITAL SOCIAL.

SE REVOCA

La licencia administrativa para la actividad de una sociedad, en este caso transporte, no tiene carácter general ya que la normativa la exime expresamente en algunos supuestos, e incluso prevé la exención más amplia por vía reglamentaria y, además, según dicha normativa, la inscripción en el Registro Mercantil y, en su caso, en el registro administrativo es previa a la obtención de la autorización administrativa para el transporte. Por otro lado, en los estatutos de dicha sociedad se indica expresamente en su artículo 2 relativo al objeto social que quedan

Resumen de Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

excluidas del objeto social «todas aquellas actividades para cuyo ejercicio la Ley exija requisitos especiales que se cumplan por esta sociedad».

En cuanto a la acreditación del desembolso en efectivo del capital, conforme a la RDGRN de 11 de abril de 2005 se debe entender que será la «fecha de la certificación la que de modo efectivo acredite la aportación dineraria» puesto que la entidad bancaria, al certificar, renueva el depósito que fue efectuado en su día computándose desde esta fecha el plazo de 2 meses previsto para la vigencia de la certificación. Doctrina confirmada en la RDGRN de 7 de noviembre de 2013.

Resolución de 16-1-2023.

BOE 14-2-2023

Registro Mercantil Central, número III.

LA ATRIBUCIÓN DE PERSONALIDAD JURÍDICA A LAS SOCIEDADES MERCANTILES: NECESIDAD DE ASIGNACIÓN DE UN NOMBRE CON CARÁCTER EXCLUSIVO. EL CONSENTIMIENTO NO DISPENSA LA EXIGENCIA DE LA EXCLUSIVIDAD DE LA DENOMINACIÓN DE LA SOCIEDAD.

SE CONFIRMA

La Dirección General confirma su reiterada doctrina de que la atribución de personalidad jurídica a las sociedades mercantiles exige la asignación de un nombre con carácter exclusivo para cumplir con su función identificadora y, en consecuencia, las sociedades de capital no podrán adoptar una denominación idéntica a la de cualquier otra sociedad preexistente. El consentimiento de la sociedad con la denominación inscrita no dispensa tal prohibición.

Resolución de 17-1-2023.

BOE 14-2-2023

Registro Mercantil de Alicante, número I.

CIERRE REGISTRAL DE LA SOCIEDAD POR NO HABER DEPOSITADO VARIOS EJERCICIOS LAS CUENTAS. LA CERTIFICACIÓN DEL ACUERDO DE JUNTA DEBE INDICAR EL RESULTADO O LA INACTIVIDAD. LA FIRMA ELECTRÓNICA DE LA PERSONA QUE FIRMA EL CERTIFICADO DEBE SER VALIDADA. PRESENTACIÓN INCOMPLETA DE LOS MODELOS OFICIALES: FALTA CUMPLIMENTAR LA CASILLA CAPITAL SOCIAL DEL BALANCE. NO CABE EL DEPÓSITO PARCIAL DE CUENTAS.

SE CONFIRMA

La Dirección General confirma que no cabe el depósito de las cuentas anuales aprobadas, correspondientes a un ejercicio determinado, si no constan previamente depositadas las de ejercicios anteriores (RDGRN de 4 de julio de 2001, RDGSJFP de 18 de noviembre de 2021). Además, la falta de depósito de varios ejercicios da lugar al cierre registral de la sociedad.

De la misma manera se confirma la doctrina de que es necesario indicar en la certificación del acuerdo de junta de aprobación de cuentas anuales el

Basilio Javier Aguirre Fernández

resultado o la inactividad de la sociedad (art. 366.1. 2.º RRM y RDGRN de 4 de marzo de 1998).

En las presentaciones telemáticas de los depósitos de cuentas es un requisito necesario la posibilidad de poder validar la firma electrónica de los firmantes de la certificación por parte del registrador ya que este debe comprobar en su calificación que los documentos han sido aprobados por Junta General, si constan las firmas y verificar que la correspondencia entre el firmante y la persona legitimada para hacerlo, conforme al contenido del Registro (*vide* art. 7 Instrucción DGRN 30/12/1999).

Por otro lado, de conformidad con la doctrina de la dirección el registrador debe calificar, no solo que han sido depositados los documentos contables, sino que además estos están correctamente cumplimentados para poder garantizar la seguridad jurídica que proporciona el registro, incluido como en este caso la casilla del capital social del balance.

Finalmente, no cabe la solicitud del depósito parcial de cuentas anuales, debido a que el objetivo que se persigue es dar publicidad a terceros de la totalidad de los documentos que exige la ley. Las cuentas anuales tienen un contenido determinado (art. 253 LSC).

Resolución de 23-1-2023.

BOE 14-2-2023

Registro Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria, número I.

ACUERDOS SOCIALES: MAYORÍA APLICABLE EN LA ADOPCIÓN DE LOS MISMOS SEGÚN ESTATUTOS.

SE CONFIRMA

Los estatutos de unas sociedades son normas de carácter imperativo y por tanto de obligado cumplimiento. En este caso el acuerdo adoptado no goza de la mayoría que exigían los mismos, es decir, de la mayoría del capital social por lo que el acuerdo no es válido.

Resolución de 24-1-2023.

BOE 14-2-2023

Registro Mercantil de Alicante, número IV.

CERTIFICACIÓN DEL ACUERDO DE JUNTA: INDICAR EL RESULTADO O LA INACTIVIDAD DE LA EMPRESA. FALTA DE VERIFICACIÓN DE LA FIRMA.

SE CONFIRMA

Se confirma la doctrina de que es necesario indicar en la certificación del acuerdo de junta de aprobación de cuentas anuales el resultado o la inactividad de la sociedad (art. 366.1.2.º RRM y RDGRN de 4 de marzo de 1998 y 17 de enero de 2023).

Igualmente, la Dirección General reitera su doctrina en relación con que en las presentaciones telemáticas de los depósitos de cuentas es un requisito necesario la posibilidad de poder validar la firma electrónica de los firmantes

Resumen de Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

de la certificación por parte del registrador ya que este debe comprobar en su calificación que los documentos han sido aprobados por la Junta General, si constan las firmas y verificar que la correspondencia entre el firmante y la persona legitimada para hacerlo, conforme al contenido del Registro (*vide* art. 7 Instrucción 30/12/1999).

Resolución de 30-1-2023.

BOE 20-2-2023

Registro Mercantil de Santa Cruz de Tenerife, número II.

JUNTA UNIVERSAL: REQUISITOS DEL ARTÍCULO 178.1 LSC.

SE CONFIRMA

La Dirección General confirma que en virtud del artículo 178.1 LSC la junta general quedará válidamente constituida para tratar cualquier asunto, sin necesidad de previa convocatoria, siempre que esté presente o representada la totalidad del capital social y los concurrentes acepten por unanimidad la celebración de la reunión. En este caso, se cumple el primer requisito, pero no se acepta por unanimidad la celebración de la reunión con el carácter de junta universal ya que, incluso, uno de los socios denuncia irregularidades en la convocatoria.

Resolución de 31-1-2023.

BOE 20-2-2023

Registro Mercantil de Madrid, número VII.

DEPÓSITO DE CUENTAS: HOJA DE DECLARACIÓN DEL TITULAR REAL. CRITERIOS SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2022.

SE CONFIRMA

Se reitera la obligación de presentar la declaración de titular real establecida en anteriores resoluciones de la Dirección General. El órgano directivo aprovecha la ocasión para indicar los criterios que indica la sentencia del TJUE de 22 de noviembre de 2022 por el que la mantiene que la información del titular real sea accesible a quién pueda demostrar un interés legítimo y en segundo lugar, confirma la necesidad del depósito de cuentas de las sociedades en el registro mercantil para cumplir con la exigencia de proporcionar la información sobre titularidad real de las mismas a efectos de su registro.

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Las mascotas seres con sensibilidad y miembros cuasifamiliares. Su importancia tras la ruptura familiar

*Pets beings with sensitivity
and quasi-family members.
Its importance after the family breakup.*

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE*
Profesora titular de Derecho civil. UCM

RESUMEN: 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, ha introducido su consideración como seres vivos dotados de sensibilidad. Se dota de una protección y de una consideración especial a los animales de compañía. Las nuevas relaciones de convivencia que se establecen entre los animales y los seres humanos denotan que la verdadera naturaleza de los animales va más allá de la de seres sensibles, pues además son considerados por la mayoría de las familias que se benefician de su compañía como cuasi miembros familiares. Importante es pues su verdadera naturaleza pero también la naturaleza de las relaciones, particularmente las de convivencia, que se establecen entre los animales de compañía y los seres humanos.

ABSTRACT: Law 17/2021, of December 15, amending the Civil Code, the Mortgage Law and the Civil Procedure Law, on the legal regime of animals, has introduced

* Número de investigador. Código ORCID: 0000-0002-2814-6701

Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación «Derecho de daños. Derecho de la contratación» de la Universidad Complutense de Madrid, de cuyo equipo de investigación soy directora.

María Isabel de la Iglesia Monje

their consideration as living beings endowed with sensitivity. Pets are given special protection and consideration. The new relationships of coexistence that are established between animals and human beings denote that the true nature of animals goes beyond that of sentient beings, since they are also considered by the majority of the families that benefit from their company as quasi family members. Important is therefore its true nature but also the nature of the relationships, particularly those of coexistence, that are established between companion animals and human beings.

PALABRAS CLAVE. Mascotas. Seres sensibles. Custodia. Compartida.

KEY WORDS. *Pets. Sentient beings. Shared custody*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL: ANIMALES Y RUPTURA FAMILIAR.—II. LA REALIDAD SOCIAL COMO CRITERIO INTERPRETATIVO Y LA JURISPRUDENCIA COMO CREADORA DEL DERECHO.—III. LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA TRAS LA RUPTURA FAMILIAR.—IV. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA SITUACIÓN DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA TRAS LA RUPTURA FAMILIAR: 1. ANTES DE LA PUBLICACIÓN DE LA LEY 17/2021, DE 15 DE DICIEMBRE. 2. TRAS LA PUBLICACIÓN DE LA LEY.—V. OTRA CUESTIÓN AÑADIDA: EL REPARTO DE LOS GASTOS Y ALIMENTOS DEL ANIMAL.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—VIII. LEGISLACION CITADA.—IX. BIBLIOGRAFIA.

I. INTRODUCCIÓN. MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL: ANIMALES Y RUPTURA FAMILIAR

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, en vigor desde hace algo más de un año, ha supuesto la modificación del régimen jurídico de los animales. Al igual que en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno¹ la reforma ha introducido la consideración de los animales como seres vivos dotados de sensibilidad.

Realmente se trata de una recomendación que ya constaba en el artículo 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea² sin olvidar el Convenio Europeo sobre protección de animales de compañía, hecho en Estrasburgo el 13 de noviembre de 1987 ratificado por España en 2017³.

La modificación consiste en que los animales dejan de ser considerados cosas o bienes muebles para pasar a ser *seres sensibles*, diferenciados de las personas y de otras formas de vida como las plantas⁴. Pero, además, se dota de una protección y de una consideración especial a los animales de compañía⁵.

De esta forma, el actual artículo 333 del Código Civil, establece que los animales son seres vivos dotados de sensibilidad, lo que no excluye que en determinados aspectos se aplique supletoriamente el régimen jurídico de los bienes o cosas.

El propio preámbulo de la Ley indica que «lo deseable de *lege ferenda* es que ese régimen protector vaya extendiéndose progresivamente a los distintos ámbitos en que intervienen los animales, y se vaya restringiendo con ello la aplicación supletoria del régimen jurídico de las cosas».

Como recoge AZPITARTE⁶, en su interesante libro sobre Nietzsche y los animales, señala como el filósofo «denuncia que hemos creado un mundo sin ellos, un mundo que dice no a la naturaleza y que reniega de la vida y de los sentidos. Hemos creado un hombre alejado de la sensibilidad, de su propio cuerpo, un hombre que reniega de sus instintos, que rechaza al animal que él es».

Pues, precisamente hoy nos vamos a detener en uno de esos ámbitos, tal vez el más importante dentro de la relación de la persona y el animal (sobre todo en el ámbito de las mascotas) y es en su consideración de ser más que un animal de compañía, son de su bienestar y protección le hacen digno de ser considerado como «un miembro más de la familia». Y así claramente se comprueba en el actuar de la sociedad en los casos de ruptura familiar, como se deduce de la jurisprudencia que va a ser objeto de análisis.

Las nuevas relaciones de convivencia que se establecen entre los animales y los seres humanos denotan que la verdadera naturaleza de los animales va más allá de la de seres sensibles, pues además son considerados por la mayoría de las familias que se benefician de su compañía como *cuasi miembros familiares*. Y así se puede comprobar, como vamos a argumentar seguidamente, cuando tras la crisis matrimonial se incorporan pactos que regulan el régimen de convivencia, la guarda y custodia y el régimen de visitas y cuidado de los animales de compañía, donde los tribunales van a resolver siempre pensando en el bienestar del animal. Incluso se contemplan limitaciones a la guarda y custodia en casos de antecedentes por maltrato animal ejercido como forma de violencia o maltrato psicológico. De ahí precisamente la reforma de los artículos 90, 91 y la introducción del artículo 94 bis del Código Civil.

II. LA REALIDAD SOCIAL COMO CRITERIO INTERPRETATIVO Y LA JURISPRUDENCIA COMO CREADORA DEL DERECHO

Pero antes de entrar de lleno en el tema que nos ocupa es necesario tener en cuenta diversas cuestiones. El artículo 3.1 del Código Civil introduce como criterio de interpretación de las normas la *realidad social*, «las normas se interpretarán según la realidad social del tiempo de aplicación de la norma», es la llamada interpretación sociológica. Criterio importante porque la realidad social del tiempo de aplicación de la norma puede ser diferente a la realidad social que había cuando se promulgó la norma.

Estamos ante uno de los temas donde resulta claro que el juez contribuye a la creación del Derecho, lo cual nos lleva a pensar que el juez tiene un protagonismo compartido con el legislador, pero sin sustituirle.

Como dice ANSUATEGUI «la afirmación de la capacidad creadora de Derecho por parte del juez ha sido vista tradicionalmente como un problema frente a la separación de poderes. En este sentido, la distinción entre creación, —de un lado— e interpretación y aplicación del Derecho —de otro— trasciende su significado estrictamente teórico y se puede vincular al significado de dicho principio de organización del poder»⁷.

DÍEZ PICAZO mostró sus reticencias frente al Derecho judicial, entendido como los «pronunciamientos de los tribunales que no solo resuelven en justicia los casos concretos, sino que establecen reglas o doctrinas con una pretensión de sobrevivir a ese caso concreto y que carecen de una directa vinculación con la ley»⁸.

María Isabel de la Iglesia Monje

En el tema que nos ocupa, como vamos a ver de la exposición y análisis jurisprudencial realizado, podríamos afirmar que los jueces de hecho no crean Derecho, sino que se apoyan en Convenios, en Tratados internacionales que forman parte del ordenamiento jurídico pero que tienen un alcance muy general y abstracto. De hecho, como ya hemos señalado, considerar a los animales como seres vivos dotados de sensibilidad era una recomendación que ya constaba en el artículo 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, sin olvidar la referencia al Convenio Europeo sobre protección de animales de compañía de 1987, ratificado 30 años más tarde por nuestro ordenamiento jurídico en 2017.

La operatividad de la ley debe considerarse no solo a la luz de los factores indicados inicialmente (humanos, sociales) sino lo que es más importante, el Derecho debe dar respuesta en la aplicación al caso concreto.

En todas las resoluciones jurisprudenciales que vamos a analizar, vemos que el juez es respetuoso con las exigencias de la lógica formal al actuar como traductor de la solución general y abstracta que el legislador europeo adoptó en general, pero sin referirse a las circunstancias del caso concreto. El juez resuelve el conflicto a través de la interpretación y aplicación de la norma, *pero la sentencia es una decisión concreta adoptada para resolver un caso particular*, el cual no está previsto en ninguna norma: la custodia, el derecho de visita y los problemas de ellos derivados como los gastos de alimentación, y, demás, del animal.

En estos casos estamos ante una especificación de la ley realizada por la sentencia, *una concreción, del principio general y abstracto de la sensibilidad del animal de compañía*. Evidentemente, en estos casos, sí estamos frente a la creación necesaria del Derecho para su aplicación. Pero, aun así, los tribunales han sido muy respetuosos y muy cautos, y aun sabiendo que las legislaciones de nuestro entorno habían adoptado criterios generales y teniendo en cuenta, en los últimos años, el conocimiento del contenido de la proposición de ley y de todo su *iter* parlamentario... (p. ej. la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valladolid del 27 de mayo de 2019 ya hizo referencia a la *consideración jurídica de si el perro Bucanero como animal de compañía es simplemente un bien mueble o semoviente o un ser dotado de sensibilidad al que debe aplicarse un régimen jurídico diferente al estrictamente previsto en nuestro actual Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil...* teniendo en cuenta la ya proposición de ley de modificación del Código Civil, Ley Hipotecaria y Ley de Enjuiciamiento Civil sobre régimen jurídico de los animales existente en ese momento en tramitación parlamentaria), la jurisprudencia ha seguido la regulación del Código Civil y la consideración de los animales de compañía como cosas (p.ej. el AAP de Barcelona de 5 de abril de 2006 donde se hace alusión a la naturaleza de semoviente de los animales de compañía, o la SAP de Málaga de 12 de abril de 2012 que indica que lo correcto sería su integración en el activo de la sociedad de gananciales a liquidar, o la SAP de Barcelona de 10 de julio de 2014, que indica que los animales domésticos constituyen un bien de carácter mueble y que pueden ser objeto de titularidad dominical exclusiva o compartida y, en consecuencia, de posesión exclusiva o de coposesión...).

Pues teniendo en cuenta el margen de discrecionalidad en el que se desenvuelve el juez y la influencia de factores que influyen en su decisión, en la sentencia no se expresa la voluntad del juez, sino la del Estado. Y esto lo tienen en cuenta los Tribunales.

Como señala ANSUATEGUI «el juez dicta una sentencia mediante la cual integra el ordenamiento jurídico, desde el punto de vista de su respuesta nor-

mativa a los desafíos de la realidad conflictiva, contribuyendo a responder a la pregunta *¿Quid Iuris?*⁹.

Podemos señalar que esta vez los tribunales y la proposición de ley¹⁰ convertida en ley han ido a la par. El juez ha ido anticipando ideas que estaban en la mente del legislador, y este se ha nutrido de los criterios jurisprudenciales que no han hecho más que exponer con total claridad la realidad sociológica y los problemas en los que se encontraban aquellos que, tras el divorcio o separación, se disputaban la vinculación con el animal.

En definitiva, el juez ha operado en este caso con una legitimidad argumentativa, junto con el sometimiento a la ley, lo cual contribuye a definir la posición institucional del juez como operador jurídico, tal y como ha definido ALEXY¹¹.

III. LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA TRAS LA RUPTURA FAMILIAR

Tras la ruptura familiar, la nueva Ley 17/2021 de 15 de diciembre ha llevado a cabo una modificación del artículo 90 del Código Civil, según el cual se incorpora el destino de los animales de compañía como uno de los puntos que deben incluirse en el convenio, siempre pensando en el *bienestar del animal*.

Seguidamente el artículo 91 del Código Civil establece que, en el divorcio contencioso, si las partes no llegan a un acuerdo, o, en caso de no aprobación del Convenio por el juzgador, será este quien determine el destino de la mascota familiar.

Y el 94 bis del Código Civil, determina el hacer de la autoridad judicial que será quien confíe al animal de compañía a uno o ambos cónyuges en caso de separación o divorcio. Además, será quien concrete la forma en la que el cónyuge al que no se le hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como el reparto de las cargas asociadas al cuidado del animal. El legislador insiste en el precepto que todo deberá hacerse *atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal*, con independencia de la titularidad dominical de este y de a quién le haya sido confiado para su cuidado. Por último, incluye la obligación de hacer constar en el correspondiente registro de identificación de animales a quien de las partes se le confía para su cuidado.

Algunas CCAA, se adelantaron a la publicación de la Ley de 2021, como la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias en su artículo 35 rubricado de los Derechos de los animales, donde se establece que «En los términos que se fijen por ley, de acuerdo con la Constitución y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea las administraciones públicas canarias velarán por el mantenimiento y la salvaguarda de los animales, además de reconocerlos como seres que sienten y con derecho a no ser utilizados en actividades que conlleven maltrato o crueldad. Asimismo, se fijará el régimen de infracciones y sanciones».

Parte de la doctrina se muestra contraria¹² a esta nueva regulación por no considerarlo un tema riguroso¹³. Aunque como vamos a ver seguidamente es un tema que era necesario tratar visto el interés social y los problemas jurisprudenciales que llegan a los tribunales.

También se ha puesto de relieve por la doctrina determinadas alusiones dirigidas a la *humanización* de los animales, como las centradas en el interés del animal de compañía como elemento decisorio sobre su destino en supuestos de crisis matrimoniales. Insistiendo en que hay que evitar una equiparación entre humanos y animales.

El salto legislativo referido a la consideración de la naturaleza de las mascotas que se ha hecho realidad con la publicación de la Ley es asombroso, pero se debe a la realidad social del tiempo, la preocupación social y al nuevo concepto de la familia donde las mascotas forman en realidad una parte muy importante. Desde luego, lo que no hay duda alguna es que los animales son seres vivos que merecen respeto, y desde luego un trato adecuado y consiguientemente deben tener una especial protección. Y en los supuestos que vamos a examinar a continuación de la jurisprudencia existentes antes de la publicación de 2021, se percibe que el problema de la naturaleza de los animales surge desde finales del siglo pasado en los supuestos de ruptura matrimoniales y análogas, lo cual ha provocado que los animales de compañía hayan adquirido un protagonismo antes no reconocido.

IV. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA SITUACIÓN DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA TRAS LA RUPTURA FAMILIAR

1. ANTES DE LA PUBLICACIÓN DE LA LEY 17/2021, DE 15 DE DICIEMBRE

¡Qué diferencia el sentir actual hacia los animales, que hace apenas dos décadas! Ejemplo de ello se halla en un auto de 5 de abril de 2006 de la Audiencia Provincial de Barcelona¹⁴, donde se tachaba de anecdótica «la cada vez más frecuente inserción en los convenios reguladores de pactos de esta naturaleza, referidos a animales de compañía de todo género», haciéndose constar la duda de si cabe un efectivo derecho de visitas a un animal, y si las controversias relativas al mismo son susceptibles de ser enjuiciadas en el proceso de familia y en el ámbito obligacional de las medidas reguladoras de la crisis familiar. Haciendo además, alusión a su naturaleza de semoviente y referencia a la regulación de determinados derechos, como la posesión, en el artículo 465, con la distinción entre los animales que saben volver a la casa del poseedor, de los fieros, domesticados o amansados, o al regular el usufructo de animales en el artículo 499, o las servidumbres, la ocupación, la compraventa, en el artículo 1491, el arrendamiento en el artículo 1579, los contratos especiales sobre ganadería, o la aparcería de ganados, así como el régimen de responsabilidad civil frente a terceros del poseedor de un animal, en el artículo 1905 del Código Civil¹⁵.

El auto establecía la importancia de que dicho pacto (el derecho de visita al perro en cuestión) sea admisible como objeto de aprobación, con trascendencia jurídica y, por tanto, con la cualidad de ejecutable, siendo susceptible de ser sometido a controversia contenciosa y de decisión judicial dirimente. Tacha de insólito el pacto en cuestión indicando que «los pactos sobre la tenencia y cuidado de animales, atendiendo a su naturaleza, deben ser, en todo caso, muy precisos, claros y delimitadores de la voluntad real de las partes de repartir la tenencia o la responsabilidad de sus cuidados» Añadiendo que «la ejecutabilidad de un pacto que contenga el compromiso de la exesposa de que dejará al exesposo pasear al perro que ambos cuidaron cuando convivían, es ya una entelequia en sí mismo».

Ahondando en el problema se centra en qué consiste el derecho de visitar a un perro, indicando además los posibles problemas de responsabilidad, concluyendo «que el acto de ejecución no es conforme con la naturaleza del título invocado, y se trata de un caso paradigmático en el que procede la inadmisión a trámite».

Años más tarde, la SAP de Málaga de 12 de abril de 2012 puso de manifiesto el problema que suponía atribuirse *la guarda, custodia o tenencia de unos animales a favor de uno u otro cónyuge o la separación de ambos, una a favor*

María Isabel de la Iglesia Monje

es por lo que se ha de concluir afirmando que el perro *Patatero* es propiedad exclusiva de la exesposa»¹⁷.

Posteriormente, la SAP de Navarra de 9 de octubre de 2013 recoge el acuerdo de mediación relativo a la mascota familiar, *Escubi*, haciendo referencia al reparto de tiempo de convivencia con cada una de las partes, el abono por mitad e iguales partes, el gasto de pienso y demás utensilios de uso diario más las visitas rutinarias de vacunas periódicas en el veterinario. Sin olvidar la referencia a los gastos de manutención, de 100 euros que será abonado al 50%, considerándose un gasto extra que habrá de abonarse por mitad, las operaciones y guardería canina de *Escubi*¹⁸. No obstante se acude al juzgado porque una de las partes no acepta el acuerdo de mediación, pero no en lo referente a la mascota.

La SAP de Barcelona de 10 de julio de 2014, analiza un divorcio contencioso en la formulación de su recurso de apelación solicita, frente a los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia: la *concesión del uso compartido* de la mascota familiar, y en concreto de la perra *Diamante*, por meses alternos, o bien que se determine un régimen de visitas, en favor del recurrente, con la finalidad de relacionarse con la misma¹⁹. Se introduce pues una cuestión nueva y ajena a las medidas o efectos civiles complementarios a la disolución del vínculo conyugal.

El tribunal entiende la existencia entre la mascota y todos los miembros de la familia de lazos afectivos, dedicándose a su cuidado, y asumiendo sus necesidades de alimento, higiene y tratamiento veterinario. Incluso detalla la sentencia que la privación de la compañía del animal, a uno de los consortes, por consecuencia del cese de la vida matrimonial, o por ruptura de una unión estable de pareja de hecho, produce sentimientos de tristeza, desasosiego, ansiedad y añoranza, en la persona a la que se priva de su compañía.

Desde la perspectiva del Derecho catalán, el juzgador incluso señala que «legislativamente la cuestión podría haberse introducido en la materia propia de los procesos matrimoniales de separación, divorcio o nulidad del matrimonio, pues los animales domésticos constituyen un bien de carácter mueble, a tenor del artículo 511-1. CCC, que pueden ser objeto de titularidad dominical exclusiva o compartida y, en consecuencia, de posesión exclusiva o de coposesión».

Incluso hizo referencia a la Ley 22/2003, de 4 de junio del Parlamento de Cataluña, sobre protección de los animales, (hoy derogada) que en su artículo 2 los definía de manera más extensa que la simple consideración de bienes, al conceptuarlos *como seres vivos dotados de sensibilidad física y psíquica, y de movimiento voluntario*.

Aunque señala como el legislador catalán no dio un paso más en los artículos 233-2 y siguientes del libro II del Código Civil de Cataluña, donde no se regulan entre las medidas provisionales ni en las definitivas de la separación, divorcio o nulidad del matrimonio, la cuestión de los animales domésticos, que se encuentran en el seno de la convivencia familiar y que forman parte integrante del mismo como mascotas o animales de compañía.

Como en otras sentencias posteriores se señalará, la SAP de Barcelona entiende que «la aplicación analógica de lo preceptuado en cuanto al régimen de visitas de los progenitores no custodios, respecto a los hijos menores de edad, resulta improcedente, pues no tiene base o razón de ser en una relación paterno-filial, por lo que no es de apreciar la identidad de razón para servirse de la aplicación analógica a la que se refiere el artículo 4.1 del Código Civil».

Los animales domésticos no se encuentran en la categoría de los enseres personales, ni en la naturaleza propia del ajuar doméstico, pues su inclusión en

una de esas categorías supondría una interpretación forzada de los preceptos sustantivos que regulan la materia.

Las mascotas domésticas son pues seres vivos, que en concepto de bienes muebles se encuentran en el domicilio familiar, susceptibles de ser reclamados en propiedad, y en el supuesto de titularidad dominical conjunta, proceder al ejercicio de acciones en proceso declarativo, tendentes a obtener la división del bien común, o el uso compartido, sin detrimento de la utilización por el otro partícipe en la propiedad, que constituye derecho inherente al régimen de la comunidad de bienes.

En este supuesto concreto se concluye que la alegación de la demandante de no conceder que el demandado tenga en su compañía a la mascota *Diamante*, por entender que ostenta la titularidad administrativa de la misma, se desvanece por la aplicación del artículo 232-3.2 CCC, que determina que *si los bienes se adquieren a título oneroso, en el régimen matrimonial de separación de bienes, durante el matrimonio y son de valor ordinario destinados al uso familiar, cual aquí sucede con la mascota controvertida*, se presume que pertenece a ambos cónyuges por mitad indivisa, sin que prevalezca contra tal presunción la mera prueba de la titularidad formal.

La SAP de Málaga de 24 de noviembre de 2016 indica en su FJ 2.º como otra de las medidas inherentes al divorcio, que las partes podrán disfrutar por períodos trimestrales de la compañía del perro raza cocker, medida ya adoptada en el auto de medidas provisionales sin que conste evidencia de que la permanencia con alguno de los litigantes puede generar un perjuicio para la salud del animal²⁰.

Tras acreditarse los fuertes lazos emocionales entre ambos litigantes con la perra, y viceversa y no quedando acreditado que el sistema de permanencia alterna con cada uno de los conductores, cada tres meses, perjudique más al animal, la solución adoptada en la sentencia, es el mal menor:

Nos indica la sentencia que la Ley 11/2003, de 24 de noviembre de Andalucía, tiene por objeto la regulación de las condiciones de protección y bienestar de los animales que viven bajo la posesión de los seres humanos, y en particular de los animales de compañía, por lo que el sistema de posesión de la perra podrá modificarse en ejecución de esta sentencia si alguno de los conductores incumple las obligaciones de cuidado que dicha Ley impone respecto del animal.

La SAP de Asturias de 21 de junio de 2017 analiza un supuesto de custodia compartida para la perra *Monja*, al entender la juzgadora de instancia que no se había acreditado que dicho animal fuese copropiedad de ambos litigantes, sino más bien propiedad exclusiva. En su recurso Gema vuelve a insistir en que se ha acreditado la copropiedad de ambos litigantes sobre el animal, y solicita la revocación de la sentencia apelada y que se fije la custodia compartida solicitada²¹.

Recuerda la Audiencia que, en 2017, el ordenamiento jurídico califica a los animales domésticos, entre los que se incluyen las mascotas, como semovientes; y como tales pueden ser objeto de propiedad exclusiva de una persona o también copropiedad de dos o más personas. En este último caso, los copropietarios pueden llegar y ponerse de acuerdo sobre el uso y disfrute del bien común, para que todos ellos, de forma alterna, vayan disfrutando de dicho bien, sin impedir el uso y disfrute a los demás copropietarios. Pero si no llegan a ese acuerdo, será el juez, a instancia de cualquiera de ellos, quien fije el régimen de uso u disfrute alternativo del bien común, para cada uno de los conductores o comuneros, artículo 398 del Código Civil.

Dicho esto, la primera cuestión a decidir es si la perra *Monja* es propiedad exclusiva de Héctor, como dice la sentencia apelada, o si es copropiedad de ambos

litigantes, como mantiene Gema en su demanda y recurso. Pero tras las pruebas practicadas (en el colegio de veterinarios y en la clínica veterinaria Animalitas, quien figura como titular es Héctor, además, de que los gastos del perro son abonados por él, es él quien en bicicleta acude por primera vez al domicilio de Balbino, propietario inicial de *Monja* y la madre de este, para interesarse por *Monja*, y, demás pruebas como la testifical donde Miriam, vecina de Héctor, testifica que era este quien cuidaba del perro cuando era un cachorro, ayudándole ella, a sacarlo al parque y cuidarlo, cuando no podía hacerlo Héctor por razón de su trabajo...) por lo que este tribunal se ratifica en la declaración de Instancia de que la perra *Monja* es propiedad exclusiva de Héctor.

En la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valladolid del 27 de mayo de 2019²² se analiza a través de una acción declarativa sobre el derecho de copropiedad (arts. 392 y sigs. CC) del perro de raza West Highland Terrier, de nombre *Bucanero*, que fue adquirido conjuntamente entre ambas partes durante el periodo de relación sentimental que ambos mantuvieron, desde octubre del 2012 hasta febrero del 2017, si bien debido a que el REIAC no permite plasmar más que un titular, se puso en el microchip el nombre de Fernando de forma consensuada.

Tras la ruptura, el demandado se marchó del domicilio indicado, manteniéndose el disfrute compartido hasta septiembre/octubre del 2018, sufragando los gastos al 50 %, hasta que el demandado manifiesta que «el perro es suyo». Las partes interesadas se fijan un régimen de posesión exclusiva para cada uno de los propietarios durante 15 días, con obligación de reintegro al otro en el punto de encuentro que se designe.

El juzgador, en el fundamento de derecho cuarto, hace referencia a la necesidad de analizar *la consideración jurídica de si el perro Bucanero como animal de compañía es simplemente un bien mueble o semoviente o un ser dotado de sensibilidad al que debe aplicarse un régimen jurídico diferente al estrictamente previsto en nuestro actual Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil*. Todo ello teniendo en cuenta la ya proposición de ley de modificación del Código Civil, Ley Hipotecaria y Ley de Enjuiciamiento Civil sobre régimen jurídico de los animales existente en ese momento en tramitación parlamentaria.

Sentencia que anticipa que dicha proposición de ley española reforma la redacción del actual artículo 333 del Código Civil en el sentido que los animales no son cosas, sino seres dotados de sensibilidad, con las reformas en los artículos ya sabidos...

Pero para poder aplicar la proposición de ley sin llegar a ser Ley, el juzgador se centra en que el artículo 3 del Código Civil establece que *las normas se interpretarán con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas*, y como se ha expuesto, debe considerarse al perro «Bucanero», pese a la actual regulación del Código Civil cosa, como un animal de compañía, el cual constituye un ser dotado de especial sensibilidad, tal y como ya se establece con plena eficacia jurídica el artículo 13 del TFUE, como Derecho originario, pese a la falta de desarrollo legislativo en el ordenamiento jurídico de derecho común, y como tal, en supuestos de crisis de pareja (relación de afectividad análoga a la conyugal) como el presente, deben de aplicarse como criterios de resolución del conflicto, más bien los previstos para las crisis matrimoniales.

Dado que se estima la copropiedad de Frida y Fernando sobre *Bucanero*, desde el 12 de enero de 2015 y hasta octubre del 2018, la cual, conforme dispone el artículo 394 del Código Civil, otorga a ambos propietarios un derecho de posesión y disfrute compartido del perro, que en este caso, dadas las nuevas

circunstancias concurrentes (residencia en Alicante de D. Fernando), se fijan periodos de 6 meses, teniendo en cuenta el bienestar de *Bucanero*, su adaptación al nuevo hogar (nada se ha probado sobre la inestabilidad o tristeza del mismo cuando permanece con Frida), si bien, con posibilidad, si lo desean los dueños, durante el tiempo en que no estén con el mismo, de trasladarse al menos un fin de semana al mes (desde el viernes por la tarde hasta el domingo tarde) a Alicante/Valladolid, respectivamente, para poder disfrutar de su perro, derecho de comunicación que se deberá avisar, de un modo fehaciente, al otro copropietario, con al menos una semana de antelación.

En definitiva, tras acreditarse la copropiedad del perro se otorga la posesión y el disfrute compartido del mismo a cada una de las partes por 6 meses.

Tras la ruptura de una pareja de hecho se señala por la SAP de Gerona, de 2 de julio de 2020, que «causa sorpresa la afirmación de que *la ruptura de un matrimonio o de una pareja de hecho provoca que un bien mueble se convierta en propiedad exclusiva de uno de ellos, salvo pacto en contrario*»²³.

La SAP de Valencia de 25 de septiembre de 2020²⁴ señala que en el llamado convenio regulador de custodia compartida por las partes, acordaron como se desarrollaría la *tenencia y el disfrute del animal si sobrevienta la crisis matrimonial*, y, con tal objeto, establecieron un periodo de tenencia de la mascota, que podría ser semanal o quincenal; igualmente acordaron distribuirse alternativamente la tenencia del animal, en los meses de agosto.

Pero tras el minucioso contrato, la propia demandada se opuso a su cumplimiento indicando que *niega la existencia del mismo por cuanto confeccionó y redactó únicamente ella el convenio regulador y no era su intención, en ningún momento, vincularse para con su marido mediante un contrato del cual desconoce su funcionamiento por ser lega en derecho*.

Incluso hay sentencias como la de la AP de Tenerife de 24 de junio de 2021 que recoge el sentir jurisprudencial al señalar la evolución que ha experimentado la sociedad en orden al tratamiento de las mascotas, que *se ha visto reflejada en resoluciones de nuestros tribunales, de no poder considerar a las mascotas como simples bienes sino como seres vivos con una especial vinculación con la familia*. Y ello por la convivencia y vínculo con la misma, lo cual obliga a establecer periodos de alternancia (custodia) sobre el cuidado de aquellos. Incluso la sentencia indica «habiéndose recogido por el poder legislativo a través de una proposición de ley a fin de cambiar la apreciación de las mascotas como bienes muebles pertenecientes al matrimonio y tratarles como seres vivos dotados de sensibilidad». Indica además que es adecuado que sus gastos sean soportados por ambos progenitores, y ello al margen de quien aparezca como «propietario» o que se dediquen, entre otras finalidades, a la custodia de la residencia de la apelante, pues, se insiste, en que lo esencial es el vínculo creado con la familia y, especialmente, con los menores»²⁵.

En el auto del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2021²⁶ se estudia una demanda de divorcio, en la que la controversia se centró entre otras cosas en el cuidado de mascotas. La legislación vigente cuando la demanda se interpuso, no permitía que en el ámbito de un procedimiento de divorcio se regulasen medidas relativas a la compañía, visitas o contactos entre el progenitor que ostenta la custodia del animal de compañía y aquel que tras la ruptura se queda sin dicha custodia. Sin embargo, cuando llegó el procedimiento al Supremo ya estaba vigente la nueva regulación, *aunque posterior a la fecha en que se interpuso la demanda que da vida a esta «litis», e incluso es posterior a la terminación del presente procedimiento en primera instancia*.

María Isabel de la Iglesia Monje

Lo interesante del auto radica en que se insiste en que *la nueva Ley ha adecuado no ya solo el Código Civil a la verdadera naturaleza de los animales, sino también a la naturaleza de las relaciones, particularmente las de convivencia, que se establecen entre estos y los seres humanos*, y comenta la nueva redacción de los artículos modificados del Código Civil, 90, 91 y 94.

Aún, apenas tres meses antes de la publicación de la Ley, ya era habitual que el convenio regulador al concretarse el régimen de visitas del padre, y establecer los periodos temporales de estancia en vacaciones, se hace alusión a la mascota de los hijos comunes. Tal y como se acredita en la sentencia de la AP de Toledo de 22 de septiembre de 2021, Santos, el perro, irá con los menores y con su padre en los fines de semana que le corresponda, así como durante los periodos vacacionales, de forma que durante el tiempo en que los niños se encuentren con su padre en los citados periodos, disfruten también de su mascota. Debiendo correr todos los gastos relacionados con el animal al 50% entre los progenitores (vacunación, veterinarios, piensos, etc.)²⁷.

2. TRAS LA PUBLICACIÓN DE LA LEY

Los nuevos recursos, tras la publicación de la Ley, se plantean por el *carácter incompleto o dudoso de las cláusulas contenidas en el convenio regulador* de divorcio pactado por las partes y debidamente aprobado.

El auto del Juzgado de Primera Instancia de Oviedo, de 3 de enero de 2022 fue pionero en considerar a un perro como un ser dotado de sensibilidad al ejecutar provisionalmente su tenencia. Se apoya en el nuevo artículo 333 bis del Código Civil que considera a los animales como seres dotados de sensibilidad²⁸.

El auto concreta que «No estamos ante la entrega de una cosa sino de un animal que, en palabras del artículo 333 bis del Código Civil, es un ser vivo, dotado de sensibilidad, de manera que todas las decisiones que afecten a un animal deben asegurar su bienestar conforme a las características de cada especie.

La sentencia indica que el bienestar del animal aconseja no establecer cambios en su situación actual; cambios que podrían no ser definitivos y *que podrían generar un sufrimiento innecesario al animal que se vería separado de forma brusca de quien ha sido su cuidadora*, al menos, durante los últimos tres años.

El *eventual daño que se le pueda causar al animal por el cambio de entorno para el caso de que se dicte sentencia revocando la dictada en primera instancia no puede ser enmendado ni compensado*.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de 2 de febrero de 2022²⁹ estima que no se ha acreditado ninguna situación de negligencia o falta de cuidado por parte de la esposa hacia la perra que perjudique el bienestar y la protección del animal, criterio rector para regular los derechos y facultades sobre los animales conforme establece la exposición de motivos de la Ley 17/2021, que aunque *ha entrado en vigor con posterioridad a la situación de incumplimiento enjuiciada* viene a plasmar los principios que ya eran de aplicación para regular las relaciones y el ejercicio de los derechos sobre los animales domésticos.

El supuesto de hecho de la sentencia se centra en que el acuerdo de las partes se establecía que la esposa tendría a la perra *Graciosa* en su compañía los fines de semana en que el hijo común esté con ella, recogiendo a la mascota en el domicilio de D. Pedro. El incumplimiento reiterado e injustificado por parte de D. Pedro se basa según sus alegaciones en motivos de salud de la perra. No obstante, el veterinario indica que dicha situación no impedía que fuera entregada a

D.^a Natividad informándola debidamente de la pauta alimenticia y la medicación prescrita. Se acredita que no ha existido ninguna situación de negligencia o falta de cuidado por parte de la esposa hacia la perra que perjudique el bienestar y la protección del animal, criterio rector para regular los derechos y facultades sobre los animales conforme establece la exposición de motivos de la Ley 17/2021.

Resulta probado que la negativa a entregar a la perra no se basa tanto en procurar el bienestar del animal sino en un conflicto de carácter económico ya D. Pedro reclama a la esposa el pago de las facturas del veterinario.

En consecuencia, procede requerir al ejecutado para el inmediato cumplimiento de lo establecido en el convenio regulador en cuanto a las estancias de la perra *Graciosa* el primer fin de semana que el hijo menor vaya a pasar en compañía de la madre, con el apercibimiento de incurrir en la imposición de multas coercitivas para el caso de que persista en su incumplimiento.

En el caso del auto de la AP de Barcelona de 15 de febrero de 2022, aunque las partes habían pactado en relación con los gastos de la mascota, que «los gastos por accidente o lesión de la mascota serían a medias, la madre se hace cargo del perro asumiendo los gastos cotidianos tales como comida, limpieza u otros, y el padre podrá disfrutar de la compañía del perro siempre que lo requiera, avisando a la madre con 24 horas de antelación».

No obstante, no se concreta si tales gastos son los derivados de accidente o lesión de la mascota, o de una enfermedad común sobre la que no existe previsión alguna. El juzgador en el auto entiende que, respecto a los gastos de veterinario, la única previsión es la relativa a los gastos de accidente o lesión que se pactan como gastos a cargo de los litigantes por mitad, ya que suelen ser los motivos por los que se acude a un centro asistencial para animales de compañía. La cuestión en concreto se centra en el gasto de veterinario consistente en urianálisis, ecografía abdominal y Holmex. En este caso el juzgador entiende que se trata de un gasto que asumieron por mitad³⁰.

La SAP de La Rioja de 3 de junio de 2022³¹ conoce un recurso de apelación contra la sentencia del juzgado de violencia sobre la mujer número 1 que acordó la disolución por divorcio de su matrimonio, y fijó las medidas personales relativas a guarda y custodia y régimen de vistas sobre los hijos menores de dicho matrimonio, alimentos a cargo del progenitor no custodio, distribución de gastos extraordinarios, uso de vehículos y del domicilio familiar, pero también *la comunicación del progenitor no custodio con la mascota familiar, que no procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género*.

Se estudia, además, que la ley entra en vigor con posterioridad a la interposición de la demanda, lo que implica que no cabe adoptar ningún pronunciamiento en relación al régimen de custodia y visitas del animal de compañía de doña Gloria y don Candido, pues dicha decisión carecía de cobertura normativa. Las normas procesales son de orden público y no cabe que en un procedimiento civil se ventilen cuestiones no previstas en la ley.

Además, en este caso se da la circunstancia, de que se introdujo la petición en relación a la mascota en un escrito ampliatorio de la demanda que no debió de ser admitida a trámite ni desde luego resuelta en sentencia. En ese momento debía haberse utilizado la vía de la liquidación de la sociedad de gananciales (si consideraba que el animal se adquirió constante matrimonio y con cargo a dinero ganancial) o en su caso, el propio de la acción declarativa de dominio o reivindicatoria mediante el correspondiente juicio declarativo³².

María Isabel de la Iglesia Monje

La SAP de Madrid de 28 de enero de 2022³³ pone de relieve que por lo que respecta a los desembolsos de veterinario de la mascota de la familia, tras la entrada en vigor de la Ley 17/2021, deben abonarse por mitad los precisos para intervenciones quirúrgicas y tratamiento de prolongadas enfermedades que facture el veterinario.

V. OTRA CUESTIÓN AÑADIDA: EL REPARTO DE LOS GASTOS Y ALIMENTOS DEL ANIMAL

Aunque hemos encontrado menos disputas en torno a este tema, no deja de hacerse mención del mismo en algunas resoluciones jurisprudenciales.

No obstante hacer referencia al reparto de gastos (veterinario: vacunaciones o problemas de salud, defunción) y fijar su pensión (alimentación, aportes vitamínicos) es fácilmente cuantificable. Sin olvidar la importancia de los pactos de actualización o incremento de la misma.

Además, hay que tener en cuenta que, en el caso de los animales de compañía, la duración de la pensión se extenderá a la vida del animal.

El incumplimiento de tales pactos puede suponer la desvinculación del animal. En tal caso la otra parte podrá accionar o incluso podría resultarle beneficioso a fin de disfrutar en solitario de la mascota.

VI. CONCLUSIONES

I. El Código Civil tiene origen en el Derecho Romano, código de una sociedad agrícola como la del siglo XIX donde los animales predominantemente tenían un valor económico para la mayoría de la población y donde la noción clave se hallaba en el derecho de propiedad de los mismos. De ahí que se consideraran cosas muebles, semovientes, y todo se articulase en torno al derecho de propiedad del animal. Y así ha sido durante el último siglo.

La misma consideración por analogía se tenía de las mascotas o animales de compañía que conviven con los seres humanos en su vida cotidiana, (no son por consiguiente ni animales destinados al trabajo ni tampoco son sacrificados para que se conviertan en alimento).

II. En la actualidad se ha incrementado el auge y la concepción social de la mascota. El aumento de su popularidad se debe a los beneficios que reportan para la persona, para los distintos miembros de la familia. Así, pueden solucionar problemas de soledad en ancianos o sujetos que viven solos, lo que a su vez hace que aumente su felicidad o incluso su sensación de seguridad. También pueden mejorar la autoestima de determinados miembros de la familia, (niños, ancianos) ya que su cuidado les hace sentirse útiles y necesarios. Y son muy recomendados para aquellas personas con problemas de socialización o con trastornos tales como el autismo ya que los animales les ayudan a mejorar su capacidad de relación con los demás, así como la capacidad de expresar sentimientos y sensaciones. Sin olvidar, la obligación que impone salir con el perro a pasear lo que influye en la mejora de la salud del dueño.

Los perros y los gatos son las mascotas más populares. De hecho, toda la jurisprudencia analizada tiene por objeto, en concreto, a los perros. Aunque no hay que olvidar de otros animales que gozan del cariño de la familia como peces, pájaros, conejos, tortugas o incluso, los menos, hurones, cerdos vietnamitas, camaleones o serpientes.

III. Antes de la aprobación de la Ley de 2021, dos sentencias fueron las que iniciaron el camino hacia la consideración de las mascotas como seres sensibles. La primera fue la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 9 de Valladolid, de 2019, que declaraba la «copropiedad» de *Cachas* y que resolvió que, tras la separación, cada uno de los dueños disfrutara del animal en periodos de seis meses cada año. Fue el primer avance, pero todavía se hablaba de las mascotas como bienes susceptibles de propiedad.

Posteriormente, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 11 de Madrid, de 7 de octubre de 2021 fue pionera en otorgar custodia compartida de un perro. Como posteriormente va a entender la Ley. La sentencia *descosifica* al animal, recalca la importancia de la «relación afectiva» de las partes con la mascota y rechaza que solo se tenga en cuenta la «titularidad» de la misma. Así, pues se otorga primacía al afecto frente a la titularidad formal del animal, sea como dueño o adoptante. Incidiéndose no en la consideración de copropietaria, sino como *corresponsable* y como “*co cuidadora*” del animal.

De forma que, con carácter previo a la Ley de 2021, la representación legal de las partes para solicitar la custodia compartida recurría al Convenio Europeo sobre protección de animales de compañía, de 1987, ratificado por España en 2017 y no al Código Civil.

No obstante, la jurisprudencia ha ido un paso por delante en algunos casos y se adoptaron este tipo de acuerdos de custodia, pero la postura mayoritaria fue la de esperar a la reforma para poder fijar un régimen de custodia propiamente dicho en el caso de los animales de compañía.

Problema que no se daba si se llegaba a un acuerdo amistoso o se pactaba en el convenio regulador del divorcio o separación de qué forma funcionaría la custodia de la mascota. Pues si había que acudir a los tribunales era más complicado establecer un régimen de custodia como tal, ya que existía división entre los jueces, por un lado, los que sí admitían a las mascotas como seres susceptibles de este régimen, y por otro lado, quienes aplicaban estrictamente el Código Civil, y los consideraban cosas muebles.

IV. Antes de la Ley de 2021, el artículo 333 del Código Civil entendía que las mascotas tenían la naturaleza de bienes muebles, por lo que eran reclamadas en propiedad por cualquiera de los dos miembros de la pareja o solicitaban ser compartidas por ambos.

La nueva ley *descosifica* al animal para pasar a reconocérsele como «seres sintientes». Influencia de las modificaciones introducidas en los Códigos civiles de Francia (LOI n° 2015-177 du 16 février 2015) y de Portugal (Lei núm. 8/2017, de 03/03). Se instituye como principio que la naturaleza de los animales es distinta de la naturaleza de las cosas o bienes, como principio que ha de presidir la interpretación de todo el ordenamiento. Estamos ante seres vivos dotados de sensibilidad.

El destino de los animales de compañía podrá formar parte del convenio regulador, teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal, pudiendo preverse el reparto de los tiempos de disfrute si fuere necesario. El concepto de propiedad queda así relegado a un segundo plano. Se esboza así también un derecho de visitas en caso de que la custodia recaiga en una sola de las partes de la pareja.

VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- ATS, Sala: Primera. Sección: Primera. Auto de 14 de julio de 2021. Ponente: Francisco MARÍN CASTÁN. Número Recurso: 1857/2020. Numroj: ATS 9873:2021. Ecli: ES:TS:2021:9873.^a
- SAP de La Rioja. Sección: Primera. Sentencia de 3 de junio de 2022. Ponente: Fernando SOLSONA ABAD. Número Sentencia: 168/2022 Número Recurso: 134/2022. Numroj: SAP LO 246:2022. Ecli: ES:APLO:2022:246. T OL9.172.568.
- SAP de Madrid. Sección: Vigésimosegunda. Sentencia de 28 de enero de 2022. Ponente: María del Rosario HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ. Número Sentencia: 54/2022 Número Recurso: 936/2019. Numroj: SAP M
- SAP de Toledo. Sección: Primera. Sentencia de 22 de septiembre de 2021. Número Sentencia: 1220/2021 Número Recurso: 554/2021. Numroj: SAP TO 1780/2021. Ecli: ES:APTO:2021:1780.
- SAP de Tenerife. Sección: Primera. Sentencia de 24 de junio de 2021. Ponente: Antonio María RODERO GARCÍA. Número Sentencia: 297/2021. Número Recurso: 296/2021. Numroj: SAP TF 1702/2021. Ecli: ES:APTF:2021:1702.
- SAP de Valencia. Sección: Sexta. Sentencia de 25 de septiembre de 2020. Ponente: María Eugenia FERRAGUT PÉREZ. Número Sentencia: 418/2020. Número Recurso: 315/2020. Numroj: SAP V 3901/2020. Ecli: ES:APV:2020:3901.
- SAP de Gerona. Sección: Primera. Sentencia de 2 de julio de 2020. Ponente: Fernando FERRERO HIDALGO. Número Sentencia: 933/2020 Número Recurso: 342/2020. Numroj: SAP GI 949/2020. Ecli: ES:APGI:2020:949.
- SAP de Asturias. Sección: Cuarta. Sentencia de 21 de junio de 2017. Ponente: Ángel Luis CAMPO IZQUIERDO. Número Sentencia: 244/2017. Número Recurso: 191/2017. Numroj: SAP O 1845:2017. Ecli: ES:APO:2017:1845.
- SAP de Málaga. Sección: Sexta. Sentencia de 24 de noviembre de 2016. Ponente: María de la Soledad JURADO RODRÍGUEZ. Número Sentencia: 818/2016. Número Recurso: 59/2016. Numroj: SAP MA 2937/2016. Ecli: ES:APMA:2016:2937.
- SAP de Barcelona. Sección: Duodécima. Sentencia de 10 de julio de 2014. Ponente: Juan Miguel JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN. Número Sentencia: 465/2014 Número Recurso: 1152/2013.
- SAP de Navarra. Sección: Segunda. Sentencia de 9 de octubre de 2013. Ponente: Francisco José GOYENA SALGADO. Número Sentencia: 182/2013 Número Recurso: 331/2012.
- SAP de Málaga. Sección: Sexta. Sentencia de 12 de abril de 2012. Ponente: José Javier DIEZ NÚÑEZ. Número Sentencia: 182/2012 Número Recurso: 192/2012.
- AAP de Barcelona. Sección: Duodécima. Auto de 15 de febrero de 2022. Ponente: Vicente Ataúlfo BALLESTA BERNAL. Número Sentencia: 52/2022 Número Recurso: 104/2021. Numroj: AAP B 806/2022. Ecli: ES:APB:2022:806.^a
- AAP Provincial de Barcelona. Sección: Duodécima. Auto de 5 de abril de 2006. Ponente: José Pascual ORTUÑO MUÑOZ. Número Sentencia: 78/2006 Número Recurso: 1055/2005.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia. Sección: Duodécima. Sentencia de 2 de febrero de 2022. Ponente: María de los Ángeles MARTÍNEZ URREA. Número Sentencia: 63/2022 Número Recurso: 69/2021. Numroj: AJPI 126/2022. Ecli: ES:JPI:2022:126.^a

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Murcia. Sección: Cuarta. Sentencia de 21 de junio de 2019. Ponente: Ana BERMEJO PEREZ. Número Sentencia: 108/2019 Número Recurso: 1041/2018. Numroj: SJPI 93:2019. Ecli: ES:JPI:2019:93.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valladolid. Sección: Novena. Sentencia de 27 de mayo de 2019. Ponente: Luis Carlos TEJEDOR MUÑOZ. Número Sentencia: 88/2019. Número Recurso: 1068/2018. Numroj: SJPI 88:2019. Ecli: ES:JPI:2019:88.
- Auto del Juzgado de Primera Instancia de Oviedo, de 3 de enero de 2022. Número Sentencia: 9/2022 Número Recurso: 339/2021.

VIII. LEGISLACIÓN CITADA

- Instrumento de ratificación del Convenio Europeo sobre protección de animales de compañía, hecho en Estrasburgo el 13 de noviembre de 1987. «BOE» núm. 245, de 11 de octubre de 2017.
- 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. «BOE» núm. 300, de 16 de diciembre de 2021.
- Código Civil.
- Código Civil catalán.
- <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf> (30 de marzo de 2010 Diario Oficial de la Unión Europea C 83/49).
- Ley 22/2003, de 4 de julio, de protección de los animales.[Disposición derogada]. «BOE» núm. 189, de 8 de agosto de 2003.
- Ley 11/2003, de 24 de noviembre, de Protección de los Animales. Publicado en BOJA núm. 237 de 10 de diciembre de 2003 y BOE núm. 303 de 19 de diciembre de 2003 (vigente).

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ANSUÁTEGUI ROIG, F.J.: Constitución, ley, jueces: sobre la transformación de la relación entre normas y operadores jurídicos, Fundación Coloquio Jurídico Europeo. 2023. *En imprenta*.
- AZPITARTE GARCÍA, V.: *Nietzsche y los animales*. Más allá de la cultura y la justicia. Tirant lo Blanch. 2021.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: *Un nuevo derecho civil para los animales. Comentarios a la ley 17/2021, de 15 de diciembre*. Reus. 2022.
- Crisis de pareja y animales domésticos, en caso de desacuerdo: ¿una «pertenencia» de la vivienda familiar?, *Revista Actualidad Civil*, núm. 7-8 (2020) 2 (La Ley 9843/2020).
- DÍEZ PICAZO, L.: Constitución, ley, juez, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 15, septiembre-diciembre 1985, 22.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *La ley 17/2021 sobre régimen jurídico de los animales. Comentario y aplicación práctica*. Reus. 2022. ISBN: 978-84-290-2620-7.
- ALEXY, R.: Balancing, Constitutional Review and Representation, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, núm. 4, 2005, 572 y sigs.; ID., Constitutional Rights, Democracy and Representation, *Rivista di Filosofia del Diritto*, IV/1, 2015, 28 y sigs.

NOTAS

¹ La propia exposición de motivos de la Ley se apoya en las reformas: austriaca de 10 de marzo de 1986; alemana de 20 de agosto de 1990, la Suiza; la belga de 19 de mayo de 2009; la francesa de 16 de febrero de 2015 y, la portuguesa de 3 de marzo de 2017.

² <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf> (30 de marzo de 2010 Diario Oficial de la Unión Europea C 83/49).

Artículo 13: «Al formular y aplicar las políticas de la Unión en materia de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles, respetando al mismo tiempo las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional».

³ Instrumento de ratificación del Convenio Europeo sobre protección de animales de compañía, hecho en Estrasburgo el 13 de noviembre de 1987. «BOE» núm. 245, de 11 de octubre de 2017.

⁴ Según un estudio reciente del Ministerio de Medio Ambiente (MAPAMA), el perro, de media en el año 2021, ocupa un 16,62% de los hogares españoles, o lo que es lo mismo, 217205 familias tienen un perro.

Según datos del INE 2020 Instituto Nacional de Estadística (INE), en Madrid hay 318225 personas menores de diez años. Por su parte, el Colegio Oficial de Veterinarios tienen censados 382092 mascotas (perros y gatos) en la capital. Hay más animales domésticos que niños en las casas, una brecha que va aumentando.

⁵ El Convenio los define como «aquel que sea tenido o esté destinado a ser tenido por el hombre, en particular en su propia vivienda, para que le sirva de esparcimiento y le haga compañía».

⁶ AZPITARTE GARCÍA, Virtudes: *Nietzsche y los animales*. Más allá de la cultura y la justicia. Tirant lo Blanch. 2021.

⁷ ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier: Constitución, ley, jueces: sobre la transformación de la relación entre normas y operadores jurídicos, Fundación Coloquio Jurídico Europeo. 2023. *En imprenta*.

⁸ DÍEZ PICAZO, Luis: Constitución, ley, juez, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 15, septiembre-diciembre de 1985, 22.

⁹ ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier: Constitución, ley, jueces: sobre la transformación de la relación entre normas y operadores jurídicos, Fundación Coloquio Jurídico Europeo. 2023. *En imprenta*.

¹⁰ El BOCG de 13 de octubre de 2017 publicó una Proposición de Ley (Grupo Popular) de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales. Boletín Oficial de las Cortes. Congreso de los diputados. XIV Legislatura. Serie B: Proposiciones de Ley 14 de octubre de 2021, núm. 157-7, pág. 1. https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-157-7.PDF

¹¹ ALEXY, Robert: «Balancing, Constitutional Review and Representation», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, núm. 4, 2005, 572 y sigs.; ID., Constitutional Rights, Democracy and Representation, *Rivista di Filosofia del Diritto*, IV/1, 2015, 28 y sigs.

¹² CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo. Crisis de pareja y animales domésticos, en caso de desacuerdo: ¿una "pertenencia" de la vivienda familiar?, *Revista Actualidad Civil*, núm. 7-8 (2020) pág. 2 (La Ley 9843/2020).

¹³ CASAS DÍAZ, Laura, CAMPS I VIDELLETT, Xavier. Las crisis matrimoniales y los animales de compañía: una aproximación práctica desde el ejercicio de la abogacía, *Revista Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)* Vol. 10, núm. 1 (2019) pág., 78, DOI: <https://doi.org/10.5565/rev/da.397>

¹⁴ AAP Provincial de Barcelona. Sección: Duodécima. Auto de 5 de abril de 2006. Ponente: José Pascual ORTUÑO MUÑOZ. Número Sentencia: 78/2006 Número Recurso: 1055/2005.

¹⁵ El auto pone de relieve el enorme valor económico de la mascota (perro raza Golden Retriever, «y el inestimable aprecio que generan a sus poseedores, por sus cualidades de lazarillo, de acompañante de personas que viven solas, de auxiliador en catástrofes, de co-

Las mascotas seres con sensibilidad y miembros cuasifamiliares

laborador en la caza o en las tareas agrícolas y ganaderas. También está fuera de duda la importancia de la sensibilización de las personas, niños y adultos, hacia el cuidado y amor hacia los animales que, en definitiva, es muestra inequívoca del aprecio por la naturaleza».

Se pone de manifiesto en el auto también, como «la industria veterinaria, en la vertiente urbana que tiene por pacientes a mascotas domésticas, está en auge, al igual que otros negocios que hace algunos años hubieran causado asombro, como los hoteles para perros y gatos, las secciones de gourmet alimentario en supermercados para esta clientela, o cementerios para ilustres finados de este género animal».

¹⁶ SAP de Málaga. Sección: Sexta. Sentencia de 12 de abril de 2012. Ponente: José Javier DÍEZ NÚÑEZ. Número Sentencia: 182/2012 Número Recurso: 192/2012.

¹⁷ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Murcia. Sección: Cuarta. Sentencia de 21 de junio de 2019. Ponente: Ana BERMEJO PÉREZ. Número Sentencia: 108/2019 Número Recurso: 1041/2018. Numroj: SJPI 93:2019. Ecli: ES:JPI:2019:93.

¹⁸ SAP de Navarra. Sección: Segunda. Sentencia de 9 de octubre de 2013. Ponente: Francisco José GOYENA SALGADO. Número Sentencia: 182/2013 Número Recurso: 331/2012.

¹⁹ SAP de Barcelona. Sección: Duodécima. Sentencia de 10 de julio de 2014. Ponente: Juan Miguel JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN. Número Sentencia: 465/2014 Número Recurso: 1152/2013.

²⁰ SAP de Málaga. Sección: Sexta. Sentencia de 24 de noviembre de 2016. Ponente: María de la Soledad JURADO RODRÍGUEZ. Número Sentencia: 818/2016. Número Recurso: 59/2016. Numroj: SAP MA 2937/2016. Ecli: ES:APMA:2016:2937.

²¹ SAP de Asturias. Sección: Cuarta. Sentencia de 21 de junio de 2017. Ponente: Ángel Luis CAMPO IZQUIERDO. Número Sentencia: 244/2017. Número Recurso: 191/2017. Numroj: SAP O 1845:2017. Ecli: ES:APO:2017:1845.

²² Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Valladolid. Sección: Novena. Sentencia de 27 de mayo de 2019. Ponente: Luis Carlos TEJEDOR MUÑOZ. Número Sentencia: 88/2019. Número Recurso: 1068/2018. Numroj: SJPI 88:2019. Ecli: ES:JPI:2019:88.

²³ SAP de Gerona. Sección: Primera de 02/07/2020. Ponente: Fernando FERRERO HIDALGO. Número Sentencia: 933/2020 Número Recurso: 342/2020. Numroj: SAP GI 949/2020. Ecli: ES:APGI:2020:949.

²⁴ SAP de Valencia. Sección: Sexta. Sentencia de 25 de septiembre de 2020. Ponente: María Eugenia FERRAGUT PÉREZ Número Sentencia: 418/2020 Número Recurso: 315/2020. Numroj: SAP V 3901/2020. Ecli: ES:APV:2020:3901.

²⁵ SAP de Tenerife. Sección: Primera. Sentencia de 24/06/2021. Ponente: Antonio María RODERO GARCÍA. Número Sentencia: 297/2021 Número Recurso: 296/2021. Numroj: SAP TF 1702/2021. Ecli: ES:APTF:2021:1702.

²⁶ ATS, Sala: Primera Sección: Primera. Auto de 14 de julio de 2021. Ponente: Francisco MARÍN CASTÁN. Número Recurso: 1857/2020. Numroj: ATS 9873:2021. Ecli: ES:TS:2021:9873A.

²⁷ Sentencia de la AP de Toledo. Sección: Primera. Sentencia de 22 de septiembre de 2021. Número Sentencia: 1220/2021 Número Recurso: 554/2021. Numroj: SAP TO 1780/2021. Ecli: ES:APTO:2021:1780.

²⁸ Auto del Juzgado de Primera Instancia de Oviedo, de 3 de enero de 2022. Número Sentencia: 9/2022 Número Recurso: 339/2021.

²⁹ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Vigo. Sección: Duodécima. Sentencia de 2 de febrero de 2022. Ponente: María de los Ángeles MARTÍNEZ URREA. Número Sentencia: 63/2022 Número Recurso: 69/2021. Numroj: AJPI 126/2022. Ecli: ES:JPI:2022:126.⁸

³⁰ AAP de Barcelona. Sección: Duodécima. Auto de 15 de febrero de 2022. Ponente: Vicente Ataúlfo BALLESTA BERNAL. Número Sentencia: 52/2022 Número Recurso: 104/2021. Numroj: AAP B 806/2022. Ecli: ES:APB:2022:806A.

³¹ SAP de La Rioja. Sección: Primera. Sentencia de 3 de junio de 2022. Ponente: Fernando SOLSONA ABAD. Número Sentencia: 168/2022 Número Recurso: 134/2022. Numroj: SAP LO 246:2022. Ecli: ES:APLO:2022:246. T OL9.172.568.

³² SAP de La Rioja. Sección: Primera. Sentencia de 3 de junio de 2022. Ponente: Fernando SOLSONA ABAD. Número Sentencia: 168/2022 Número Recurso: 134/2022. Numroj: SAP LO 246:2022. Ecli: ES:APLO:2022:246.

1.2. Derecho de Familia

El régimen jurídico del derecho de visitas,
comunicación y estancias.
En especial, en los casos de violencia de género
y violencia vicaria

*The legal regime of the right of visits,
communication and stays.
Especially, in cases of gender-based violence
and vicarious violence*

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora contratada Doctora de Derecho civil. UCM

RESUMEN: La crisis matrimonial o de pareja determina entre otras medidas que la titularidad de la patria potestad corresponde a ambos progenitores o bien se priva a uno de ellos de la misma, si concurre causa legal para ello. Asimismo, el ejercicio de la guarda y custodia puede corresponder a ambos progenitores —guarda y custodia compartida, o a uno solo— guarda y custodia exclusiva. En ambos supuestos, al progenitor no custodio le corresponde un derecho de visitas, comunicación y estancia con sus hijos menores de edad o mayores de edad discapacitados, al igual que se puede acordar un derecho de visitas a favor de los abuelos, parientes y allegados, subordinado en su alcance, en todo caso, al de los progenitores. El presente estudio se va a centrar en el régimen de derecho de visitas, comunicación y estancia de los progenitores y las consecuencias que se derivan respecto a su existencia, suspensión, supresión o, su no establecimiento, ante situaciones de conflictividad entre aquellos, violencia de género, violencia doméstica y violencia vicaria.

SUMMARY: *The marital or couple crisis determines, among other measures, that the ownership of parental authority corresponds to both parents or one of them is deprived of it, if there is a legal cause for it. Likewise, the exercise of guardianship and custody may correspond to both parents —guardianship and joint custody, or to only one— guardianship and exclusive custody. In both cases, the non-custodial parent has a right to visit, communicate and stay with their minor children or disabled adults, as well as a right to visit in favor of grandparents, relatives and relatives, subordinate in scope, in any case, to that of the parents. The present study is going to focus on the regime of visitation rights, communication and stay of the parents and the consequences that derive from their existence, suspension, suppression or, their non-establishment, in situations of conflict between them, violence of gender, domestic violence and vicarious violence.*

Ana Isabel Berrocal Lanzarot

PALABRAS CLAVE: Guarda y custodia. Derecho de visitas. Comunicación y estancia. Hijos menores de edad. Hijos mayores de edad discapacitados. Conflictividad. Violencia de género. Violencia doméstica. Violencia vicaria. Privación de la patria potestad.

KEY WORDS: *Guardianship and custody. Visitation rights. Communication and stay. Minor children. Disabled adult children. Conflict. Gender violence. Domestic violence. Vicarious violence. Deprivation of parental authority.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LA PATRIA POTESTAD.—III. EL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS EN SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIAL Y DE PAREJA.—IV. DERECHO DE VISITA, COMUNICACIÓN Y ESTANCIA POR EL PROGENITOR NO CUSTODIO Y OTROS PARIENTES: 1. CONCEPTO, FUNDAMENTO Y NATURALEZA DEL DERECHO DE VISITAS, COMUNICACIÓN Y ESTANCIA CON EL PROGENITOR NO CUSTODIO, ABUELOS, OTROS PARIENTES Y ALLEGADOS. 2. TITULAR ACTIVO Y CONTENIDO DEL DERECHO DE VISITA, COMUNICACIÓN Y ESTANCIA CON EL PROGENITOR NO CUSTODIO. 3. EL RÉGIMEN DE VISITAS, COMUNICACIÓN Y ESTANCIA DEL PROGENITOR NO CUSTODIO ANTE SITUACIONES DE VIOLENCIA DE GÉNERO, VIOLENCIA DOMÉSTICA Y VIOLENCIA VICARIA: A) *Planteamiento de recurso de inconstitucionalidad y cuestión de inconstitucionalidad del artículo 94 apartado 4 del Código Civil. Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional, sección Pleno, de 13 de septiembre de 2022.* B) *Constitucionalidad o no del artículo 92.7 del Código Civil y del artículo 80.6 del Código Civil foral de Aragón.* C) *Derecho de visita, comunicación y estancia, presunción de inocencia, tutela judicial efectiva y derechos de defensa. Su compatibilidad.* D) *Planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en relación con el artículo 92.7 del Código Civil.* 4. LA ORDEN DE PROTECCIÓN Y ARTÍCULO 158 DEL CÓDIGO CIVIL: MEDIDAS PENALES Y CIVILES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La patria potestad se configura como un conjunto de derechos y deberes que, determina su calificación como función que se ejerce en interés y beneficio de los hijos, y donde las actuaciones de los padres deben estar presididas por el respeto a la personalidad de estos, ajustándose en cada momento a las exigencias específicas que su desarrollo personal exige y demanda. Solo los padres pueden ser titulares de la misma, y, como tal institución, las facultades que la integran tienen el carácter de intransferible, irrenunciables, imprescriptible e indisponible y de carácter social¹. Se impide al titular el abandono de las finalidades que su cumplimiento persigue y no se otorga virtualidad extintiva a la dejación del ejercicio. En definitiva, lo que prima en esta institución es la idea de beneficio o interés de los hijos, conforme establece dentro del título VII «De las relaciones paterno-filiales», del libro I del Código Civil, que regula los derechos y deberes de los padres, que derivan de la titularidad de la potestad (arts. 154 a 171)².

Asimismo, la patria potestad actúa, por un lado, como derecho inherente a la paternidad y maternidad y tiene un indudable carácter de tutela que la configura como institución a favor de los hijos³; y, por otro, se ejerce, por regla general, de

forma conjunta por ambos progenitores —patria potestad dual—, y forma parte de la misma un conjunto de deberes y derechos, entre los que se incluyen el de guarda y custodia de los hijos menores de edad.

En este contexto, la titularidad de la patria potestad de los hijos no emancipados, y como regla general, el ejercicio de la misma corresponde conjuntamente a los progenitores —patria potestad dual— (art. 154, párrafo primero CC). Esta potestad que corresponde a los padres sobre los hijos, pueden ejercerla ambos progenitores de la manera que, estimen más conveniente; si bien, siempre ha de estar presidida por el interés o beneficio del menor⁴. Lo cierto es que, el principio de primacía del interés del menor, la consecución de su beneficio, y el respeto a su personalidad deben constituir los parámetros a los que se debe recurrir a los efectos de interpretar, integrar y aplicar el régimen jurídico de la patria potestad; y, se debe mantener y respetar cuando tiene lugar la crisis matrimonial⁵. De forma que, cuando en el ejercicio de la patria potestad los padres incumplen los deberes inherentes a la misma, esto es, pongan en peligro el bienestar del menor, la intervención de los poderes públicos en la autonomía familiar está plenamente justificada; si bien, tal nivel de intervención debe ser siempre proporcional a la necesidad de una adecuada protección del menor y, asimismo, debe tenerse en cuenta que esta corresponde en primer lugar a los padres⁶.

Como ha precisado la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de julio de 2002⁷ la patria potestad se configura como «una función instituida en beneficio de los hijos, que abarca un conjunto de derechos concedidos por la Ley a los padres sobre la persona y bienes de los descendientes en tanto son menores y no emancipados, para facilitarles el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesa sobre dichos progenitores; y constituye una relación central de la que irradian multitud de derechos y deberes instituidos todos ellos, no en interés del titular, sino en el del sujeto pasivo»⁸.

Entre el conjunto de deberes y derechos incluidos en la patria potestad, se encuentra el de guarda y custodia de los hijos menores de edad. En los casos de ruptura de la convivencia, la patria potestad la continúan ejerciendo ambos progenitores; si bien, ha de consensuar todas aquellas decisiones que, afecten al desarrollo de la vida de los hijos menores.

Ahora bien, en caso de no existir parientes o allegados adecuados o en el caso de no prestar estos el consentimiento a la asunción de las funciones de guarda, el juez deberá acordar la guarda administrativa (art. 172 CC). Esta guarda tiene carácter provisional, sin perjuicio de la posterior declaración de desamparo que, comporta la asunción por parte de la Administración de la tutela y la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria de forma automática, manteniendo la validez de los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y sean beneficiosos para él.

En este contexto, el artículo 156 del Código Civil establece que, la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. En consecuencia, serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.

Si existe desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, cualquiera de los dos podrá acudir a la autoridad judicial, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir a uno de los dos progenitores. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirla total o parcialmente a uno

de los progenitores o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años. En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro.

Por su parte, en defecto o por ausencia o imposibilidad de uno de los progenitores, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.

En fin, si los progenitores viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, la autoridad judicial, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre ambos las funciones inherentes a su ejercicio.

A esto se añade en el apartado 2 del citado precepto una importante reforma en la cuestión relativa al ejercicio de la patria potestad en casos de violencia de género. Así dispone: *«Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de este para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Lo anterior será igualmente aplicable, aunque no se haya interpuesto denuncia previa, cuando la mujer esté recibiendo asistencia en un servicio especializado de violencia de género, siempre que medie informe emitido por dicho servicio que acredite dicha situación. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de estos»*. Por tanto, ante una sentencia condenatoria y no se haya extinguido la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento de violencia de género o doméstica se puede prestar asistencia psicológica y terapéutica a los hijos/as menores de edad, sin necesidad de consentimiento del cónyuge maltratador, que ya no se puede amparar en que se trata de una medida que afecta a la titularidad de la patria potestad y se debe contar con su consentimiento. Ahora bien, de no existir denuncia previa, si la mujer está recibiendo atención por un servicio especializado de violencia de género, se podrá optar también por la medida expuesta. En cualquier caso, si se trata de hijos/as mayores de dieciséis años, se precisará su consentimiento para la prestación de la correspondiente atención o asistencia terapéutica.

En este contexto, en el divorcio con violencia de género debemos, asimismo, referirnos a la posibilidad de la adopción de la medida civil de privación de la patria potestad, tal y como establece el artículo 170 del Código Civil: *«el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación»*⁹; y, también, el artículo 92.3 de este mismo cuerpo legal, pues, en la sentencia de nulidad, separación o divorcio se puede acordar la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

En el ámbito penal, el artículo 55 del Código Penal impone la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, cuando la pena de prisión es igual o superior a diez años, salvo que aquella ya estuviere prevista como pena principal para el supuesto de que se trate. El juez podrá además disponer la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o

acogimiento, o bien la privación de la patria potestad, cuando estos derechos hubieren tenido relación directa con el delito cometido. Esta vinculación deberá determinarse expresamente en la sentencia.

Efectivamente, se trata de una pena de carácter accesorio y potestativo en su adopción por el juez; y opera siempre que no se hubiera establecido como pena principal la privación o suspensión de la patria potestad.

También se impone como pena accesoria por los jueces o tribunales en las penas de prisión inferiores a diez años, atendiendo a la gravedad del delito (art. 56.1.3.^o).

Como indica el artículo 46 del citado cuerpo legal, la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva a la persona condenada de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. La pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo aquellos derechos de los que sea titular el hijo o la hija respecto de la persona condenada que se determinen judicialmente. La autoridad judicial podrá acordar estas penas respecto de todas o algunas de las personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que estén a cargo de la persona condenada. Se puede adoptar en delitos: de maltrato en el ámbito familiar (art. 153.3)¹⁰; de amenazas (arts. 171.4 y 5)¹¹; de coacciones (art. 172.2); contra la integridad moral (art. 173.2); corrupción de menores (art. 192.3); sustracción de menores (art. 225 bis); y abandono de familia (arts. 226 y 233.1).

En todo caso, para concretar qué derechos de las personas menores de edad o personas con discapacidad han de subsistir en caso de privación de la patria potestad y para determinar respecto de qué personas se acuerda la pena, la autoridad judicial valorará el interés superior de la persona menor de edad o con discapacidad en relación a las circunstancias del caso concreto.

En el supuesto de asesinato u homicidio de uno de los cónyuges (o pareja) por parte de otro cónyuge y tuviesen un hijo o hija en común, la autoridad judicial impondrá al autor de los delitos como obligatoria la pena de privación de la patria potestad. La misma pena se impondrá cuando la víctima fuere hijo o hija del autor, respecto de otros hijos e hijas, si existieren (arts. 140 bis.2 y 3 CP).

En general, la jurisprudencia de la Sala de lo Penal ha sido reacia a la adopción de la pena de privación de la patria potestad, sin perjuicio que en la vía civil se pudiera acordar esta medida. Como exponente de esta resistencia a la aplicación en el propio proceso penal de esta pena de privación de la patria potestad, podemos señalar, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo 780/2000, de 11 de septiembre¹²; 568/2001, de 6 de julio¹³; y, 750/2008, de 12 de noviembre¹⁴. El Pleno no Jurisdiccional de Sala de 26 de mayo de 2000 acordó la no privación de la patria potestad estimando el recurso del condenado. Actualmente, al contar con la nueva redacción del artículo 55 del Código Penal y, que se debe acordar la privación en el propio proceso penal evitando con ello dilaciones que siempre son perjudiciales, y pueden ocasionar un daño irreparable en el desarrollo del hijo menor; la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal (Pleno), de 30 de septiembre de 2015¹⁵ avala la privación de la patria potestad por vía penal en los intentos de asesinatos de la pareja presenciados por los hijos. Además de imponer en este caso la pena de alejamiento del padre en relación con la hija menor, como simple consecuencia de la privación de la patria potestad.

Sobre tales bases, el principio de interés superior del menor supone que, este tiene un estatuto jurídico propio que, debe ser respetado y es indisponible

por las partes; es un interés prevalente, incluso por encima del interés legítimo de sus progenitores¹⁶; se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos de forma prioritaria y preferente a las demás partes implicadas, debido a su falta de capacidad para actuar defendiendo sus propios intereses; es un criterio básico que ha de inspirar tanto la actuación de los particulares como de los poderes públicos, y en relación con estos últimos, y concretamente referido a la actuación jurisdiccional, determina que el juez ha de resolver *ex officio* sobre lo que concierne a los menores, no estando sujeto a la petición de parte; es un principio de orden público y, en consecuencia, debe ser observado por los jueces y tribunales¹⁷; ha de ser precisado caso por caso, en base a la información y pruebas practicadas que deben ser valoradas, y dando lugar a una decisión motivada. Y se introduce como una cláusula general que comprende un principio general del derecho y se expresa normativamente por medio de un concepto jurídico indeterminado¹⁸.

Ciertamente, el interés superior del menor se reconoce como principio rector del derecho a mantener relaciones paternofiliales en las normas, acuerdos y tratados internacionales rubricados por España, lo que conecta, a través del artículo 10.2 de la Constitución española con nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5). A ello se añade que, de modo expreso, el artículo 39.4 de la Constitución española dispone que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos»; de tal modo que, este precepto constitucional prevé una protección integral del niño, que deberá ajustarse a lo prescrito en los convenios internacionales ratificados por España.

La Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en vigor desde el 2 de septiembre de 1990 y ratificada el 30 de noviembre de 1990, consagra el «interés superior del menor» como un principio que, proyectado también sobre los órganos legislativos, debe tener una «consideración primordial» por los Estados parte. Así, el artículo 3.1 de la indicada Convención establece que «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño» (STC 81/2021, de 19 de abril, FJ 2 C)]. En su artículo 9.3 se establece que «los Estados parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño». Y en el artículo 19.2 establece que «los Estados parte adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los progenitores, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo».

También el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 29 de mayo de 1993, ratificado el 30 de junio de 1995, reconoce el «interés superior del niño» y «el respeto de los derechos fundamentales» como principios rectores en este caso de las adopciones internacionales. En fin, nuevamente como «consideración primordial» es calificado «el interés superior del niño» en el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de

responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, ratificado el 28 de mayo de 2010.

En el marco de la Unión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales (en adelante, CDFUE) reconoce que la opinión del menor será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez. Afirma que el «interés superior del menor» es «una consideración primordial» en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones. Reconociendo el derecho de todo niño «a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses» (art. 24 del CDFUE).

Entre el conjunto de deberes y derechos incluidos en la patria potestad, se encuentra el de guarda y custodia de los hijos menores de edad. En los casos de ruptura de la convivencia, la patria potestad la continúan ejerciendo ambos progenitores; si bien, ha de consensuar todas aquellas decisiones que, afecten al desarrollo de la vida de los hijos menores.

Ahora bien, cuando la patria potestad y la tutela ordinaria resultan insuficientes para dotar a los menores de la necesaria asistencia personal y patrimonial, la intervención de los poderes públicos mediante un sistema de carácter global, determina que, el cuerpo normativo español ha incorporado, precisamente, importantes avances en la defensa de los derechos de las personas menores de edad, así como en su protección frente a la violencia: la reforma operada en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LOPJM), por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio (en adelante, LO 8/2015); y la Ley 26/2015, de 28 de julio (en adelante, Ley 26/2015), ambas de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, que introduce como principio rector de la actuación administrativa el amparo de las personas menores de edad contra todas las formas de violencia, incluidas las producidas en su entorno familiar, de género, la trata y el tráfico de seres humanos y la mutilación genital femenina, entre otras. De acuerdo a la Ley, los poderes públicos tienen la obligación de desarrollar actuaciones de sensibilización, prevención, asistencia y protección frente a cualquier forma de maltrato infantil, así como de establecer aquellos procedimientos necesarios para asegurar la coordinación entre las Administraciones públicas competentes y, en este orden, revisar en profundidad el funcionamiento de las instituciones del sistema de protección a las personas menores de edad y constituir así una protección efectiva ante las situaciones de riesgo y desamparo.

No obstante, a pesar de dichos avances normativos, el Comité de Derechos del Niño, con ocasión del examen de la situación de los derechos de la infancia en España en 2018, reiteró a nuestro país la necesidad de la aprobación de una ley integral sobre la violencia contra los niños y niñas, de alcance normativo análogo a la aprobada en el marco de la violencia de género.

De ahí, que, con objeto de cumplir tal mandato, avanzar en la defensa de los derechos de las personas menores, así como reforzar su protección frente a la violencia, se aprueba la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (en adelante, LOPIVI) como ley integral y con un alcance multidimensional en cuanto abarca desde la prevención detección precoz hasta la actuación inmediata y eficaz frente a la violencia sobre los menores y adolescentes. Nadie duda que, la violencia sobre personas menores de edad es una realidad execrable y extendida a pluralidad de frentes (social, familiar, escolar). En numerosas ocasiones pasa desapercibida por la intimidad

de los ámbitos en la que tiene lugar parte de la violencia —como el reciente caso de maltrato de ocho hijos por sus padres en Colmenar Viejo (Comunidad de Madrid)—. Ciertamente, la lucha para erradicar la violencia contra la infancia y la adolescencia es un imperativo de derechos humanos. De ahí, el modelo de protección basado en el enfoque de derechos humanos que, supone priorizar la prevención frente a la atención y la reparación, operar sobre un enfoque integral basado en la interdependencia de todos los derechos y la corresponsabilidad de todos los sujetos públicos o privados obligados a garantizar la protección integral de los menores y adolescentes y, en la necesaria participación en la toma de decisiones que les pueden afectar directa o indirectamente. Precisamente, desde la Convención sobre los Derechos del Niño se ha consolidado la consideración de este como titular de derechos que, hay que respetar y proteger. Lo que también alcanza aquellos niños, niñas y adolescentes con discapacidad, sujetos especialmente vulnerables y con mayores dificultades para acceder al ejercicio de sus derechos en igualdad de oportunidades. No obstante, un notable avance ha tenido lugar con la aprobación 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, adecuando con ello nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Se basa esta Ley en el respecto de la dignidad de la persona con discapacidad, en la tutela de sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso pueda necesitar la persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás. Por lo que, ante situaciones de violencia ofrece soluciones, como veremos, en relación con el derecho de visitas, precisamente, al modificar el artículo 94 del Código Civil.

Por otra parte, la LOPIVI otorga un papel primordial a la familia y la califica como entorno seguro, a la vez que implica a las Administraciones públicas para su consecución. Así estas en el ámbito de sus respectivas competencias deberán proporcionar a las familias en sus múltiples formas, y a aquellas personas que convivan habitualmente con niños, niñas y adolescentes, para crear un entorno seguro, el apoyo necesario para prevenir desde la primera infancia factores de riesgo y fortalecer los factores de protección, así como apoyar la labor educativa y protectora de los progenitores, o de quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, para que puedan desarrollar adecuadamente su rol parental o tutelar. Esta actuación, prevista en el artículo 26.1 de la mencionada norma, implica que dentro de los planes y programas de prevención las Administraciones públicas deberán incluir, como mínimo, un análisis de la situación de la familia en el territorio de su competencia, que permita identificar sus necesidades y fijar los objetivos y medidas a aplicar.

De forma que, considerando a la familia como entorno seguro, las medidas de prevención en el entorno familiar deberán estar enfocadas a: a) Promover el buen trato, la corresponsabilidad y el ejercicio de la parentalidad positiva; b) Promover la educación y el desarrollo de estrategias básicas y fundamentales para la adquisición de valores y competencias emocionales, tanto en los progenitores, o en quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, como en los niños y niñas de acuerdo con el grado de madurez de los mismos. En particular, se promoverá la corresponsabilidad y el rechazo de la violencia contra las mujeres y niñas, la educación con enfoque inclusivo y el desarrollo de estrategias durante la primera infancia destinadas a la adquisición de habilidades para una crianza que

permita el establecimiento de un lazo afectivo fuerte, recíproco y seguro con sus progenitores, o con quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento; c) Promover la atención a las mujeres durante el período de gestación y facilitar el buen trato prenatal. Esta atención deberá incidir en la identificación de aquellas circunstancias que puedan influir negativamente en la gestación y en el bienestar de la mujer, así como en el desarrollo de estrategias para la detección precoz de situaciones de riesgo durante el embarazo y de preparación y apoyo; d) Proporcionar un entorno obstétrico y perinatal seguro para la madre y el recién nacido e incorporar los protocolos, con evidencia científica demostrada, para la detección de enfermedades o alteraciones genéticas, destinados al diagnóstico precoz y, en su caso, al tratamiento y atención sanitaria temprana del o la recién nacido; e) Desarrollar programas de formación a adultos y a niños, niñas y adolescentes en habilidades para la negociación y resolución de conflictos intrafamiliares; f) Adoptar programas dirigidos a la promoción de formas positivas de aprendizaje, así como a erradicar el castigo con violencia física o psicológica en el ámbito familiar; g) Crear los servicios necesarios de información y apoyo profesional a los niños, niñas y adolescentes a fin de que tengan la capacidad necesaria para detectar precozmente y rechazar cualquier forma de violencia, con especial atención a los problemas de las niñas y adolescentes que por género y edad sean víctimas de cualquier tipo de discriminación directa o indirecta; h) Proporcionar la orientación, formación y apoyos que precisen las familias de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad, a fin de permitir una atención adecuada de estos en su entorno familiar, al tiempo que se fomenta su grado de autonomía, su participación activa en la familia y su inclusión social en la comunidad; i) Desarrollar programas de formación y sensibilización a adultos y a niños, niñas y adolescentes, encaminados a evitar la promoción intrafamiliar del matrimonio infantil, el abandono de los estudios y la asunción de compromisos laborales y familiares no acordes con la edad.

En cuanto a la parentalidad positiva indicada como actuación preventiva primordial en el ámbito familiar, el artículo 26.3 a) de la LOPIVI la define como «el comportamiento de los progenitores, o de quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, fundamentado en el interés superior del niño, niña o adolescente y orientado a que la persona menor de edad crezca en un entorno afectivo y sin violencia que incluya el derecho a expresar su opinión, a participar y ser tomado en cuenta en todos los asuntos que le afecten, la educación en derechos y obligaciones, favorezca el desarrollo de sus capacidades, ofrezca reconocimiento y orientación, y permita su pleno desarrollo en todos los órdenes».

En ningún caso las actuaciones para promover la parentalidad positiva deben ser utilizadas con otros objetivos en caso de conflicto entre progenitores, separaciones o divorcios, ni para la imposición de la custodia compartida no acordada. Tampoco debe ser relacionada con situaciones sin aval científico como el síndrome de alienación parental (SAP). Por lo que, no procede alegarlo en los supuestos de ruptura familiar para obtener la guarda y custodia exclusiva o compartida, o un eventual el derecho de vistas.

Ahora bien, con el objeto de favorecer la parentalidad positiva, las Administraciones públicas impulsarán medidas de política familiar encaminadas a apoyar los aspectos cualitativos de aquella en progenitores o quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento. En particular, las destinadas: 1. A prevenir la pobreza y las causas de exclusión social; 2. Favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral en el marco del diálogo social, a través de horarios y condiciones de trabajo que permitan atender adecuadamente las responsabilidades derivadas

de la crianza; y, 3. Potenciar el ejercicio igualitario de dichas responsabilidades por hombres y mujeres.

Por su parte, la disposición final segunda de la LOPIVI modifica el artículo 92 del Código Civil para reforzar el interés superior del menor en los procesos de separación, nulidad y divorcio, así como para asegurar que existan las cautelas necesarias para el cumplimiento de los regímenes de guarda y custodia. A tal fin, dispone el mencionado artículo 92 en su número 2 del Código Civil que, el juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión; y añade en su número 10 que, el juez adoptará, al acordar fundadamente el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación, las cautelas necesarias, procedentes y adecuadas para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos.

Por su parte, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, y en vigor desde el 1 de agosto de 2014¹⁹, establece que las partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que, en el momento de estipular los derechos de visita relativos a los hijos, se tengan en cuenta los incidentes de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente convenio y que el ejercicio de ningún derecho de visita ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños (art. 31). Recuerda que los Estados parte pueden adoptar en relación con los autores de los delitos previstos en el convenio, medidas como la pérdida de sus derechos dimanantes de la patria potestad si el interés superior del menor, que puede incluir la seguridad de la víctima, no se puede garantizar de ninguna otra forma (art. 45).

En este contexto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través de la interpretación del artículo 8 del Convenio Europea de derechos humanos, ha indicado que «para un progenitor y su hijo, el estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar» (SSTEDH de 16 de septiembre de 1999, asunto *Buscemi c. Italia*, § 53; de 3 de mayo de 2011, asunto *Saleck Bardi c. España*, § 50, y de 5 de noviembre de 2009, asunto *R.M.S. c. España*, § 68) y cualquier injerencia en la vida familiar debe estar «prevista en la ley», y que «sea una medida necesaria en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y libertades de los demás». La «desintegración de una familia constituye una medida muy grave que debe reposar en consideraciones inspiradas en el interés del niño y tener bastante peso y solidez» (STEDH de 13 de julio de 2000, asunto *Scozzari y Giunta c. Italia*, § 148). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado en numerosas ocasiones que «el artículo 8 implica el derecho de un progenitor, a medidas propias para reunirse con su hijo y la obligación de las autoridades a tomarlas» (SSTEDH de 22 de junio de 1989, asunto *Eriksson c. Suecia*, § 71, y de 27 de noviembre de 1992, asunto *Olsson c. Suecia*, § 90).

En todo caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos «observa que un respeto efectivo de la vida familiar impone que las relaciones futuras entre progenitor e hijo se ajusten sobre la única base del conjunto de los elementos pertinentes, y no por el simple paso del tiempo» (SSTEDH de 2 de septiembre de 2010, asunto *Mincheva c. Bulgaria*, § 82, y de 3 de mayo de 2011, asunto *Saleck Bardi c. España*, § 82), pues «el paso del tiempo puede tener consecuencias irre-

mediables para las relaciones entre el niño y los progenitores que no viven con él (STEDH *Saleck Bardi c. España*, § 52).

Al respecto, existe un amplio consenso de que en todas las decisiones relativas a los niños debe prevalecer su interés superior (SSTEDH de 6 de julio de 2010, asunto *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, § 135; y de 26 de noviembre de 2013, asunto *X c. Letonia*, § 96). El interés superior del menor, dependiendo de su naturaleza y gravedad, puede condicionar el interés de los padres (STEDH de 8 de julio de 2003, asunto *Sahin c. Alemania*, § 66). Sin embargo, el interés de estos últimos, especialmente en tener contacto regular con su hijo, sigue siendo un factor a tener en cuenta al equilibrar los diversos intereses en juego (STEDH de 6 de julio de 2010, asunto *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, § 134). Es, en interés del niño que, los lazos con su familia deben mantenerse, excepto en los casos en los que la familia ha demostrado ser particularmente inadecuada. De ello se deduce que los lazos familiares solo pueden romperse en circunstancias muy excepcionales y que se debe hacer todo lo posible para mantener las relaciones personales y, en su caso, si llega el momento, «reconstruir» la familia (SSTEDH de 19 de septiembre de 2000, asunto *Gnahoré c. Francia*, § 59, y de 6 de septiembre de 2018, asunto *Jansen c. Noruega*, § 88-93).

Por lo que, al evaluar lo que se considera el interés superior del niño, las autoridades nacionales no deben desconocer que «respecto a la protección de la integridad física y moral de las personas frente a terceros, el Tribunal ya expuso que las obligaciones positivas impuestas a las autoridades —en ocasiones en virtud del artículo 2 o del 3 del Convenio aunque a veces del 8 o de este en concurso con el artículo 3— pueden implicar que haya un deber de poner en funcionamiento un marco jurídico adaptado para proteger contra los actos de violencia que podrían cometer los particulares» y específicamente «en cuanto a los niños, especialmente vulnerables, los mecanismos creados por el Estado para protegerles de actos de violencia que entren en el ámbito de aplicación de los artículos 3 y 8, deben ser eficientes e incluirán medidas razonables de prevención del maltrato en relación con el cual las autoridades tengan o deberían haber tenido conocimiento así como una prevención eficaz que, proteja a los niños de formas tan serias como de atentar contra la integridad personal» (SETDH, Gran Sala, de 12 de noviembre de 2013, asunto *Söderman c. Suecia*, § 82 y 83, y las que allí se citan). También hay que ponderar las consecuencias negativas a largo plazo que pueda sufrir el menor por la pérdida del contacto con sus padres y la obligación positiva de adoptar medidas que faciliten la reunión de la familia tan pronto como sea realmente posible (STEDH *Jasen c. Noruega*, § 104).

En este contexto, el presente estudio se va a centrar en analizar el régimen jurídico y el ejercicio del derecho de visitas del progenitor no custodio; en especial, cuando hay situaciones de conflicto, o de violencia de género, violencia doméstica o violencia vicaria. Procederemos, en primer lugar, a analizar de modo sucinto, los diferentes modos de ejercer la patria potestad en caso de nulidad, separación y divorcio, destacando la no atribución de la guarda y custodia compartida en casos de violencia de género; para luego, proceder a tratar también de forma concisa, el régimen jurídico del derecho de visitas; y, finalizar con el tratamiento del derecho de visitas en supuesto de violencia de género y las medidas civiles y penales que se pueden adoptar tras una orden de protección o las previstas en el artículo 158 del Código Civil.

No obstante, antes de proceder al oportuno desarrollo de la materia, nos parece adecuado señalar que, ante esta lacra que constituye la violencia de género y violencia vicaria, además de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre,

de las relaciones de aquel, con la consecuencia de poder actuar con cierta discrecionalidad y arbitrio. Lo dicho, por tanto, supone la posibilidad de prohibir o limitar cierto tipo de relaciones en general o las relaciones con determinadas personas, si bien no de un modo absoluto²².

Ahora bien, esta facultad de control de la vida de relación del menor o, en su caso, de la persona con la capacidad modificada judicialmente encuentra una doble limitación legal: por un lado, su ejercicio debe efectuarse en la medida de las necesidades del hijo menor o incapacitado, o como dice el artículo 154 del Código Civil «de acuerdo con su personalidad»; lo que, a partir del reconocimiento de un ámbito de libertad progresivamente creciente en aquel, determinará que alcanzando una cierta edad, solo con su consentimiento podrán existir determinadas relaciones con ciertos parientes o allegados; y por otro, no podrá ejercitarse impeditivamente más que si concurre «justa causa» del artículo 160.2 del Código Civil —en relación, con el artículo 90.1 b) y 2 del citado cuerpo legal—, legitimadora de la prohibición que veta los contactos entre el menor y sus abuelos y demás parientes o allegados²³.

Asimismo, todos estos derechos y deberes que integran la patria potestad se deben ejercer siempre en interés o beneficio del menor, como asimismo, las relaciones personales de los abuelos con los nietos —se presumen *iuris tantum* que, son beneficiosas para estos—²⁴, o de los hijos menores de edad con otros parientes y allegados. En el preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia se califica el interés del menor como «un concepto jurídico indeterminado que, ha sido objeto, a lo largo de estas años de diversas interpretaciones» y, por ello, con el objeto de dotar de contenido al concepto mencionado, se modifica el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM) dando una redacción más completa al mismo e incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años, como los criterios de la Observancia General número 14, de 29 de mayo de 2013 del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial²⁵.

También se indica en el citado preámbulo que «este concepto se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero, además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral». A lo que se añade que «es claro que la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenido en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio».

RIVERO HERNÁNDEZ define el interés del menor como «estándar jurídico no ético; responde a valores y criterios jurídicos y sociales (no es una abstracta idea de lo justo o de la conciencia moral) y opera en el ámbito jurídico —respuesta del Derecho a conflictos personales y sociales catalogados como jurídi-

cos—. Pero se desenvuelve, ciertamente, en el ámbito jurídico con más carga metajurídica, incluso ética, como es el Derecho de la persona y de la familia, lo que comporta que la moral social y sus valores tengan en ocasiones notable peso en la determinación del interés del menor»²⁶. Por su parte, para VERDERA IZQUIERDO resulta «prácticamente imposible, realizar y plasmar una definición única, unívoca del interés del menor, siendo un concepto limitativo e informador de otras instituciones que nos lleva a precisar el contenido de las mismas». Se debe, en consecuencia «realizar una determinación del concepto *in concreto* de acuerdo con todos los datos aportados al proceso o al supuesto particular sobre el cual se debe pronunciar el operador jurídico»²⁷. Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de junio de 2020²⁸ señala que «el interés del menor es la suma de varios factores que tienen que ver con las circunstancias personales de sus progenitores, las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, y con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del menor»; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 6 de marzo de 2020²⁹ el interés superior del menor prevalece frente al de sus progenitores.

Por su parte, las sentencias del Tribunal Constitucional 64/2019, de 9 de mayo (FJ 4.º); 178/2020, de 14 de diciembre (FJ 3.º); 81/2021, de 19 de abril (FJ 2.º); y, 131/2021, de 31 de mayo (FJ 2.º) subrayan que «el interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos». De forma que, 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 (sentencias del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio (FJ 7.º); 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3.º; y 81/2021, de 19 de abril (FJ 2.º), 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» (sentencia del Tribunal Constitucional, 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4.º).

En todo caso, la expresión de la jurisprudencia constitucional «consideración primordial» significa que dicho principio no está al mismo nivel que el de los otros intereses concurrentes, sino superior.

Asimismo, el Tribunal Constitucional viene insistiendo también en la necesidad que «todos los poderes públicos cumplan el mandato dirigido a ellos en el artículo 39 de la Constitución española y atiendan de un modo preferente a la situación del menor de edad, observando y haciendo observar el estatuto del menor como norma de orden públicos» (sentencias del Tribunal Constitucional 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3.º y 81/2021, de 19 de abril, FJ 2.º).

En esta línea, la sentencia del Tribunal Constitucional 77/2018, de 5 de julio en su *Fundamento de Derecho segundo* lo identifica como norma de derecho imperativo, al proclamar que es doctrina constitucional que «cuando está en juego el interés de los menores, sus derechos exceden del ámbito estrictamente privado y pasan a tener la consideración más cercana a los elementos de *ius cogens* que, la sentencia de este mismo Tribunal 120/1094, de 10 de diciembre en su *Fundamento de derecho segundo* reconoce que concurre en los procedimientos judiciales relativos a la familia a partir que el artículo 39.2 de la Constitución

española sanciona una protección integral de los hijos por parte de los poderes públicos» (también la sentencia del Tribunal Constitucional 185/2021, FJ 4.º).

De igual forma, se pronuncia la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en sentencia 258/2011, de 25 de abril; 823/2012, de 31 de enero de 2013 y 569/2016, de 26 de septiembre que, afirman que «la protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público». O, más recientemente, insiste en esta concepción la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, 251/2018, de 25 de abril cuando afirma que «el interés del menor constituye una cuestión de orden públicos y está por encima del vínculo parental (...). Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resultan protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses».

El interés superior del menor obliga, pues, a la autoridad judicial a un juicio de ponderación que, debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada (sentencias del Tribunal Constitucional 176/2008, de 22 de diciembre [FJ 6.º]; y 16/2016, de 1 de febrero [FJ 6.º]). Únicamente, en los supuestos en los que no pueden respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir».

Ahora bien, recordemos que, sobre la base de que el interés superior del menor se encuentra reconocido en distintos tratados internacionales suscritos por España, lo que, de acuerdo con el artículo 10.2 de la Constitución española se conecta con nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades (sentencias del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero [FJ 5.º] y 106/2022, de 13 de septiembre [FJ 2.º]).

En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 176/2008, de 22 de diciembre en su *Fundamento de derecho quinto* indica al respecto que «(...) los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores integrados en nuestro ordenamiento *ex* artículo 10.2 de la Constitución española y por expresa remisión de la propia Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero (art. 3) contemplan el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa».

Pues bien, dentro de este marco tuitivo, la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 consagra «el interés superior del menor» como principio, que proyectado también sobre los órganos legislativos, debe tener una «consideración primordial» por los Estados parte. Nuevamente, como «consideración primordial» es calificado «el interés superior del niño» en el Convenio relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, ratificado el 28 de mayo de 2010. Igualmente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea considera el interés superior del menor como «una consideración primordial» en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por las autoridades públicas o instituciones, y en el artículo 24 proclama el derecho de todo niño «a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses».

En fin, relacionado con el interés del menor es el derecho a ser informado, oído y escuchado y a participar en procesos de acuerdo con la normativa vigen-

te [arts. 2.5 a) y 9 LOPJM]³⁰. Asimismo, el libre desarrollo de su personalidad implica que los niños/as sean titulares de derechos, no simples personas objeto de protección jurídica y que, como tales son indiscutibles beneficiarios de todos los derechos humanos (sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio, FJ 5.º). El citado artículo 2.2 apartados d) y e) de la LOPJM establece, precisamente, como manifestaciones de tal interés superior del menor «promover la efectiva integración y desarrollo del menor en sociedad»; «minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro»; así como «preparación del tránsito a la edad adulta e independiente». De ahí, la circunstancia que los niños/as no puedan, por razón de su edad y falta de madurez, defenderse por sí mismos, ni velar por sus intereses, determine que la ley transfiera tal función a las instituciones públicas y privadas para garantizar que aquellos sean debidamente respetados.

III. EL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS EN SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIAL Y DE PAREJA

En nuestro ordenamiento coexisten varios modelos de guarda. a. La guarda exclusiva ejercida solo por uno de los progenitores³¹. Dentro de esta modalidad se ha de diferenciar los supuestos en que los progenitores mantienen la titularidad y ejercicio común de la patria potestad, frente a aquellos supuestos en los que uno de ellos no ejerce la patria potestad o no ejerce alguna de sus funciones; b. Guarda distribuida de los hijos o guarda alterna, representa una modalidad de alcance limitado y en cierta forma excepcional, pues, el Código Civil parte de procurar la no separación de los hermanos; de ahí que cuando se opta por ello bien mediante pacto en convenio, o bien como medida en un proceso contencioso resulta necesario que se justifique su adopción sobre la base de resultar una medida adecuada al superior interés de todos los hermanos. Es por ello importante que, en el régimen de estancias entre los hijos se garantice no solo la relación paterno y materno filial, sino también la fraternal; c. La guarda atribuida a un tercero (art. 103 CC) se prevé con carácter específico y excepcional para aquellos casos en que ninguno de los progenitores pueden asumir el cuidado del menor³²; d. La guarda conjunta o compartida o sucesiva. Dentro de ella cabe, asimismo, diferenciar: 1. Guarda compartida simultánea donde la convivencia de todo el núcleo familiar se mantiene bajo el mismo techo. Son supuestos en los que no se ha procedido a dividir la vivienda. 2. Guarda compartida a tiempo parcial con cambio de domicilio por parte de los menores: los hijos permanecen parte del tiempo con uno u otro progenitor, siendo posible la alternancia por días, por semanas, por meses o por años o cursos escolares; 3. La guarda compartida a tiempo parcial sin cambio de domicilio por los menores: son los padres los que entran y salen del único domicilio³³.

Sobre tales bases, con la Ley 30/1981, de 7 de julio, —pese a la falta de referencia normativa expresa a excepción de la mención indirecta en el artículo 92.4 del Código Civil—, no se impedía la guarda y custodia compartida, pero ante la postura mayoritaria de rechazo de la jurisprudencia por entender que podía afectar al adecuado desarrollo de las relaciones paterno-filiales, la práctica habitual era la atribución unilateral o exclusiva de la guarda y custodia de los menores a uno solo de los progenitores, que solía coincidir en la mayoría de los casos con la figura materna y donde se establecía un régimen de visitas a

favor del progenitor no custodio —normalmente el padre— (art. 159 en relación con los artículos 90 y 103 CC)³⁴. Asimismo, el sistema legal hacía muy difícil la adopción de tal modalidad de guarda en los procesos contenciosos, lo que propició la práctica excepcionalidad de la misma, a lo que habría que añadir las escasas solicitudes por parte de los progenitores de esta modalidad de guarda y custodia. Por su parte, la Ley 15/2005, de 8 de julio al reformar la legislación anterior de divorcio también dio cierto impulso a la custodia compartida, al determinar que la guarda y custodia exclusiva no se configure como la única modalidad de guarda tras la situación de crisis matrimonial, sino que además se regula —con la exigencia de una serie de requisitos formales— como otra posibilidad la guarda y custodia compartida, pues, como justifica en su exposición de motivos, lo que hay que procurar, es el mejor beneficio para el menor. A tal fin, se dedica el artículo 92 del Código Civil que, precisamente no proporciona una definición legal de la guarda y custodia compartida o conjunta, refiriéndose, no obstante, a esta figura con expresiones tales como «ejercicio compartido de la guarda y custodia» (apartado 5), «guarda conjunta» (apartado 7) y «guarda y custodia compartida» (apartado 8), correspondiendo tal labor a la doctrina y a la jurisprudencia³⁵. Recientemente, ha sido modificado dicho artículo 92 por la Ley 8/2021, de 2 de junio por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y, por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, de la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales.

Sobre tales bases, el Código Civil español en su artículo 92, a diferencia también de lo que ocurre en el artículo 373-2.11 del *Code Civil* o en la *Children Act* 1989 inglesa, carece de un listado de criterios o elementos sobre los que las partes y juez puedan operar para determinar en cada caso el régimen de guarda más idóneo para el interés del menor. Tal labor ha sido asumida por la jurisprudencia mediante el desarrollo de tales criterios. Así la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 2013³⁶ fija como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92.5 y 6 del Código Civil debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se debe tomar y que se acordará cuando concurren criterios tales como: «la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos, y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente; y, en definitiva cualquier otro, que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven». Y, añade que la redacción del artículo 91 «no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea»³⁷. Estos criterios son los que debe tener en cuenta el juez para decidir en los casos en que los progenitores no estén de acuerdo en la medida a adoptar y deben atender a la protección del interés del menor³⁸. Ahora bien, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de marzo de 2016³⁹ establece, además, que es requisito necesario para otorgar la custodia compartida la propuesta de un plan de coparentalidad o plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas

que integren con hechos y pruebas los distintos criterios y las ventajas que van a tener los hijos una vez producida la crisis de pareja. Y, asimismo, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 15 de junio de 2016⁴⁰ anula el régimen de custodia compartida de una menor concedida a su padre y madre porque ninguno de los dos la solicitó, pues, de no existir petición de parte «difícilmente puede valorarse un plan contradictorio adecuadamente informado sobre el que decidir con fundamento en interés de los menores, al no haber existido debate y prueba contradictoria sobre tal régimen de custodia». A tal fin, se ordena a la Audiencia Provincial de Vizcaya que dictó sentencia, estableciendo la custodia compartida, que pronuncie nueva sentencia en los «estrictos términos» en que se planteó el debate (cada progenitor reclamaba para sí la custodia de su hija) «que no incluía decidir sobre la guarda y custodia compartida».

En todo caso, esta falta de mención de criterios o elementos a tener en cuenta por el juez en el artículo 92 del Código Civil contrasta con los desarrollados y fijados por las citadas legislaciones autonómicas, que sí han procedido a concretar los factores que deben ponderarse antes de tomar la decisión sobre el sistema de guarda más adecuado al interés del menor⁴¹.

Es, por ello que, el citado artículo 92 del Código Civil no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea⁴².

Ahora bien, sea cual sea la posición que se adopte, no parece que la cuestión se deba residenciar en la preferencia entre una u otra modalidad de guarda, sino en dejar a la capacidad decisoria del juez mediante una neutralidad regulatoria, el tipo de guarda que proporciona mayor estabilidad al menor, y protege su interés. En la toma de tal decisión puede resultar conveniente la utilización de algunos de los parámetros contenidos en las diferentes regulaciones autonómicas, o establecidos por el Tribunal Supremo en sus diferentes resoluciones, todo ello sin perjuicio de la utilización de otras medidas que, permitan al juez la adopción de la medida de guarda más beneficiosa para el menor. Ciertamente, la guarda y custodia exclusiva o compartida se otorgará en función del interés superior del menor en cada caso concreto, sin que ninguna forma de custodia se haya de considerar preferente. Por otra parte, de optarse por la guarda y custodia compartida no supone ello necesariamente un reparto igualitario de tiempos de convivencia. La distribución de tiempos y responsabilidades se hará, igualmente, atendiendo al interés del menor.

Por otra parte, la guarda y custodia compartida no se debe confundir con la custodia atribuida a uno de los progenitores, concediendo al otro un amplio régimen de visitas⁴³ y, asimismo, no consiste en «un premio o castigo» al progenitor que mejor se haya comportado durante la crisis matrimonial, sino en una decisión, ciertamente compleja, en la que se deben tener en cuenta, precisamente, los criterios abiertos ya señalados que concretan lo que debe tomarse en consideración a la hora de determinar el interés del menor⁴⁴.

Por lo que, el juez podrá acordar la guarda y custodia compartida siempre que con ello se proteja adecuadamente el interés superior del menor, para lo cual además de atender a los factores o criterios expuestos, deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores si tienen suficiente juicio, y lo estime necesario⁴⁵ —aunque también se señala la obligatoriedad de la exploración del menor en alguna resolución⁴⁶— bien de oficio, bien a petición del fiscal, partes o miembros del equipo judicial o del propio menor, asimismo, habrá de valorar

las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba que se hubiera practicado en ella, y, si lo considere conveniente, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados en orden a la determinación del régimen de custodia más idóneo y favorable a los intereses de los menores⁴⁷.

Ahora bien, como precisa, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de julio de 2013⁴⁸ «se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil, ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos, sin que la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel». Y añade la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 16 de febrero de 2015 con el régimen de guarda y custodia compartida «a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; b) Se evita el sentimiento de pérdida; c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores, d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, ya que se ha venido desarrollando con eficiencia»⁴⁹.

En esencia, como indica la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de mayo de 2022⁵⁰ que «(...) es reiterada jurisprudencia la que sostiene, en consonancia con los conocimientos y estudios que nos brinda la psicología, que la guarda y custodia compartida no es una medida excepcional, sino normal e incluso deseable, en tanto en cuando permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis siempre que ello sea factible en cuanto lo sea. Se pretende con ello aproximar, en la medida de lo posible, este régimen (nuevo *modus vivendi* —modo de vida—) al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que también es beneficioso para ellos. De forma tal que no se pierdan ni desvanezcan los vínculos afectivos y seguros con sus progenitores cara a su ulterior integración en el mundo de los adultos, y la importancia que los modelos paterno y materno tienen para el desarrollo de la personalidad de los niños»⁵¹.

En todo caso, que los progenitores reúnan capacidades adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de sus responsabilidades parentales durante la situación de crisis matrimonial, no tienen porque verse las mismas meradas por el hecho normal y habitual, en estos casos, que los padres opten por rehacer sus vidas con nuevas pareja, situación que, incluso puede ser positivo y de interés para el menor⁵²; ni por razón de enfermedad de uno de los progenitores⁵³.

De todas formas, la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que, permita la adopción de actitudes y conductas que, beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores, se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad; y, asimismo, que tengan aptitud y capacidad para desarrollar de forma óptima las funciones derivadas de la responsabilidad parental⁵⁴. No se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo⁵⁵. Por lo que,

en la toma de decisión del juez ocupará un lugar importante la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos⁵⁶.

Precisamente, las relaciones entre los cónyuges tras la ruptura pueden llegar a ser conflictivas o no, y, en el caso de existir conflicto, este puede derivar, incluso, en supuestos de violencia de género o incurrir en otros tipos delictivos o faltas comunes como delito de coacciones, de injuria, malos tratos.

También es cierto que, las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida⁵⁷. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor⁵⁸, como sucede en los supuestos de conflictividad manifiesta o extrema entre los progenitores especialmente siempre que exista malos tratos y, asimismo, una continua exposición del menor al enfrentamiento entre sus progenitores⁵⁹. Así el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de octubre de 2014⁶⁰ consideró que no era posible acordar la guarda y custodia compartida porque la situación de conflictividad entre los progenitores la desaconsejaban. Recuerda el Alto Tribunal los criterios establecidos en su sentencia de 29 de abril de 2013⁶¹ y concluye que «esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la de adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad»⁶². Sin embargo, el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de febrero de 2015⁶³ ha otorgado la custodia compartida de un niño solicitada por el padre al considerar que la existencia de divergencias entre los padres que sean razonables no imposibilitan este régimen que es deseable porque fomenta la integración del menor con ambos progenitores, sin desequilibrios, evita el «sentimiento de pérdida», no cuestiona la idoneidad de los padres y estima la cooperación de los mismos en beneficio del menor. De este modo, la citada sentencia indica que «para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en dos profesionales como los ahora litigantes (ambos son profesores universitarios)».

Asimismo, en cuanto a la consideración que las discrepancias ente los cónyuges sobre la custodia compartida, no impide su adopción, si se acuerda en interés o beneficio de los hijos, en este sentido, se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de septiembre de 2015⁶⁴ cuando manifiesta que «la mera discrepancia sobre el sistema de custodia compartida no puede llevar a su exclusión, máxime cuando antes del inicio del proceso judicial las partes supieron adoptar un sistema de visitas por parte del padre casi tan amplio como el de custodia compartida, a ello se une el mutuo reconocimiento de las aptitudes de la otra parte y el cariño y estabilidad psicológica de los menores». Y añade que «las conclusiones del informe psicosocial deber ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales, si bien esta Sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos». Por lo que, en la sentencia recurrida se infringe la doctrina jurisprudencial, pues, no analiza la necesidad o no de la custodia compartida, sino que se limita a valorar las ventajas del mantenimiento del «status quo». A la luz de estos datos se acuerda casar la sentencia recurrida por infracción del artículo 92 del Código Civil y jurisprudencia que lo desarrolla, asumiendo la instancia, dado que en este caso

con la custodia compartida: a) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; b) Se evita el sentimiento de pérdida; c) no se cuestiona la idoneidad de los progenitores; y d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que se ha venido desarrollando con eficiencia.

En cualquier caso, para la adopción del sistema de custodia compartida señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de marzo de 2016⁶⁵ que «se requiere un mínimo de capacidad de diálogo, pues, sin él se abocaría a una situación que perjudicaría el interés del menor (art. 92 CC). Y al respecto señala que «en el presente caso no se puede pretender un sistema compartido de custodia cuando las partes se relacionan solo por medio de SMS y de sus letrados, lo que abocaría al fracaso de este sistema que requiere un mínimo de colaboración que aparque la hostilidad y apueste por el diálogo y los acuerdos».

De forma que, las relaciones entre los cónyuges no son relevantes por sí mismas para tomar la decisión sobre la atribución de la guarda y custodia compartida o individual, sino que es necesario tenerlas en cuenta junto con otra serie de criterios o factores que habrá de valorar el juez, siempre pensado en el superior interés del menor a la hora de determinar el tipo de guarda y custodia.

En ningún caso se acordará la guarda y custodia compartida, cuando exista o se advierta de las alegaciones de las partes o de las pruebas practicadas la existencia de un caso de violencia doméstica o de género, o cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género (art. 92.7 CC)⁶⁶. Se impone de forma imperativa la no procedencia de la guarda y custodia compartida en los supuestos descritos; lo que resulta criticable al no dejar campo de actuación al arbitrio judicial, como si excepcionalmente, permite el artículo 94.4 del citado cuerpo legal, tal como analizaremos en los siguientes apartados⁶⁷.

Asimismo, en todas las legislaciones autonómicas se excluye tanto la guarda y custodia individual como la compartida en los supuestos de violencia doméstica y de género, o cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos menores y, se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad⁶⁸. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género (art. 233-11.3 CCC; art. 80.6 del CDFA; y, art. 3.8 b) apartado 1 de la Ley Foral 3/2011); o cuando haya sido condenado penalmente por sentencia firme por un delito de violencia doméstica o de género por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro miembro de la pareja o de los hijos e hijas que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal. En este sentido, los indicios fundados de la comisión de dichos delitos serán tenidos en cuenta por el juez como circunstancias relevantes a los efectos del establecimiento o modificación de las medidas previstas en esta ley en relación con dicho régimen, del mismo modo que lo podrá ser, en su caso, la resolución absolutoria que pudiera recaer posteriormente (art. 11.3 de la Ley 7/2015 del País Vasco). Excepcionalmente, el juez podrá establecer, si

lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos, en atención a los criterios anteriormente expuestos y, singularmente, a la entidad y gravedad del delito cometido, a la naturaleza y duración de la pena fijada, y a la reincidencia y peligrosidad del progenitor, un régimen de estancia, de relación o de mera comunicación respecto de ellos. Extinguida la responsabilidad penal, el juez, a instancia de parte, deberá valorar si procede la modificación de las medidas adoptadas atendiendo a los criterios anteriores. Cuando ambos progenitores estuvieran incluidos en alguno de los supuestos anteriormente señalados, el juez atribuirá la guarda y custodia de los hijos menores a los familiares o allegados que, por sus relaciones con ellos, considere más idóneos, salvo que excepcionalmente, en interés de los hijos e hijas, y atendiendo a la entidad de los hechos, duración de la pena, reincidencia y peligrosidad de los progenitores, entienda que debería ser otorgada a estos o a alguno de ellos. En defecto de todos ellos, o cuando no fueran idóneos para su ejercicio, la tendrán las entidades públicas que en el territorio concreto tengan asignada la función de protección de los y las menores (art. 11.4 y 5 de la citada Ley 7/2015 del País Vasco).

Ahora bien, tampoco cabe un derecho de visitas, comunicación y estancia del progenitor no custodio, como indica el mencionado artículo 92.7 *in fine*, cuando existan malos tratos a animales o la amenaza de causarlos, como medio de victimizar al progenitor custodio o a los hijos/as menores de edad. Se crea un nuevo supuesto de violencia vicaria que, en todo caso, en los términos en que está redactado puede resultar «excesivo», si no se interpreta en sus justos términos. Ciertamente, corresponde a la autoridad judicial apreciar si existen los supuestos de violencia descritos, pensando siempre en el interés superior de los hijos menores de edad y en proteger a las víctimas. En el campo del arbitrio judicial se pretende evitar que situaciones vivenciales, que podemos calificar de «normalizadas» en el trato con los animales domésticos se califiquen de supuestos de violencia vicaria. En todo caso, los malos tratos o la amenaza de causarlos ha de implicar una forma de control o de victimización/agresión al otro cónyuge/pareja e hijos/as menores o mayores discapacitados para entender que constituye un caso de violencia vicaria. Ciertamente, nadie duda del cariño y amor que se tiene a las mascotas en el seno de la familia, pues, se les considera un miembro más de la misma; lo que, puede ser utilizado por quien ejerce el papel de maltratador, precisamente, como una forma de incrementar su poder, de generar miedo en el entorno familiar ante la desobediencia de su órdenes; en esencia, ampliar su campo de dominación. De ahí que, el maltrato (daño físico y psíquico) al animal doméstico (mascota) se utilice como un instrumento/herramienta más del que se puede valerse el maltratador para causar daño (al otro cónyuge/pareja, y/o a sus hijos); y, por ende, un criterio más a tener en cuenta por el juez a la hora de fijar la medida de guarda y custodia y el régimen de visitas. Recientemente, se ha aprobado la Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo, de modificación de la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de maltrato animal en cuyo Preámbulo se destaca, en la línea reseñada, que «la constatación del vínculo existente entre el maltrato a los animales y la violencia interpersonal obliga también a tener en cuenta como circunstancia agravante la violencia instrumental que se realiza con animales en el ámbito de la violencia de género». De ahí, que el artículo 340 bis 2 letras a), b) c), d) e) y g) disponga que las penas previstas en el apartado primero de este mismo precepto, se impondrán en su mitad superior cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias agravantes: «a) Utilizar armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas que pudieran resultar peligrosas para la vida o salud del

animal; b) Ejecutar el hecho con ensañamiento; c) Causar al animal la pérdida o la inutilidad de un sentido, órgano o miembro principal; d) Realizar el hecho por su propietario o quien tenga confiado el cuidado del animal; e) Ejecutar el hecho en presencia de un menor de edad o de una persona especialmente vulnerable; y, g) Cometer el hecho para coaccionar, intimidar, acosar o producir menoscabo psíquico a quien sea o haya sido cónyuge o a persona que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia». Todas ellas representan circunstancias agravantes que suponen una utilización «medial/instrumental» del animal doméstico por parte del maltratador con el objetivo de causar un mayor daño a las víctimas maltratadas (otro cónyuge/pareja y/o hijo; y/o persona especialmente vulnerable); al que se une el que se causa directamente a las mismas⁶⁹. En esencia, se trata de añadir un subtipo agravado que, incrementa la pena básica a la mitad superior, cuando se maltrata a un animal doméstico (mascota) con el fin de violentar, dañar a la familia que convive con el maltratado, esto es, como un instrumento más de violencia en el seno familiar (violencia de género/ violencia vicaria)⁷⁰.

En fin, tampoco procederá la guarda y custodia compartida cuando ambos progenitores residan en localidades lejanas, al no poder llevar a cabo un adecuado cumplimiento de los deberes paternofiliales⁷¹; o por la falta de disponibilidad horaria derivado de su relación laboral⁷².

IV. DERECHO DE VISITA, COMUNICACIÓN Y ESTANCIA POR EL PROGENITOR NO CUSTODIO Y OTROS PARIENTES

1. CONCEPTO, FUNDAMENTO Y NATURALEZA DEL DERECHO DE VISITAS, COMUNICACIÓN Y ESTANCIA CON EL PROGENITOR NO CUSTODIO, ABUELOS, OTROS PARIENTES Y ALLEGADOS

El artículo 94.1 del Código Civil concede el derecho de visita al progenitor que no tiene la guarda y custodia de los hijos menores, previsión que el precepto extiende tras la reforma por la Ley 8/2021, de 2 de junio a los hijos mayores de edad o emancipados que precisen apoyo para tomar la decisión. Ahora bien, este derecho de visita compete no solo a los progenitores, sino también con menor intensidad, a los hermanos, abuelos, parientes y allegados del menor. De forma que, además de la regulación que ofrece el citado artículo 154, también los artículos 90.1 a) y b); 160 y 161 del citado cuerpo legal. En consecuencia, el convenio regulador podrá contener el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no convive con ellos; y si lo considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, teniendo siempre en cuenta el interés de aquellos; asimismo, el derecho de visitas del progenitor no custodio resulta compatible con el que eventualmente pudiera corresponder a hermanos, abuelos, parientes y allegados (art. 160.2)⁷³. Si bien, esta compatibilidad tiene como límite que el derecho de visitas de los progenitores es más amplio en su contenido y extensión y preferente.

Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional en sentencia de la Sala Primera 176/2008, de 22 de diciembre⁷⁴ «el derecho de visitas del progenitor no custodio se trata de un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuir al desarrollo de su personalidad afectiva de cada uno de ellos. La comunicación y visitas del hijo menor de edad se configura por el artículo 94 del Código Civil como un derecho del que aquel podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente, pero

sin que pueda sufrir limitación o suspensión, salvo «graves circunstancias que lo aconsejen o se incumpliera grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial». Por su parte, como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de octubre de 2014⁷⁵, así se configura en el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño: «Los Estados parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del menor»; en el artículo 14 de la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo en resolución de 18 de julio de 1992: «*En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres ambos con las mismas obligaciones, incluso, si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguarda de los intereses del niño*». O en el artículo 24.3 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: «*Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses*». El derecho de visitas no debe ser objeto de interpretación restrictiva. Este derecho solo cede en caso de darse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor. En este sentido, se pronunció el Pleno del Parlamento Europeo el 17 de noviembre de 1992 con referencia a los casos de divorcio de las parejas europeas que no tuvieran la misma nacionalidad. Según la Cámara la suspensión del derecho de visitas solo ha de aplicarse si se pone con elevada probabilidad, directa y seriamente en peligro la salud física o psíquica del hijo y también si existe una resolución incompatible ya ejercitable al respecto. Las decisiones que hay que tomar acerca de la guarda y custodia han de tener como función prioritaria la protección del interés del menor. Esta regla está contemplada en el artículo 94 del Código Civil cuando, después de admitir el derecho de visitas de los progenitores que o tengan consigo al hijo, añade el juez que «(...) podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen (...)». Por su parte, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 9 de julio de 2002⁷⁶ señala, al respecto, que «el artículo 160 del Código Civil establece el derecho del padre o la madre a relacionarse con sus hijos; incluso, aunque no ejerzan la patria potestad. Resulta precepto imperativo al declarar que no podrá impedirse las relaciones personales sin justa causa y, al tiempo, en caso de conflicto, se autoriza a los jueces a resolver lo más conveniente, atendiendo a las circunstancias. Y no es factor excluyente la falta de comunicación en el pasado, pues, al contrario, actuaría más bien con efectos recuperadores para restaurar una relación rota, propiciada por el contacto personal del padre con su hijo, y que resulta del todo oportuna atendiendo a la edad de este».

Sobre tales bases, el derecho de visitas tiene lugar en el ámbito de la custodia individual respecto del progenitor no custodio y, en el supuesto de guarda y custodia compartida corresponde al juez fijar en la correspondiente resolución judicial el régimen de vistas de los hijo/os durante el tiempo que no conviven con ellos⁷⁷. De forma que, los titulares de este derecho deben ser el cónyuge no guardador y los hijos menores, pues, es independiente tanto de la atribución del ejercicio como de la titularidad de la patria potestad⁷⁸. En cuanto a su alcance, se acordará por los cónyuges en convenio regulador y, en su defecto, establecerlo el juez, aunque no lo solicite el cónyuge no guardador. En todo caso, el juez tiene amplia discrecionalidad para fijar el tiempo, modo y lugar de ejercicio de este

subjetivo⁸⁶. Otros, sin embargo, afirman que estamos ante un derecho natural, derivado de la propia naturaleza humana⁸⁷. Y, en fin, no faltan algunos autores y cierta jurisprudencia menor⁸⁸ que, sostienen que se trata de un derecho encuadrado en los derechos de la personalidad, siendo su naturaleza extrapatrimonial y, aunque habitualmente «su ejercicio pueda quedar enmarcado o quedar solapado con el derecho a la intimidad, es más amplio que este en extensión y contenido»⁸⁹. Tiene cierto «carácter absoluto, tanto en su sentido de derecho *«erga omnes»*, como en su aspecto de un poder directo de un bien fundamental que se actúa y concreta en la conducta del titular. Es un derecho personalísimo»⁹⁰. Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de abril de 2011⁹¹ determina que la protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público; de forma que, el derecho de visitas regulado en el artículo 94 del Código Civil, no es un mero derecho, sino un complejo derecho-deber, cuyo adecuado cumplimiento no solo tiene por finalidad satisfacer los deseos o derechos de los progenitores, sino también cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los hijos en aras de un desarrollo armónico y equilibrado».

Ciertamente, el derecho que tiene todo menor a relacionarse con sus padres, así como el derecho de padre/madre a relacionarse con su hijo/a —pues, el deber de asistencia que compete a los padres (art. 39.2 y 3 de la Constitución española)— tiene un contenido no solo material, sino también espiritual. Se trata de un derecho-deber o derecho-función personalísimo, inalienable, irrenunciable, imprescriptible, subordinado al interés del hijo, esencialmente relativo o de contenido variable⁹². Este derecho está relacionado con la obligación de los progenitores de velar por los hijos menores de edad (arts. 110 y 154 CC). Por otra parte, el derecho de visita se caracteriza por su relativismo, siendo provisionales y revivables las resoluciones que lo acuerdan o regulan (art. 90 CC)⁹³. Asimismo, cabe señalar que, en los supuestos de conflicto matrimonial el progenitor que tiene al hijo en su compañía no puede impedir el contacto con los familiares de la otra rama —abuelos, tíos— por simples razones de animadversión, solo si existe una justa causa. Por tanto, se ha de decir que, en caso de los abuelos, estos tienen derecho a relacionarse con su nietos —incluso a pesar de la negativa de ambos progenitores— de cuya relación solo por justa causa se les puede privar (art. 160.2 *a contrario sensu* CC), aunque su contenido y duración no sea tan amplio como el derecho de vistas entre padres e hijos. La exposición de motivos de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre mediante la que se modifica el citado artículo 160, entre otros, establece que: «los abuelos desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia, que es el agente de solidaridad por excelencia de la sociedad civil. En este ámbito, la intervención de los poderes públicos debe tender a asegurar el mantenimiento de un espacio de socialización adecuado que favorezca la estabilidad afectiva y personal del menor, a tenor del mandato contemplado en el artículo 39 de la Constitución española, que asegura la protección social, económica y jurídica de la familia. En este sentido las normas vigentes del Código Civil dispensan un tratamiento exiguo a un elemento de significativa importancia en el desarrollo persona de los menores, esto es, las relaciones de los nietos con sus abuelos (...). En efecto, cabe entender que los abuelos ordinariamente ajenos a las situaciones de ruptura matrimonial, pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad del menor (...). Esta situación privilegiada, junto con la proximidad en el parentesco y su experiencia, distingue a los abuelos de otros parientes y allegados que, también pueden coadyuvar al mismo fin. De acuerdo con todo lo anterior, la modificación legislativa desde un aspecto sustantivo, de forma más explícita y reforzada, el régimen de relaciones

entre abuelos y los nietos, tanto en caso de ruptura familiar, como en el caso de simple dejación de obligaciones por parte de los progenitores. En segundo lugar, se atribuye a los abuelos una función relevante en el caso de dejación por los padres de las obligaciones derivadas de la patria potestad». Ahora bien, esta mención a los abuelos es extensible a los allegados, en su caso, como ocurre con los tíos, cuando su influencia sea beneficiosa y en interés del menor. En igual sentido, la Carta Europea de Derechos del Niño incide en la relación con la familia extensa en interés del menor, lo que, sin duda, influirá como factor de socialización, de estabilización emocional y crecimiento personal⁹⁴.

Si bien, cada caso es único, en principio, la discapacidad⁹⁵; las drogodependencias o el alcoholismo de los progenitores⁹⁶; la homosexualidad; la transexualidad⁹⁷; o la convivencia del progenitor con otra persona, casados o no, no bastan para suprimir el derecho de visitas, si no perjudican al hijo⁹⁸.

Por otra parte, las relaciones personales entre progenitores e hijos se justifican en el beneficio, provecho y en el interés prevalente que, puede suponer para el hijo/a y su desarrollo personal la relación con aquellos y otros familiares: hermanos, abuelos, otros parientes y allegados⁹⁹. Es, precisamente, ese interés y beneficio que para su estabilidad emocional y desarrollo integral como persona, puede reportarles su relación con sus progenitores y otros parientes, lo que debe primar a la hora de tomar una decisión con respecto a la concesión o no de tales relaciones personales (art. 94 párrafo 2.º *in fine* CC). Además, hay que tener en cuenta que, estas relaciones pueden resultar positivas ante situaciones de crisis matrimonial o de pareja de sus progenitores.

2. TITULAR ACTIVO Y CONTENIDO DEL DERECHO DE VISITA, COMUNICACIÓN Y ESTANCIA CON EL PROGENITOR NO CUSTODIO

Se considera, de forma mayoritaria que, los titulares activos de este derecho de relaciones personales es el progenitor no custodio o custodio, en caso de guarda y custodia compartida, en función de la duración y distribución de los períodos de convivencia entre ambos progenitores, principalmente, cuando la distribución de la convivencia es por períodos amplios (un año, un semestre, el curso escolar). En todo caso, como un derecho-deber, se concede en beneficio del hijo, de acuerdo con su personalidad y como precisa MARTÍNEZ DE AGUIRRE «es afirmación común la de que la finalidad del derecho de visita es propiciar un desarrollo personal del menor más íntegro, armónico y equilibrado, tanto en sus aspectos afectivos como educacionales a través del mantenimiento de lazos afectivos con el progenitor que no convive (o en su caso, con otros parientes o allegados)»¹⁰⁰.

En cuanto al *contenido*, el juez debe tener una serie de elementos a la hora de concretarlo así: la edad de los hijos¹⁰¹; las relaciones afectivas entre estos y los padres; las relaciones cordiales o no entre los progenitores; la vivienda que ocupe el titular del derecho de visitas reúne las condiciones necesarias para el desarrollo de tal derecho y, asimismo, permita al hijo pernoctar o no en ella; el régimen escolar y régimen laboral de los progenitores; si la residencia de los progenitores y el hijo está en la misma población o en distinta población o comunidad autónoma y la distancia entre ellas, o en otro país o continente¹⁰²; y la asunción de los gastos de desplazamiento que se generan para su cumplimiento¹⁰³. De todas formas, el régimen de visitas ha de ir precedido de la correspondiente exploración del menor y de los informes de los profesionales adecuados¹⁰⁴ y del Ministerio

Fiscal y tener siempre presente el interés superior del hijo y la posibilidad de ser oído para que puede expresar sus deseos y preferencias¹⁰⁵. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de noviembre de 2013 declara que «la audiencia a los menores de doce años, como es el caso, no depende de lo que el tribunal piense de ellos, sino que tengan suficiente juicio para opinar sobre su situación, la decisión de la no admisión o la no práctica de exploración la ha fundado de forma motivada el órgano judicial teniendo en cuenta la situación y evolución de la menor y sobre todo los beneficios, ventajas, inconvenientes y utilidad de este instrumento de convicción del juez o tribunal que va a resolver sobre una medida que va a afectar directamente a la menor»¹⁰⁶.

En todo caso, resulta habitual que, en situaciones de cierta normalidad, el juez acuerde un régimen de visitas intersemanales, siempre que las actividades escolares o extraescolares lo permitan¹⁰⁷; también la posibilidad de desarrollarse los fines de semana¹⁰⁸; la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano¹⁰⁹; o en días especiales como el día de Navidad o de Reyes, el cumpleaños del hijo, el cumpleaños de cada progenitor, el día del Padre, el día de la Madre¹¹⁰, o determinados acontecimientos familiares¹¹¹. Por otra parte, compete el juez determinar el tiempo, modo y lugar de ejercicio de este derecho —*v.gr.*, en un punto de encuentro familiar¹¹² o en compañía de un tercero¹¹³ o familiar¹¹⁴; o en el Cuartel de la Guardia Civil¹¹⁵—, teniendo en cuenta para ello las circunstancias concurrentes del caso¹¹⁶, así como la posibilidad de un régimen progresivo¹¹⁷. Además, en la fijación del régimen de vistas puede intervenir el Servicio de Coordinación de Parentalidad, servicio este que tras entrevistarse con los progenitores y el menor, propondrán al juez los concretos días y el modo en que se llevarán a cabo. Este Servicio de Coordinación de Parentalidad se podrá volver a reunir con los progenitores y el menor y antes de remitir un informe al juzgado sobre la conveniencia de mantener, suprimir, reducir o ampliar las visitas¹¹⁸. O, el también llamado Gabinete de Orientación Familiar, dejando en todo caso a salvo en el curso de esta intervención la voluntad de la menor de mantener o no contacto con el padre¹¹⁹. O mediante el establecimiento de un Programa de Apoyo e Intervención familiar con el padre o la madre no custodia a fin de corregir las carencias y deficiencias observadas en relación con el cuidado y atención de sus hijos¹²⁰.

Por otra parte, la determinación del régimen de visitas de los hijos menores de edad representa una facultad discrecional del juzgador no revisable en casación, a menos que en las actuaciones figuren graves circunstancias que aconsejen otra cosa. En todo caso, la delimitación de la realidad familiar determina a la hora de concretar el régimen de visitas, cuál es el interés de menor, lo que tampoco tiene aspecto casacional¹²¹. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de julio de 2015¹²² recuerda que «el recurso de casación debe examinar únicamente si en las decisiones relativas al interés del menor, el juez *a quo* ha aplicado correctamente el principio de protección de dicho interés a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre. El recurso de casación no es una tercera instancia que permita revisar los hechos. En el caso actual no es posible revisar la decisión tomada en la sentencia recurrida porque los criterios utilizados no son contrarios al interés del niño. Será, o habrá sido, en ejecución de la sentencia, a la que se remite el juzgado, donde se habrá evaluado la evolución del padre y su capacidad para hacerse cargo en el momento actual del menor en la forma en que la misma establece. El interés del menor se haya protegido en el momento que se comprueba que el padre se encuentra en una situación que permite el ejercicio de los deberes inherentes a la guarda y custodia».

En este contexto, son dos los criterios de ponderación en la determinación del régimen de vistas: el interés superior del menor (arts. 92 CC y 39 de la Constitución española) —que ha de prevalecer frente a los de sus progenitores—¹²³; y el reparto equitativo entre los progenitores de los gastos de traslado, cuando ambos residan en localidades distantes atendiendo a su capacidad económica y demás circunstancias personales [arts. 90 c) y 91 CC]. De forma que, ambos progenitores sufragan los costes de traslados de forma equilibrada y proporcionada, como hemos indicado, a su capacidad económica, teniendo en cuenta sus circunstancias personales, familiares, disponibilidad, flexibilidad del horario laboral, etc.¹²⁴. En todo caso, en ocasiones, para determinar el criterio que contribuya a clarificar la cuestión se establece un sistema prioritario y otro subsidiario, dado que pueden presentarse diferentes situaciones y será necesario ofrecer soluciones alternativas adaptadas a las particularidades de cada situación. En base a ello, para la determinación de quién es el obligado a trasladar y retornar al menor al domicilio de cada uno de los progenitores se ha de estar, al deseable acuerdo de las partes, en tanto no se perjudique el interés del menor, y en su defecto, cada padre/madre recogerá al menor del domicilio del progenitor custodio, para ejercer el derecho de visita y el custodio lo retornará a su domicilio. Este se puede considerar el sistema normal o habitual. Subsidiariamente, cuando a la visita de las circunstancias del caso, el sistema habitual no se corresponde con los principios expresados de interés del menor y distribución equitativa de las cargas, las partes o el juez podrán atribuir la obligación de recogida y retorno por uno de los progenitores con la correspondiente compensación económica, en su caso, y debiendo motivarse en la resolución judicial. Estas dos soluciones se establecen sin perjuicio de situaciones extraordinarias que supongan un desplazamiento a larga distancia, que exigirá ponderar las circunstancias concurrentes y que deberá conllevar una singularización de las medidas adoptables¹²⁵. En todo caso, atendiendo a las circunstancias concurrentes, puede corresponder los gastos de desplazamiento a ambos progenitores o a uno solo de ellos —el progenitor custodio o no custodio—¹²⁶; y, utilizar, al respecto, diferentes medios de transportes¹²⁷.

Asimismo, se concreta como base esencial en la determinación del régimen de visitas, la voluntariedad y autonomía decisoria —grado de madurez suficiente— del hijo menor¹²⁸ y los acuerdos de las partes al respecto¹²⁹. Precisamente, cuando se llega a una edad cercana a la mayoría de edad, resulta más difícil fijar un sistema rígido y obligado de relaciones personales entre progenitor e hijo/a¹³⁰. Por otra parte, en la concreción del régimen de visitas debe regir el principio de conseguir la mayor estabilidad posible de los menores¹³¹, así como minimizar los riesgos que cualquier cambio en la situación material o emocional pueden ocasionar en la personalidad del menor y en su desarrollo futuro al ser los dos elementos generales de ponderación del interés superior del menor¹³². En ocasiones, la ruptura de la comunicación entre el padre y el hijo tiene su origen exclusivamente en la actitud y comportamiento de este y no necesariamente en la influencia del menor por el otro progenitor (síndrome de alienación parental —SAP—)¹³³. Y, a veces, se exige una terapia obligatoria del propio menor que permita un desarrollo del régimen relacional condicionado a que el padre/madre demuestre progresos en el ejercicio de su cualidad paternofilia y permita una gestión adecuada de las capacidades parentales, orientadas a cubrir las necesidades del hijo/a menor de edad¹³⁴.

Ahora bien, el régimen de visitas puede incluir, además del concepto de visitas en sentido estricto¹³⁵, el derecho del progenitor no custodio a pernoctar con su hijo común durante las visitas; lo que forma parte del concepto estancia¹³⁶,

o no proceder dicha pernocta¹³⁷; y la comunicación de cualquier tipo: epistolar, telefónica, por whatsapp, correo electrónico, entre otros¹³⁸. Señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, sección 1.ª, de 27 de enero de 2020¹³⁹ que, además, de considerar el régimen de vistas y de comunicación trascendental para el desarrollo del menor, en ningún caso ha de ser incondicionado en su ejercicio, sino subordinar al interés y beneficio del menor y, en este caso, no se suspende, ni se limita el derecho de comunicación de la menor con su padre, sino que este se ha de establecer, en atención a la edad de la menor, conforme el libre albedrío entre ellos, concretándose en la práctica en la forma que ambos tengan por conveniente. Asimismo, se ha indicar que, el derecho de visitas alcanza a los hijos menores de edad —atendiendo al interés superior del menor— y, al hijo mayor discapacitado —atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias—¹⁴⁰.

Por otra parte, el régimen de visitas, además de no ser objeto de interpretación restrictiva, como hemos manifestado en líneas precedentes, tampoco tiene carácter excepcional¹⁴¹, lo que no impide que se pueda restringir en su contenido¹⁴²; y, ciertamente, solo cede en caso de darse un peligro concreto y real para la salud psíquica o moral del menor¹⁴³. En todo caso, ante la suspensión del derecho de visitas como consecuencia del Covid-19, se procede, una vez finalizado el período de estado de alarma y del consiguiente confinamiento, a compensar los días de visita suspendidos. Para ello, se debe proceder de forma equitativa e igualitaria. Lo que se trata con la compensación es de equilibrar una situación que por circunstancias de fuerza mayor se ha alterado; si bien, en perjuicio del padre del menor y de este mismo, que se ha visto privado de la compañía de su padre, durante un concreto período de tiempo en pandemia¹⁴⁴.

En esta línea, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 2.ª, de 19 de octubre de 2022¹⁴⁵ reconoce el derecho a acumular vacaciones a un Guardia Civil en excedencia voluntaria por cuidado de hijos menores al entender que, pese a la excedencia, sí se genera derecho al disfrute de vacaciones del período anual anterior. Explica la sentencia que, la clave está en considerar que un guardia civil en situación de excedencia voluntaria es un «guardia civil suspenso», con el efecto que deja de estar sujeto al régimen general de derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, pero a la vez, considerándose que es «el tiempo de servicio efectivo» el desempeño en el período anual que sirve para calcular el crédito de vacaciones anuales y el número de días de permiso por asuntos particulares al que se tiene derecho. A lo que, concluye la citada resolución que, negar la posibilidad de acumular vacaciones en excedencia por cuidado de como una de las situaciones que permita disfrutar de vacaciones durante «el período anual inmediatamente posterior» desincentivaría la implicación de funcionarios en este cometido familiar, con el indeseable efecto discriminatorio indirecto que ello supondría.

Ahora bien, la extensión del derecho de visitas se puede concretar en solo visitas en sentido estricto con una duración concreta y en períodos determinados, o bien en un sentido amplio en la que se incluyan estancia —pernocta— y comunicación; o concretar un régimen progresivo en varias etapas¹⁴⁶; o, en fin, el establecimiento de un amplio régimen de visitas y comunicación paterna que se traduce en un reparto casi igual de los tiempos de convivencia y equiparable en su alcance a una custodia compartida¹⁴⁷; o ampliarse en ejecución de sentencia en función de la evolución de las circunstancias familiares¹⁴⁸. Asimismo, en interés del menor se ha de respetar el principio de proporcionalidad, pretendiendo equilibrar en la medida de lo posible, el contacto con ambos progenitores¹⁴⁹.

Sobre tales bases, el régimen de visitas existente puede modificarse, consistiendo en una ampliación o limitación, cuantitativa y cualitativa¹⁵⁰. En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de diciembre de 2017¹⁵¹ se desaconseja modificar el sistema de visitas y custodia, ampliando aquel, ante una sentencia por una condena firme por delito de malos tratos al padre y señalamiento de juicio por quebrantamiento de medidas cautelares para el 14 de noviembre de 2017. Se valora el interés de la menor con exquisita ponderación, evitado someterla a riesgos innecesarios, máxime cuando las restricciones en el sistema de visitas son simplemente coyunturales, ampliándose en una segunda etapa, al cumplir la menor cuatro años, evento que se producirá en agosto de 2018.

En otras ocasiones, prospera la oposición a la acción ejecutiva, ante la situación de abuso del derecho que supone el ejercicio de tal acción por parte de la madre custodia. Así en el auto de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.ª, de 14 de diciembre de 2020¹⁵² no se advierte un incumplimiento reiterado y continuo en el progenitor paterno del régimen de visitas, ni la base sustentadora de la acción ejecutiva la cual sería un incumplimiento paterno reiterado en el tiempo del régimen de visitas, solicitado por la ejecutante. Por lo que, no se advierte tal incumplimiento, sino una falta de entendimiento y flexibilidad en los progenitores, especialmente en la progenitora custodia que es quien cuida y atiende a las niñas y dificulta su ejercicio y desarrollo en condiciones de sosiego y normalidad. De forma que el ejercicio de la acción ejecutiva por incumplimiento supone abuso del derecho que impide la prosperabilidad de la misma.

En fin, algunas veces un amplio régimen de visitas facilita la transición a una guarda y custodia compartida por cambio sustancial de las circunstancias dada la escasa edad que tenían los menores cuando los padres se divorciaron y que fijo la guarda y custodia monoparental¹⁵³. Al respecto, el artículo 776.3 de la LEC dispone al respecto que *«el incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación del régimen de guarda y custodia»*.

Por otra parte, puede ser objeto de suspensión, temporal o definitiva, *v.gr.*, como hemos indicado en líneas precedentes, cuando el padre o madre está en prisión¹⁵⁴ o en este caso, condicionarlo al acompañamiento de tercera persona y su posible revisión en caso de tercer grado del padre¹⁵⁵; o de supresión¹⁵⁶. Igualmente, puede no proceder o ser denegado desde un primer momento, al concurrir circunstancias que desaconsejan conceder este derecho al progenitor que lo solicita¹⁵⁷. El artículo 94.5 del Código Civil establece que: *«No procederá en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el párrafo anterior»*.

3. EL RÉGIMEN DE VISITAS, COMUNICACIÓN Y ESTANCIA DEL PROGENITOR NO CUSTODIO ANTE SITUACIONES DE VIOLENCIA DE GÉNERO, VIOLENCIA DOMÉSTICA Y VIOLENCIA VICARIA. CONSTITUCIONALIDAD O NO DEL ARTÍCULO 94 APARTADO 4 DEL CÓDIGO CIVIL

La Ley 8/2021, de 2 de junio ha modificado, precisamente, este artículo 94 y ante casos de violencia intrafamiliar, posibilita que, se puede acordar la suspensión o el no establecimiento de un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio. A tal fin, señala el apartado 4 del citado artículo 94 que, no procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspen-

derá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial. En esta línea, la resolución de 6 de octubre de 2021 del Parlamento Europeo sobre el impacto de la violencia de pareja y derecho de custodia de mujeres y los niños, subraya en su apartado i) «que toda forma de violencia incluida la violencia presenciada contra un progenitor o una persona allegada, ha de ser considerada tanto en el plano jurídico como en la práctica una violación de los derechos humanos y acto contra el interés superior del menor». Por su parte, el artículo 1.3 y 4 de la Ley Orgánica 1/2004 señala que: *«La violencia de género comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad. Y, también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero —quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia—»*. Y, el artículo 1.2 de la LOPIVI dispone que: *«se entiende por violencia toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital. En cualquier caso, se entenderá por violencia el maltrato físico, psicológico o emocional, los castigos físicos, humillantes o denigrantes, el descuido o trato negligente, las amenazas, injurias y calumnias, la explotación, incluyendo la violencia sexual, la corrupción, la pornografía infantil, la prostitución, el acoso escolar, el acoso sexual, el ciberacoso, la violencia de género, la mutilación genital, la trata de seres humanos con cualquier fin, el matrimonio forzado, el matrimonio infantil, el acceso no solicitado a pornografía, la extorsión sexual, la difusión pública de datos privados así como la presencia de cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar»*.

La Organización Mundial de la Salud manifiesta que «la violencia de género es un gravísimo problema que vulnera los derechos humanos, con efectos en el ámbito sanitario, social, laboral y económico, un fenómeno que se extiende por todos los países, culturas, clases sociales y razas. La deseada igualdad de género aún es una utopía lejana y la pandemia pro coronavirus ha provocado una crisis económica que nos aleja aún más de ella, pues, afecta principalmente a las mujeres aumentando la brecha salarial».

A esto hay que añadir que, también ha afectado al pleno desarrollo e implementación de las medidas contemplada en el Pacto de Estado de Violencia de Género alcanzado a finales de 2017. Si bien, nuestra sociedad ha experimentado un cambio positivo, concienciándose de la necesidad por alcanzar la efectiva y real igualdad de género en todos los ámbitos. Se rechaza unánimemente la violencia, especialmente la que vulnera la libertad sexual de las mujeres, esa violencia sexual que ataca prioritariamente a las mujeres y a las niñas y que ha sido abordada en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad

sexual, no con los resultados deseados y esperados a la vista de la reducción de condenas o excarcelación de violadores, pederastas y agresores sexuales que está originando su aplicación y que exige una reforma inmediata de la misma¹⁵⁸.

En este contexto, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 9 de junio de 2009 (caso *Opuz c. Turquía*) consideró que la violencia sufrida por la demandante alcanzaba un nivel de gravedad suficiente como para poder ser calificada de «trato inhumano» en los términos del artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Además, el Tribunal Europeo estableció, por primera vez, que los actos de violencia doméstica no solo eran constitutivos de violación de diversos preceptos de la citada Convención, sino también del principio de no discriminación en el disfrute de esos derechos recogidos en el artículo 14 de la misma.

En consecuencia, sobre tales bases y operando sobre el establecimiento de un derecho de visitas, este no procede: 1. Si el progenitor está incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Basta la existencia de un proceso en cualquiera de sus fases procesales, sin aun sentencia condenatoria. Ante esta situación o el juez civil se limita a suspender el derecho de visitas aplicando automáticamente la norma, u opta ante la pendencia de un proceso penal por la regla excepcional prevista también en la norma de valorar para su concesión, si responde al interés del menor y previa evaluación de la relación paterno-filial. Todo ello de forma motivada; 2. Tampoco procede cuando haya indicios fundados de violencia doméstica o de género para la autoridad judicial que sustancia un proceso de nulidad, separación o divorcio. En este supuesto, no existe proceso penal alguno que se haya iniciado contra el progenitor, sino solo indicios fundados de violencia de género o doméstica deducida de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas; respecto de los que ha de partir el juez civil para fundar su propia resolución judicial que, al igual que, en el supuesto anterior puede: suspender tal derecho de visitas —relaciones personales en sentido amplio—, o determinar su posible adopción en base al interés del menor y la evaluación de la relación paterno-filial —en resolución motivada—. Se ha de tratar de indicios que han de ser lo suficientemente fundados (motivados con razón, justificados, fundamentados) para proceder en los términos indicados; 3. En caso de condena penal del progenitor y en prisión¹⁵⁹.

El derecho de visitas debe estar subordinado, como tantas veces hemos reiterado, al interés y beneficio del menor y en este sentido proteccionista se manifiesta bien claramente expresado en la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, en cuanto en su artículo 9, en relación con el 3, permite a los Tribunales decretar la separación del menor de sus padre, cuando conforme a la Ley y procedimiento aplicables, tal separación sea necesaria, en interés superior del niño y este sentido la LOPJM sienta como principio general la primacía del interés como superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, aplicable por tanto al régimen de visitas, al ser el inspirador de las relaciones personales con ciudadanos y sobre todo por los juzgadores, de manera que, han de adoptarse aquellas medidas que sean adecuadas a la edad del menor, evitando que pueda ser manipulado o sujeto de actuaciones reprobables, pues, progresivamente, con el transcurso de los años, se encontrará en condiciones de decidir lo que pueda más convenirle para su integridad tanto familiar como social. El derecho de vistas ha de ceder ante los supuestos de presentarse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor y en este punto se ha pronunciado el Parlamento Europeo

el 17 de noviembre de 1992 aunque con referencia a los divorcios de parejas europeas que no tuviese la misma nacionalidad para establecer que el derecho de visitas ha de suspenderse cuando se pone con elevada probabilidad directa y seriamente en peligro la salud del hijo en todas sus dimensiones y lo mismo, si existe una resolución incompatible ya ejecutable al respecto. En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de noviembre de 2005¹⁶⁰ tenemos una sentencia firme penal condenatoria que vincula la jurisdicción civil en cuanto a los hechos declarados probados y, los mismos ponen bien de manifiesto la conducta agresiva y violenta del padre hacia el hijo y con ello el peligro que para este puede suponer mantener relaciones personales en los actuales momentos, al concurrir tanto graves circunstancias, como justas causas para poder decretar la suspensión del derecho de visitas; respecto a lo cual los juzgadores gozan de amplias facultades discrecionales, que aquí no se establecen con carácter definitivo para dejar abierta su modificación según las circunstancias futuras concurrentes.

En esta línea, la sentencia de este mismo Tribunal y Sala, de 26 de noviembre de 2015 se establece como doctrina jurisprudencial que el juez o tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otros de los hijos, valorando los *factores de riesgo existentes*¹⁶¹. Ciertamente, el Alto Tribunal opera sobre un concepto jurídico indeterminado «factores de riesgo existente», muy en la línea de la redacción del artículo 94 del Código Civil en la citada fecha de la resolución y el artículo 66 de la Ley Orgánica 1/2004¹⁶².

Asimismo, teniendo presente que, el artículo 2 de la Ley Orgánica 8/2015 exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno «libre de violencia» y que «en caso que no pueda respetarse todos los intereses legítimos concurrentes deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir». Por lo que, este mismo Alto Tribunal y Sala, en sentencia de 11 de febrero de 2011¹⁶³ mantuvo la suspensión del régimen de visitas, dada la situación de violencia deducible de una orden de protección. Igualmente, en la sentencia de 13 de febrero de 2015¹⁶⁴, en un supuesto de muerte del padre a manos de la madre, se fijó por esta Sala de lo Civil, la custodia a favor de la tía paterna en lugar de los abuelos maternos, en interés del menor, evitando cualquier factor de riesgo.

Igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de septiembre de 2022¹⁶⁵ ha suspendido el régimen de visitas entre un padre condenado por violencia de género contra su mujer, con la agravante de reincidencia y su hija de cuatro años, al entender que los «desajuste psicológicos» que el progenitor padece actualmente le impiden desempeñar su rol paterno.

El tribunal indica que, de acuerdo con el Ministerio Fiscal, en este caso el interés de la niña exige la suspensión del régimen de comunicación establecido, sin perjuicio que esta medida se revise si se constata un cambio de las actuales circunstancias. La sentencia explica que el padre deberá «si tiene un propósito serio y real de comunicarse con su hija, controlar sus impulsos y su situación de dominio derivada de una violencia de género no superada, que constituye un pésimo modelo y un manifiesto óbice de idoneidad para desempeñar el rol paterno, con respecto a una niña de cuatro años». La Sala estima el recurso de casación interpuesto por la madre de la menor en el que solicitaba la suspensión del régimen de visitas del padre e hija, que estaba fijado en dos visitas semanales de hora u hora y media de duración y tuteladas en el punto de encuentro familiar. Un juzgado de Granadilla de Abona (Tenerife) estableció este régimen para cuando el padre saliese de prisión, donde cumplía condena por delitos continuados de

quebrantamiento de condena, maltrato y de amenazas leves en el ámbito de la violencia de género, con la agravante de reincidencia en los dos últimos delitos.

La Audiencia Provincial de Tenerife confirma la sentencia de instancia y justifica la decisión de mantener el régimen de comunicación padre-hija, en que, pese a las graves circunstancias que concurren en el demandado, eran unas visitas de muy escasa duración, en un punto de encuentro y tuteladas, por lo que consideró que esas precauciones eran suficientes para evitar cualquier perjuicio para la niña y para que se normalizaran con el tiempo las relaciones paternofiliales. La sentencia recurrida ha sido anulada por el Tribunal Supremo. De todas formas, la Sala parte de los episodios de violencia de género y afirma que implican «un desprecio por la persona más importante en la vida de la menor, en una situación que además no se encuentra superada, como consta en el informe psicológico elaborado, del que resulta que el demandado reacciona de manera verbalmente violenta hacia la madre de la niña, mostrando patente, actual y persistente rechazo hacia ella». Añade que «su problemática de pareja se halla enquistada y su modelo de comportamiento previo incide peyorativamente en la asunción del rol paterno con riesgos para la menor por la desfiguración inducida a la que, además, puede verse afectada sobre la consideración y estima que tiene sobre su madre».

La sentencia, ponencia del magistrado José Luis Seoane, señala que en el informe del punto de encuentro consta que el progenitor es una persona agresiva y que no está garantizada la integridad de la menor en su compañía sin supervisión. Recuerda que en su exploración psicológica se describe como impulsivo y agresivo con problema con alcohol y que a los 17 años ya era politoxicómano, relatando episodios violentos en los que se ha visto inmerso. En el informe psicológico, según la sentencia, consta que se encuentra furioso la mayor parte del tiempo y expresa libremente su ira y hostilidad. Se refiere también a que constan antecedentes de tratamiento psiquiátrico desde los 10 años, y que no resulta acreditado que, actualmente, siga con las indicaciones terapéuticas y farmacológicas que le fueron pautadas. El peritaje concluye —como precisa la sentencia— que presenta desajustes psicológicos que no le permiten proporcionar a su hija los recursos emocionales, cognitivos y conductuales necesarios para afrontar, de forma flexible y adaptativa, su ejercicio parental, por la comunicación con su hija debía ser supervisada, en su caso, por técnicos especializados.

Asimismo, la Sala describe que el padre no ha manifestado interés por mantener los contactos con su hija y que sus relaciones con ella, antes de la judicialización del conflicto, eran realmente escasas, como el propio demandado reconoce. Agrega que no se personó en el procedimiento «con lo que demuestra nulo interés por el establecimiento de un régimen de comunicación con su hija, que observa, con reticencias y mala disposición, como si fuera una suerte de obligación judicialmente impuesta. No concurren, en este caso, lazos afectivos y de apego seguro entre padre e hija».

En fin, la sentencia subraya que «los graves desajustes psicológicos que el padre actualmente padece determinan su carencia para asumir funciones parentales, lo que coloca a la menor en una situación de vulnerabilidad, por la repercusión negativa, sobre su persona, cuando, además, por su corta edad, carece de los resortes precisos para controlar una situación de tal naturaleza. No vemos, por consiguiente, que en este concreto proceso, por el conjunto de las circunstancias antes expuestas, no extrapolables a otros casos, el interés preferente de la menor conlleve el mantenimiento del régimen de comunicación predeterminado con su padre del que, además, reniega». Por ello, el padre deberá, si tiene un propósito

serio y real de comunicarse con su hija, controlar sus impulsos y su situación de dominio derivada de una violencia de género no superada, que constituye un pésimo modelo y un manifiesto óbice de idoneidad para desempeñar el rol paterno, con respecto a una niña de cuatro años. Por lo que, no se considera, «en el contexto descrito, que deba alterarse el orden lógico de las cosas y, de esta manera, comprobar la evolución del padre en los contactos supervisados con su hija, asumiendo esta los peligros ciertos que, para el desarrollo futuro de su personalidad, padezca, derivados de la falta de habilidades y condicionantes de la personalidad de su progenitor, en vez de que, sea este, previamente, quien supere los actuales factores de riesgo que, notoriamente, concurren en su persona, para asumir el rol del padre en beneficio de la menor, aceptando el sometimiento a los tratamientos que precisa para superar las disfunciones que padece a los efectos de disfrutar un régimen de comunicación con su hija que le sea beneficioso a la niña y querido por su progenitor».

Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de diciembre de 2017¹⁶⁶ en la sentencia recurrida se valora de forma extensa la situación de malos tratos que, entonces no se había enjuiciado; de forma que se desaconsejaba cambiar el sistema de visitas y custodia. Las lesiones resultantes de la que fue objeto su esposa, quedaron constatadas medicamente y originadas en un enfrentamiento desencadenado por el hoy recurrente. Si bien, a la vista de ello, no se infringe la doctrina casacional, pues, en la sentencia recurrida se valora el interés de la menor con exquisita ponderación, evitando someterla a riesgos innecesarios, máxime cuando las restricciones en el sistema de visitas son simplemente coyunturales, ampliándose en una segunda etapa, al cumplir la menor cuatro años, evento que se producirá en agosto de 2018. Igualmente, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 29 de junio de 2012¹⁶⁷ en un padre condenado por un delito de violencia contra la madre y atendiendo a la doctrina que el recurso de casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse si el juez *a quo* ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, aplicando a este caso, puesto que la sentencia de la Audiencia Provincial ha tenido en cuenta el interés del menor que se relaciona con su padre y familia paterna de forma satisfactoria y que cumple el derecho de visitas con recogida en un punto de encuentro, por tanto, con garantías adicionales para la efectividad de las visitas. Es la menor quien presenta el interés preferente a relacionarse con su padre, siempre que no se produzcan episodio que pueda perjudicarla, debiendo obviarse otros intereses como el manifestado por la madre. Por lo que, resulta procedente la modificación del derecho de visitas (art. 90.3 CC).

Ahora bien, como ocurre con la guarda y custodia compartida, esta situación de pendencia de proceso penal, o de la existencia de indicios fundados, en que aún no existe sentencia judicial puede resultar un tanto «incompatible» con la presunción de inocencia del progenitor denunciado, su derecho de defensa y la falta de garantías propias de un proceso penal —al operar en un proceso civil—; lo que genera cierta inseguridad jurídica, si luego resulta no condenado¹⁶⁸. De ahí que, el Juzgado de Primera Instancia de Móstoles, sección 7.^a, mediante auto de 22 de marzo de 2022¹⁶⁹ haya planteado cuestión de inconstitucionalidad del artículo 94 párrafo cuarto del Código Civil por vulnerar lo establecido en los artículos 10.1, 14, 24.2, 39.1, 39.2 y 81.1 de la Constitución española y, asimismo, queda en suspenso la decisión sobre el fondo del asunto en tanto no se resuelve la presente cuestión de inconstitucionalidad. Respecto de la vulneración del citado artículo 10.1 considera la juzgadora que el precepto de aplicación (art. 94.4 CC),

precisamente, vulnera el derecho de los menores al libre desarrollo de su personalidad como fundamento del orden público y de la paz social. Evidentemente, cuando el trato con un progenitor puede ser pernicioso para el menor, el superior interés de este hace ceder el derecho reconocido en los tratados internacionales y en la propia Constitución a relacionarse con su progenitor. El precepto de aplicación no sería, a juicio de la juzgadora, inconstitucional si no impusiera el juez la obligación de suspender las comunicaciones y estancias con el progenitor incurrido en un procedimiento penal por atentar contra la integridad física del menor, y que no queda satisfactoriamente salvado por la potestad del juez de razonar motivadamente la inaplicación de la norma, eliminando aparentemente su rigor. Hay que destacar que el libre desarrollo de la personalidad de un menor está íntimamente relacionado con el desarrollo afectivo y educativo que sus padres les proporcionan, contribuyendo estos por igual, cada uno con sus roles y con sus diferentes aportaciones a la formación de su personalidad. Privarle de contacto automático con uno de ellos sin justificación, atenta contra el derecho del menor. En cuanto a la posible vulneración del artículo 14 se argumenta que el precepto de aplicación vulnera el derecho a la igualdad de los menores que ven cercenado su derecho a disfrutar de la compañía de sus padres sin justificación alguna y excluyendo o limitando hasta el extremo el control judicial. Los menores tienen derecho a relacionarse en condiciones de igualdad con cada uno de ellos, salvo que el superior interés de estos aconseje la limitación de este derecho con alguno de los progenitores, lo cual debe ser examinado por el juez con plena libertad de decisión.

Respecto a la posible vulneración del artículo 24.2 y relación con la independencia del artículo 117 ambos de la Constitución española la juzgadora considera que el precepto de aplicación vulnera el derecho a la presunción de inocencia, al establecer de forma automática una sanción civil a la investigación de un delito. Si bien, la privación del derecho a las visitas y estancias con los hijos puede ser acordada como medida cautelar en el procedimiento de instrucción que se siga, en este caso, la adopción de la medida cautelar estaría plenamente justificada por obedecer a una decisión judicial libremente tomada atendiendo al juicio de proporcionalidad, necesidad e idoneidad tras el examen de los indicios probatorios existentes en la instrucción. Por el contrario, en el caso del artículo 94.4, no nos hallamos ante una medida cautelar personal de carácter penal sino ante la consecuencia jurídica automática de la aplicación al supuesto de hecho de una norma civil. Dicha consecuencia jurídica tiene índole sancionadora, por privar de un derecho constitucional al investigado (el derecho a relacionarse con su hijo del artículo 39.2 de la Constitución española), sin atender al principio de presunción de inocencia. El juez civil, con independencia de lo que se haya actuado en la investigación penal, está obligado a adoptar una consecuencia jurídica automática de índole sancionadora, aplicando la privación de un derecho a la mera investigación, conculcando, en opinión de la juzgadora, el derecho a la presunción de inocencia. Ciertamente, entiende la juzgadora, que el legislador pareciera como si en realidad pretendiera apartar a los jueces de la decisión, imponiéndoles un automatismo legal en sus decisiones, algo que ya fue reprochado por el Alto Tribunal al que se dirige en sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 85/2012, de 17 de octubre, en la que se declaró nulo el inciso «favorable», al considerar que la exigencia del informe favorable del Ministerio Fiscal, del artículo 92.8 del Código Civil era contraria a lo dispuesto en el artículo 117.3 de la Constitución española, pues, limita injustificadamente la potestad jurisdiccional que este precepto otorga con carácter exclusivo al Poder Judicial así como que la vinculación

preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial. Como curiosidad en este supuesto, si se hace oportuna referencia al derecho a comunicarse; a diferencia, recordemos, del apartado 1 de esta misma norma que la omite. Se opera por vía de excepción y mediante resolución motivada, siempre que se den los dos supuestos descritos en la norma de forma conjunta, ofreciendo con ello cierto margen de actuación a la autoridad judicial.

En todo caso, el mencionado artículo 770 de la LEC dispone al respecto que: «4.ª (...) Si el procedimiento fuere contencioso y se estimare necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o de los propios hijos, podrán ser oídos cuando tengan menos de doce años, debiendo ser oídos en todo caso si hubieran alcanzado dicha edad. También habrán de ser oídos cuando precisen apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y este sea prestado por los progenitores, así como los hijos con discapacidad, cuando se discuta el uso de la vivienda familiar y la estén usando. En las audiencias con los hijos menores o con los mayores con discapacidad que precisen apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica se garantizará por la autoridad judicial que sean realizadas en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario».

Este derecho a ser oído o de audiencia de los hijos menores supone la comparecencia del menor en sede judicial y facilita al juez la valoración integral de la relación paterno-filial. Si bien, como se indica en la norma trascrita, excepcionalmente y cuando resulte necesario también se puede recabar el auxilio de especialistas.

No obstante lo expuesto, hemos de poner, asimismo, de manifiesto que, en caso de violencia de género, el juez podrá ordenar, incluso de oficio, como medida cautelar, la suspensión del régimen de visitas (art. 61.2 y 66 de la Ley Orgánica 1/2004).

Por su parte, recordemos que, el apartado 5 del artículo 94 del Código Civil entiendo que, no procede en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos¹⁷¹.

Sobre tales bases, el artículo 160.1 del Código Civil, asimismo, prevé para el progenitor no custodio un derecho de visitas, comunicación o estancia con sus hijos menores, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad pública. Precisamente, a esta corresponde regular las visitas y comunicaciones que, se otorgan tanto los progenitores, como a los abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores que, se encuentren en situación de desamparo. Dentro de su competencia, puede en interés del menor acordar motivadamente la suspensión temporal de las mismas previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, con inmediata notificación al Ministerio Fiscal (art. 161 CC).

Por lo que, tanto el juez puede fijar un régimen de visitas, o no concederlo, suspender el ya existente, optar por un régimen progresivo de visitas; o, en fin, que se lleve a cabo en un punto de encuentro familiar, cuyo régimen jurídico y funcionamiento depende de cada comunidad autónoma.

Ahora bien, en esta línea y en el ámbito específico de la violencia de género señalar que: 1. Por un lado que, atendiendo al criterio general previsto en el ar-

título 2.2 c) de la LOPJM —la vida del menor se desarrolle en un entorno familiar adecuado y libre de violencia— el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004 incluye a los menores como víctimas directas de la violencia de género; el artículo 61 de esta misma Ley hace hincapié en la obligación de los jueces de adoptar, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, las medidas cautelares y de aseguramiento previstas en esta Ley Orgánica 1/2004, especialmente de las contenidas en los artículos 64, 65 y 66, determinando su plazo y su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que, fueran precisas. Al respecto, el mencionado artículo 66 establece que, el juez podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él. De no acordarse la suspensión, el juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo. Asimismo, adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizar un seguimiento periódico de su evolución.

También, el juez podrá suspender para el inculcado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él. Si no acordara la suspensión, el juez deberá pronunciarse; en todo caso, sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de los menores. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución (art. 65 de dicha Ley Orgánica).

Por otro lado, las Administraciones públicas deberán prestar especial atención a la protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes que conviven en entornos familiares marcados por la violencia de género, garantizando la detección de estos casos y su respuesta específica, que garantice la plena protección de sus derechos. Así, las actuaciones de las Administraciones públicas deben producirse de una forma integral, contemplando conjuntamente la recuperación de la persona menor de edad y de la madre, ambas víctimas de la violencia de género. Concretamente, se garantiza el apoyo necesario para que las niñas, niños y adolescentes, de cara a su protección, atención especializada y recuperación, permanezcan con la mujer, salvo si ello, es contrario a su interés superior. Ciertamente, en el hogar familiar los menores pueden ser víctimas directas de la violencia de género, o sufrirla indirectamente a través de la que se ejerce sobre sus madres por sus padres.

Para ello, los servicios sociales y de protección de la infancia y adolescencia asegurarán: a) La detección y la respuesta específica a las situaciones de violencia de género; y, b) La derivación y la coordinación con los servicios de atención especializada a menores de edad víctimas de violencia de género.

Asimismo, se seguirán las pautas de actuación establecidas en los protocolos que en materia de violencia de género tienen los diferentes organismos sanitarios, policiales, educativos, judiciales y de igualdad (art. 29 de la LOPIVI).

Ahora bien, en la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010, como indicamos en líneas precedentes, existen expresas referencias a la pena de inhabilitación especial de la patria potestad: una se encuentra en el artículo 55 que se prevé como potestativa y con naturaleza accesoria para todo tipo de

condena de prisión igual o superior a diez años, siempre que se aprecie una vinculación entre el delito y el ejercicio de la patria potestad¹⁷². No obstante, se puede imponer como pena principal para el supuesto que se trata y el juez, podrá además de la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, o bien la privación de la patria potestad, cuando estos derechos hubiesen tenido relación directa con el delito cometido¹⁷³. Vinculación que deberá determinarse expresamente en la sentencia; y, otra proceden del texto original de la Ley Orgánica 10/1995 se encuentran en los artículo 192 relativo a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, artículos 226 delitos contra las relaciones familiares y, en el artículo 233, también dentro del mismo título —que se refiere a la imposición de la pena de inhabilitación especial para los delitos previstos en los artículos 229 al 232—. En estos casos, su imposición no es vinculante, sino potestativa lo que exige una específica motivación. Asimismo, se impone como obligatoria la pena de inhabilitación de la patria potestad para los supuestos de homicidio, en cualquiera de sus formas, cuando el condenado ha dado muerte al otro progenitor del menor o alguno de sus hermanos o hermanas (art. 140 bis). Asimismo, en el caso que se haya impuesto la pena de privación de la patria potestad, ello implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo solo aquellos derechos de los que sea titular el hijo o la hija respecto de la persona condenada que se determinen judicialmente. Para concretar qué derechos de las personas menores de edad o personas con discapacidad han de subsistir en caso de privación de la patria potestad y para determinar respecto de qué personas se acuerda la pena, la autoridad judicial valorará el interés superior de la persona menor de edad o con discapacidad, en relación a las circunstancias del caso concreto. Si bien, la autoridad judicial podrá acordar estas penas respecto de todas o algunas de las personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que estén a cargo de la persona condenada (art. 46). En todo caso, se prevé la pena de inhabilitación de la patria potestad para los delitos contra la libertad e indemnidad sexual (art. 192.3).

Respecto a las medidas cautelares previstas en el procedimiento penal y en el procedimiento civil, el artículo 544 ter apartados 6 y 7 de la LECrim —reformado por esta Ley Orgánica 8/2021— establece, al respecto, sobre las medidas cautelares que se pueden adoptar de carácter penal, civil —solicitadas por la propia víctima menor de edad o adolescentes— y las medidas de contenido penal y en su caso civil que se pueden tomar en caso de la existencia de una orden de protección por el juez instructor ante un caso de violencia de género o doméstica, así dispone el citado precepto en el apartado 6 que: «*las medidas cautelares de carácter penal podrán consistir en cualesquiera de las previstas en la legislación procesal criminal. Sus requisitos, contenido y vigencia serán los establecidos con carácter general en esta ley. Se adoptarán por el Juez de instrucción atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima y, en su caso, de las personas sometidas a su patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento*». Se trata de medidas cautelares de orden civil que el juez penal puede adoptar. Ciertamente, cualquiera de estas medidas están destinadas a la protección de los hijos/as; y, forman parte del conjunto de medidas que permiten al juez penal acordar en la orden de protección, «coligadas» al procedimiento penal.

En cuanto a *las medidas de naturaleza civil*, referidas en el apartado 7 de tal artículo 544 ter, cuando no han sido adoptadas en el seno de un proceso civil, pueden ser acordadas en el curso de un proceso penal deberán ser solicitadas *por la víctima* o su representante legal, o bien por el *Ministerio Fiscal* cuando

existan hijos menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, determinando su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil.

En todo caso, cuando existan menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que convivan con la víctima y dependan de ella, el juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de las referidas medidas. Por lo que, tales medidas pueden ser solicitadas por la víctima o su representante legal, el Ministerio Fiscal o el juez de oficio.

Estas *medidas podrán consistir*: 1. En la forma en que se ejercerá la patria potestad, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho; 2. En la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar; 3. En determinar el régimen de guarda y custodia, suspensión o mantenimiento del régimen de visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección; y, 4. El régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios.

Respecto a la suspensión del *régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado respecto de los menores que dependan de él*, se especifica que, se adoptará cuando: 1. Se dicte una orden de protección con medidas de contenido penal, como analizaremos en el siguiente apartado; y, 2. Existan indicios fundados de que los hijos e hijas menores de edad hubieran presenciado, sufrido o convivido con la violencia, la autoridad judicial, de oficio o a instancia de parte, suspenderá el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado respecto de los menores que dependan de él. No obstante, a instancia de parte, la autoridad judicial podrá no acordar la suspensión mediante resolución motivada en el interés superior del menor y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial.

Las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia temporal de treinta días. Si bien, se diera el supuesto que, dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil, las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el juez de primera instancia que resulte competente (art. 544 ter.7 apartados 3 y 4 de la LECrim). En todo caso, puede no tener lugar en este contexto la suspensión del régimen de visitas, comunicación o estancia, si el juez decide fijarlas o mantenerlas mediante resolución motivada fundada en interés del menor y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial (art. 94.4 *in fine* CC).

De todas formas, recordemos que, también se otorga al juez civil la opción de suspender la patria potestad, la guarda y custodia, y el régimen de visitas cuando los hechos violentos tienen lugar en el entorno familiar (arts. 92.7 y 158 CC). Si bien, en todos los supuestos apuntados la LOPIVI no ha optado por dejar margen de actuación al juez atendiendo al caso concreto, sino que ha optado por la normativización de la obligación, por ejemplo, de suspender el régimen de visitas.

Por otra parte, el régimen de comunicación y visitas de los progenitores y los hijos e hijas menores en casos de ruptura de la relación conyugal (art. 94 CC) y las condiciones de ejercicio de la patria potestad (art. 156 CC) en contextos familiares en que alguno de los progenitores, en particular, las madres son víctimas de violencia por parte de sus parejas o exparejas y padres de los menores tiene

reflejo normativo en la legislación foral o especial: así en el artículo 236 apartado quinto de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, se establecía que la autoridad judicial puede denegar o suspender el derecho de los progenitores a tener relaciones personales con los hijos, así como puede variar sus modalidades de ejercicio, si incumplen sus deberes, si la relación puede perjudicar el interés de los hijos, o si existe justa causa, concurriendo esta siempre que los menores son víctimas directas o indirectas de violencia familiar o machista. El actual artículo 236-5 apartado 1 del Código Civil catalán mantiene la redacción, suprimiendo tan sólo la referencia a la existencia de justa causa y su operatividad.

En el artículo 3 de la Ley Foral navarra 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, se limita al juez la posibilidad de atribuir la custodia compartida o individual cuando el progenitor esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor. La norma dice expresamente que en estos casos «no procederá» la atribución de la guarda y custodia, que tampoco lo hará cuando el juez advierta, en las alegaciones de las partes y en las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados y racionales de violencia doméstica o de género.

El artículo 80, apartado seis del Código Civil de Aragón determina que, no cabe la atribución de la guarda y custodia, sea individual o sea compartida, al progenitor que «esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género».

Y, en el artículo 11 de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, que «no procede atribuir la guarda y custodia de los hijos e hijas, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos y ellas, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme por un delito de violencia doméstica o de género por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro miembro de la pareja o de los hijos e hijas que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal». Y continúa, previendo un sistema de medidas cautelares coherente con la previsión que antecede: «En este sentido, los indicios fundados de la comisión de dichos delitos serán tenidos en cuenta por el juez como circunstancias relevantes a los efectos del establecimiento o modificación de las medidas previstas en esta ley en relación con dicho régimen, del mismo modo que lo podrá ser, en su caso, la resolución absolutoria que pudiera recaer posteriormente».

También se hace oportuna referencia de tal necesidad en un dictamen del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, fechado el 18 de julio de 2014, y condenatorio del Estado español (asunto Ángela González Carreño), recomienda a nuestro país «tomar medidas adecuadas y efectivas para que los antecedentes de violencia doméstica sean tenidos en cuenta en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, y para que el ejercicio de los derechos de visita o custodia no ponga en peligro la seguridad de las víctimas de la violencia, incluidos los hijos».

Tras ello, la Ley Orgánica 8/2015, recordemos, dio nueva redacción al artículo 1.2 LOVG para reconocer expresamente que los menores también son víctimas de la violencia de género en el ámbito de las relaciones familiares. Lo mismo que, había hecho previamente el artículo 10 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito. También en el año 2015, se modifican por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, los artículos 153.2 y 173.2 del Código Penal para formular la protección penal directa de las víctimas menores.

Por su parte, La Ley 4/2015, de 27 de abril modifica el artículo 544 *ter* de la LECr., referido a las órdenes de protección de las víctimas de violencia de género, estableciendo en el apartado siete, en relación con las medidas cautelares de naturaleza civil, que *«cuando existan menores o personas con capacidad judicialmente modificada que convivan con la víctima y dependan de ella, el juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de las referidas medidas. Estas medidas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de guarda y custodia, visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios»*.

Por lo que, hace al régimen de relaciones parentales la disposición final tercera de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, como bien indicamos, modifica los artículos 65 y 66 de la Ley Orgánica 1/2004. En su primera redacción estos preveían que el órgano judicial pudiera suspender con carácter cautelar o definitivo el ejercicio de la patria potestad, la guarda y custodia, o el régimen de visitas por parte del inculpado por violencia de género, y respecto de los menores de él dependientes. La modificación de 2015 establece, reiterando las previsiones anteriores, que el órgano judicial podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de las facultades vinculadas a la responsabilidad parental respecto de los menores que dependan de él, pero añade además que si no adopta esta decisión deberá pronunciarse, en función del supuesto concreto, sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o guarda de hecho, o el régimen de estancia, relación o comunicación de los menores que dependan de él.

En este panorama legislativo, como indicamos en líneas precedentes, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de noviembre de 2015¹⁷⁴ fijó como doctrina jurisprudencial que el juez o tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato a su cónyuge, al menor o a alguno de sus hermanos, valorando los factores de riesgo existentes.

En la XII legislatura se aprueba por asentimiento una propuesta presentada a instancia de los grupos parlamentarios Popular en el Congreso, Socialista, Confederación de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, Ciudadanos, de Esquerra Republicana, Vasco (EAJ-PNV) y Mixto, de crear, en el seno de la Comisión de Igualdad, una subcomisión para estudiar la elaboración de un pacto de Estado en materia de violencia de género. La subcomisión será creada por el Pleno del Congreso en su sesión de 21 de diciembre de 2016 («BOCG» de 30 de diciembre de 2016). El 28 de septiembre de 2017 se aprobaría el informe de la subcomisión por unanimidad del Pleno del Congreso de los Diputados, resultando de ese texto el pacto de Estado que firmaron los distintos grupos parlamentarios (entre los que todavía no se encontraba el de pertenencia de los recurrentes en el presente proceso constitucional), ratificándolo las comunidades autónomas y las entidades locales representadas en la Federación Española de Municipios y Provincias en diciembre del mismo año.

El eje cuarto del pacto se refiere a la intensificación de la asistencia y protección específica de los menores, lo que parte de su reconocimiento como víctimas directas y propone, entre otras cosas, la revisión de las medidas civiles relativas a la custodia de los menores, apuntando en la línea marcada por la legislación foral. En este marco, la medida 204 propone «establecer el carácter imperativo de la suspensión del régimen de visitas en todos los casos en los que el menor hubiera presenciado, sufrido o convivido con manifestaciones de violencia, sin perjuicio de adoptar medidas para impulsar la aplicación de los artículos 65 y 66 de la Ley Orgánica 1/2004». Y, por su parte, la medida 207 dispone «desvincular la intervención psicológica con menores expuestos a violencia de género del ejercicio de la patria potestad; en consecuencia, modificar el artículo 156 del Código Civil para que la atención y asistencia psicológica quede fuera del catálogo de actos que requieren una decisión común en el ejercicio de la patria potestad, cuando exista sentencia firme o hubiera una causa penal en curso por malos tratos o abusos sexuales». Resulta sencillo identificar que son estas dos medidas las que se llevan a los apartados 10 y 19 del artículo segundo de la Ley 8/2021.

A) *Planteamiento de recurso de inconstitucionalidad y cuestión de inconstitucionalidad del artículo 94 apartado 4 del Código Civil. Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional, sección Pleno, de 13 de septiembre de 2022*

En este contexto, procede señalar que, mediante escrito presentado en el registro de este tribunal el día 3 de septiembre de 2021, más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados, presentaron recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 2.10 y 19 de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

El recurso de inconstitucionalidad inicia su razonamiento destacando el carácter injustificado de la reforma normativa que cuestiona, al considerar que las normas impugnadas nada tienen que ver con la modificación que la Ley 8/2021 implementa y, menos aún, con la adecuación a nuestro ordenamiento jurídico de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, a la que se alude en el preámbulo como justificación de la reforma. Existe, a juicio de los recurrentes, una total desconexión de los preceptos cuestionados con la finalidad perseguida por la Ley 8/2021, sin que en el preámbulo de la ley se justifique la introducción de los preceptos impugnados.

Tras dicha valoración, el recurso se estructura en dos partes diferenciadas que se refieren: a) a la inconstitucionalidad del artículo 2.10 de la Ley 8/2021, en la redacción que efectúa al artículo 94 párrafo cuarto del Código Civil, por vulnerar los artículos 24, 117.3, 122 y 9.3 de la Constitución Española; b) a la inconstitucionalidad del artículo 2.19 de la misma Ley, en la redacción que confiere al artículo 156 párrafo segundo del Código Civil, por vulneración del artículo 117 de la Constitución española en relación con el artículo 39 de la Constitución española.

Después de reproducir el artículo 2.10 de la Ley 8/2021 e identificar el párrafo cuarto como el que constituye el objeto del recurso, indica que el precepto está destinado a regular las situaciones de conflicto que pueden plantearse con ocasión de la disolución matrimonial. Resalta que el artículo 39 de la Constitución española impone a los poderes públicos el deber de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, así como la protección integral de

los hijos y de las madres, y señala que esa tutela que debe dispensar el poder público solo será efectiva si la supervisión y, en su caso, la resolución que haya de adoptarse, en caso de que no exista acuerdo, se atribuyen a los órganos que integran el poder judicial.

Considera que el primer inciso del párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil, en la redacción que le otorga la reforma, cuando señala que «no procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos», vulnera el artículo 177 de la Constitución Española en relación con el artículo 39 de la Constitución española y el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24 de la Constitución española). Tal infracción constitucional resulta al privar al progenitor de los derechos de visita o estancia de modo automático, por imposición legal, sin opción a que el juez pueda pronunciarse de modo distinto valorando lo más conveniente para los hijos menores. Se impide de este modo la efectividad del mandato constitucional por el que se impone a la autoridad judicial velar por la protección de los menores. El precepto «limita e impide el ejercicio de la potestad jurisdiccional que, en exclusiva, corresponde a los órganos integrantes en el poder judicial», y priva al progenitor que se considere lesionado en sus derechos de la posibilidad de recurrir la decisión que debiera haber adoptado el órgano judicial, privándole de este modo del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución española). En apoyo de su pretensión reproduce parte de los fundamentos jurídicos dos a siete de la STC 185/2012, de 17 de octubre, al considerar que se pronunció sobre un caso sustancialmente idéntico al ahora planteado.

Esas mismas vulneraciones —así como la reserva de ley orgánica (arts. 81.1 y 122 de la CE)— le atribuye al segundo inciso del párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil, en la redacción que le otorga la Ley 8/2021, cuando señala que «tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género». Considera que es un supuesto esencialmente idéntico al contemplado en el primer inciso, pues la privación de los derechos de visita y estancia del progenitor opera de forma automática por decisión del legislador, sin que la autoridad judicial resuelva a favor de la mejor opción para el interés del menor, a tenor de las peculiaridades del supuesto específico. Entiende que procede proyectar los mismos argumentos expuestos para sostener la inconstitucionalidad del primer inciso, pero «además en este segundo supuesto, se añade la vulneración de la reserva de ley orgánica, tal y como resulta de los artículos 81.1 y 122 de la Constitución española, así como del derecho al juez ordinario predefinido por la ley, que consagra el artículo 24 de la Constitución española».

Entiende que, el precepto obliga al juez civil a pronunciarse acerca de la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género, cuando dicho pronunciamiento «solo se puede realizar por un órgano que pertenezca a la jurisdicción penal», a quien le corresponde además adoptar cuantas medidas considere precisas para proteger a menores y demás personas especialmente vulnerables. Asimismo, se señala que, se vulnera la reserva de ley orgánica (art. 81.1 de la Constitución española en relación con el artículo 122 de la Constitución española), al regular mediante ley ordinaria una materia propia de ley orgánica y modificar, sin rango suficiente lo que la ley orgánica había asumido como contenido propio y había regulado de modo diferente, refiriéndose en tal sentido al

carácter improrrogable de la jurisdicción (art. 9.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y a la atribución de asuntos al orden jurisdiccional penal (arts. 9.2 y 3 y 89 *bis*.2 de la LOPJ). Dicha regulación también vulnera el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 de la Constitución española), al no atribuirse la competencia al juez «ordinario», que es «aquel a quien, de modo natural, le correspondería su conocimiento», sin respetar la estructura jurisdiccional desarrollada por la LOPJ e imposibilitando la impugnación de la resolución por el progenitor afectado.

Por otra parte, considera que tanto el primero como el segundo inciso del párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil, en la redacción que les otorga la Ley 8/2021, quebrantan el principio de seguridad jurídica al no definir con exactitud la situación jurídica a la que se atribuye efectos restrictivos. Centra dicha «incertidumbre insuperable», en que no es posible determinar, conforme a los términos en que se pronuncia la ley, ni por otra vía indirecta, cuando una persona se haya «incurso en un procedimiento penal iniciado», por lo que al progenitor le resulta imposible saber con carácter previo la razón determinante de la privación de derechos.

Igualmente, entiende que en nada altera lo argumentado el contenido del último inciso del párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil cuando refiere que «no obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial», pues la privación siempre será previa a la resolución que pudiera adoptar el órgano judicial al producirse de manera automática en el momento de verificarse el supuesto de hecho previsto en la ley. El deber constitucional de velar por el superior interés y beneficio del menor no admite *vacatio*, en que el interés del menor pueda sufrir las consecuencias de una decisión automatizada que prescinde de las circunstancias que le afectan.

En relación con la inconstitucionalidad del artículo 2.19 de la misma, en la redacción que confiere al artículo 156.2 del Código Civil precisa que vulnera el artículo 117 de la Constitución española en relación con el artículo 39 de la Constitución española. Sostiene, tras reproducir el contenido del precepto, que en el mismo se «prevé la privación automática de la patria potestad con relación al progenitor que se halle en determinadas circunstancias», omitiendo la intervención del órgano judicial. Más adelante indica que el precepto «contempla la privación automática y por efecto de la ley, de la facultad que corresponde al progenitor de participar en la toma de decisiones que le incumben en el ejercicio de la patria potestad», sin resolución judicial que le limite o prive de las facultades que le conciernen.

Desglosa tres supuestos contenidos en el párrafo segundo del artículo 156 del Código Civil: 1. El caso en el que se haya dictado una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal, considera que la única interpretación posible es que la sentencia condenatoria haya establecido una privación o limitación de las facultades de la patria potestad; 2. El supuesto en el que se haya «iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores»; y, 3. La circunstancia en la que «la mujer esté recibiendo asistencia en un servicio especializado de violencia de género, siempre que medie informe emitido por dicho servicio que acredite dicha situación». En estos dos últimos casos se infringen los artículos 117 y 39 de la Constitución española, al tratarse de una injerencia del legislador en el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Entiende que, si se ha

iniciado un proceso penal, la adopción de cualquier medida en relación con la investigación de los hechos le corresponde al órgano judicial en consideración con el interés del menor. Afirma que no puede el legislador usurpar dicha función, sustituyendo el ejercicio de la potestad judicial por un automatismo impuesto sin consideración al interés del menor. Reprocha al precepto que dé preferencia a un progenitor por el mero hecho de estar recibiendo asistencia en un centro de violencia de género, único requisito que debe acreditar, prescindiendo de la resolución de un órgano judicial, adoptada en consideración al interés del menor y una vez oídas todas las partes implicadas.

En fin, por providencia de 7 de octubre de 2021, el Pleno, a propuesta de la Sección Segunda, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad y dar traslado de la demanda y documentos presentados (art. 34 de la LOTC) al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus presidentes, y al Gobierno, a través del ministro de Justicia, al objeto de que, en el plazo de quince días, pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaren convenientes, así como la publicación de la incoación del recurso en el «Boletín Oficial del Estado».

Mediante sendos escritos de 19 de octubre de 2021, la presidenta del Congreso de los Diputados y el presidente del Senado comunicaron el acuerdo de la mesa, de aquella misma fecha, en orden a que se diera por personada a las respectivas Cámaras en el procedimiento y por ofrecida su colaboración a los efectos del artículo 88.1 de la LOTC.

Por escrito registrado el 28 de octubre de 2021, el Abogado del Estado se personó en el proceso en nombre del Gobierno y solicitó que se le concediera prórroga, por el máximo legal del plazo conferido para formular alegaciones. En diligencia de ordenación de 2 de noviembre siguiente, se le tuvo por personado en la representación que legalmente ostenta y se prorrogó en ocho días el plazo concedido por providencia de 7 de octubre de 2021, a contar desde el siguiente al de la expiración del ordinario.

Por escrito de 16 de noviembre de 2021, la Abogacía del Estado presentó su escrito de alegaciones solicitando que, se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente el recurso de inconstitucionalidad.

Pues bien, responde a dicho recurso de inconstitucionalidad la sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno, de 13 de septiembre de 2022¹⁷⁵, de la que ha sido ponente el magistrado Santiago Martínez-Vares García, indica que es obligado efectuar una lectura, que alejada del encorsetamiento en los dos primeros incisos del párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil, examine el precepto impugnado de modo conjunto y sistemático. Afirma la sentencia que el precepto no priva de modo automático al progenitor del régimen de visitas o estancias como afirman los recurrentes, sino que atribuye a la autoridad judicial la decisión sobre el establecimiento o no de un régimen de visitas o estancias o la suspensión del mismo, incluso en los supuestos en los que un progenitor esté incurso en un proceso penal. Así resulta claramente si en la lectura del párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil no se omite su inciso tercero, que atribuye en todo caso la decisión relativa al establecimiento o no de un régimen de visitas y comunicación a la autoridad judicial, que deberá motivarla en atención al interés del menor.

Por ello, puede concluirse que el párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil carece de automatismo y no predetermina legalmente la privación del régimen de visita o estancia a ninguno de los progenitores.

La sentencia argumenta que el precepto impugnado no limita la posibilidad de que el órgano judicial valore la gravedad, naturaleza y alcance del delito que

se atribuye a un progenitor, ni su incidencia en la relación paterno o materno filial, su carácter doloso o imprudente, la persona o personas directamente afectadas por el mismo, así como las concretas circunstancias del caso. El precepto impugnado faculta a la autoridad judicial para que pondere entre otras las consecuencias irremediabiles que el transcurso del tiempo de duración de la instrucción puede tener para las relaciones entre el niño y los progenitores que no viven con él, así como el carácter provisional de la condición de investigado en un proceso penal, pero también el deber de adoptar medidas eficientes y razonables para proteger a los niños de actos de violencia o de atentados contra su integridad personal. Dichas medidas, desde luego, pueden ocasionar la pérdida de los derechos dimanantes de la patria potestad si el interés superior del menor, que puede incluir la seguridad de la víctima, no se puede garantizar de ninguna otra forma (art. 45 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011).

Por todo lo expuesto, debe descartarse la inconstitucionalidad del párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil.

Se indica que los recurrentes reprochan a la expresión utilizada en el párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil en la redacción dada por la Ley 8/2021: «incurso en un proceso penal iniciado», un defecto de técnica legislativa, pues consideran que, si el precepto precisa aclarar que el proceso penal debe estar iniciado, es porque cabe la posibilidad de que el progenitor se halle incurso en un proceso penal no iniciado. A ello añaden que, no existe concepto legal que describa la situación de estar incurso en un proceso penal. Lo que vienen a cuestionar los recurrentes es la utilización de la expresión «estar incurso en un procedimiento penal», al considerar más reconocibles otras como denunciado, querellado, investigado, procesado. En efecto, los propios recurrentes, pese a afirmar de modo genérico que la indicada expresión «aboca a una incertidumbre insuperable», sostienen que «incurso en un proceso penal iniciado», puede tratar de excluir los supuestos en los que no se haya resuelto sobre la denuncia o querrela. De este modo, admiten la posibilidad de que la cuestionada locución, al adjetivar «incurso en un proceso penal» con «iniciado», excluya los procedimientos penales pendientes de una decisión sobre su admisión. Por lo que, al margen de las dudas interpretativas que los recurrentes atribuyen al precepto, no está en entredicho la previsibilidad y certeza de la norma. Como hemos afirmado anteriormente el juicio de constitucionalidad no es un juicio de técnica legislativa, pues no es este tribunal «juez de la calidad técnica de las leyes», en su triple dimensión de corrección técnica, oportunidad o utilidad de las leyes.

En todo caso, la naturaleza de las medidas restrictivas de derechos contenidas en la norma cuestionada y su interpretación sistemática, permite afirmar que si la autoridad judicial decidiera la suspensión del régimen de visitas, respecto del progenitor denunciado o querellado que hubiera sido imputado por cualquiera de los delitos que el párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil señala que, habrá de hacerlo mediante una resolución motivada, en la que valore la relación indiciaria del progenitor con los hechos delictivos que han dado lugar a la formación del proceso penal.

Por lo expuesto, debe descartarse la vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución española).

Por otra parte, se indica que, los recurrentes consideran que el párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil, al atribuir a la jurisdicción civil el pronunciamiento acerca de la existencia de indicios de delito en lugar de a la jurisdicción

penal, que es a la que —a su juicio— le corresponde de modo «ordinario» por su vinculación «natural» con el objeto del litigio, ha vulnerado el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 de la CE), y al hacerlo mediante ley ordinaria, ha menoscabado el principio de reserva de ley orgánica (arts. 81.1 y 122 de la Constitución española) modificando sin rango suficiente lo previsto por la Ley Orgánica del Poder Judicial (arts. 9.2 y 3, y 89 bis.2 del LOPJ).

El planteamiento de los recurrentes lleva a recordar la doctrina que este tribunal ha establecido al interpretar el «derecho al juez ordinario predeterminado por la ley» (art. 24 de la Constitución española), y más en concreto a examinar tanto el concepto de «ordinario», que los recurrentes equiparan a «natural», así como la naturaleza de la norma a la que alude el artículo 24.2 de la Constitución española —«predeterminado por la ley»— en relación con los artículos 81.1 y 122 de la Constitución española, que los recurrentes consideran que debe tener carácter de orgánica.

El principio consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución española, en relación con el «derecho al juez ordinario predeterminado por la ley», significa desde luego la «garantía para el justiciable de una predeterminación del órgano judicial que ha de instruir, conocer y decidir (...) pero también indica que dicho 'juez ordinario' es el que se establezca por el legislador. Como ha venido sosteniendo este tribunal, el derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la ley exige que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, con generalidad y con anterioridad al caso, y que la composición de ese órgano venga determinada por la ley, (...) que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional (...). La Constitución prohíbe jueces excepcionales o no ordinarios, pero permite al legislador una determinación de las competencias de acuerdo a los intereses de la justicia, y teniendo en cuenta experiencias propias y ajenas» (STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 6).

La exigencia de «ordinario» desde un punto de vista negativo viene establecida «por el artículo 117.6 de la Constitución española cuando al declarar lapidariamente que "se prohíben los tribunales de excepción", excluye la existencia de órganos judiciales que excepcionen el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley» (STC 204/1994, de 11 de julio, FJ 4). La doctrina de este tribunal es muy clara: «el derecho al llamado juez legal comprende, entre otras consideraciones, la exclusión de las distintas modalidades del juez "ad hoc" excepcional o especial, junto a la exigencia de la predeterminación del órgano judicial, predeterminación que debe tener por origen, una norma dotada de generalidad, y que debe haberse dictado con anterioridad al hecho motivador del proceso, respetando en todo, la reserva de ley en la materia» (STC 193/1996, de 26 de noviembre, FJ 1).

Asimismo, se afirma que la naturaleza de las medidas restrictivas de derechos contenidas en la norma cuestionada y su interpretación sistemática, permite señalar que si la autoridad judicial decidiera la suspensión del régimen de visitas o estancias, respecto del progenitor denunciado o querrellado que hubiera sido imputado formalmente por cualquiera de los delitos que el párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil indica, habrá de hacerlo mediante una resolución motivada, en la que valore la relación indiciaria del progenitor con los hechos delictivos que han dado lugar a la formación del proceso penal, así como la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas.

Finalmente, la sentencia también rechaza que la regulación del artículo 156.2 del Código Civil sea inconstitucional, pues ni se advierte, ni se argumenta en el recurso, que la atribución a uno de los progenitores de la decisión de que el menor sea asistido y atendido psicológicamente, informando previamente al otro, en los

obvia totalmente esa conexión de sentido y razona como si las medidas cuestionadas no tuvieran nada que ver con la protección de las madres de los niños y niñas víctimas de violencia de género. La sentencia elige una perspectiva de examen excluyente de la mujer, por más que cite el Convenio de Estambul en un par de ocasiones.

La reforma legislativa objeto de examen de constitucionalidad en esta sentencia, se realizó con el objetivo de abordar una dimensión muy concreta de la violencia contra las mujeres (que denominaremos aquí, para no alterar la nomenclatura del pacto, como violencia de género). Y ello supone, como tantas veces sucedió en el pasado, privar de visibilidad a las mujeres que, siendo madres, viven situaciones de violencia ejercida por sus parejas o exparejas y padres al tiempo de sus hijos e hijas. La sentencia que nos ocupa construye toda la argumentación en torno a los hijos e hijas y a la relación con sus padres, sin introducir en la reflexión el elemento esencial que mediatiza esa relación y que es la violencia contra la mujer. El principio feminista de que «lo que no se nombra no existe», es una exigencia universal que el feminismo particulariza para las mujeres e integra en su reivindicación de la igualdad como un elemento de importancia. Y, en esta sentencia, no se interioriza, por más que se cite el Pacto de Estado. No se nombra la violencia contra la mujer. Y no se considera que las medidas controvertidas tienen por finalidad no solo la protección de los hijos e hijas que viven sometidos a situaciones de violencia directa o indirecta, sino la protección de sus madres que pueden sufrir, a través del trato que los padres dispensan a los menores, situaciones de violencia vicaria en distinto grado de intensidad.

Por estas razones, y las que a continuación se detallan, las magistradas y el magistrado que suscribimos el presente voto particular rechazamos la argumentación empleada por la mayoría, que da un significado a la dicción literal del precepto cuestionado que se aparta de toda lógica condicional, que ignora la perspectiva de género y que limita el alcance normativo del artículo 94 párrafo cuarto del Código Civil y del inciso segundo del artículo 156 del Código Civil.

Ahora bien, aunque el disenso en la argumentación tiene que ver con la ausencia de enfoque feminista en la sentencia del Pleno, esa discrepancia se acentúa en particular en relación con la interpretación conforme de constitucionalidad que se realiza respecto del artículo 94 del Código Civil. La sentencia aprobada por el Pleno afirma que el artículo 94 del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 8/2021 «no priva de modo automático al progenitor del régimen de visitas o estancias (...) sino que atribuye a la autoridad judicial la decisión sobre el establecimiento o no de un régimen de visitas o estancias o la suspensión del mismo, incluso en los supuestos en los que un progenitor esté incurso en un proceso penal iniciado» por hechos calificables como violencia de género, o «cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género». Por tanto, la sentencia sostiene que el margen de decisión del juzgador abarca la posibilidad de limitar las relaciones y derechos parentales o no hacerlo, en función de las circunstancias del caso, porque solo de este modo es posible asegurar el interés superior del menor. Resulta clarificadora de este argumento la afirmación de que «cuando está en juego el interés del menor debe huirse de decisiones regladas o uniformes incluso en aquellos supuestos especialmente graves y que deberán ser tenidos en cuenta en el momento de estipular los derechos de visita relativos a los hijos».

Esta interpretación, y el argumento en que se funda, esto es la garantía del interés superior del menor que se conecta con el artículo 39 de la Constitución

española en los términos que describe adecuadamente la sentencia, esquivando y elude la dicción literal del precepto, e ignora que la evolución normativa descrita previamente tiende a reducir el margen de apreciación del órgano judicial para imponer progresivamente medidas más restrictivas del mantenimiento de las relaciones parentales, en aplicación de un principio de precaución y de protección que no es ajeno a la garantía del interés superior de los menores, buscando preservar además la integridad física y moral de sus madres. Y ello habida cuenta de que se constata, estadísticamente, la existencia de una innegable violencia vicaria, que utiliza el maltrato a los hijos como medida de presión y control de sus madres.

La salvaguarda del principio de conservación de la norma, como se ha dicho en repetidas ocasiones por el Tribunal «encuentra su límite en las interpretaciones respetuosas tanto de la literalidad como del contenido de la norma cuestionada, de manera que la interpretación de conformidad con los mandatos constitucionales sea efectivamente deducible, de modo natural y no forzado, de la disposición impugnada (STC 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 7), sin que corresponda a este tribunal la reconstrucción de la norma en contra de su sentido evidente con la finalidad de encontrar un sentido constitucional, asumiendo una función de legislador positivo que en ningún caso le corresponde» (por todas STC 116/2017, FJ 3). A nuestro juicio, la interpretación realizada por la sentencia, no se corresponde con su sentido evidente. Y, su sentido evidente, tampoco entra en contradicción con ningún precepto constitucional.

En este contexto, la necesidad de proteger a las personas menores de edad no solo de esta clase extrema de violencia de género, sino también de las consecuencias nocivas para su desarrollo físico, psíquico y emocional que, derivan demostradamente de la convivencia con esta clase de violencia, apuntaban a la necesidad de modificar el régimen preexistente. Así se refleja en el informe de la subcomisión y en el Pacto de Estado. Y así se traslada a la norma impugnada. El sentido de la reforma legislativa enjuiciada era transformar la excepción aplicativa hasta ese momento en la regla general para asegurar la adopción de medidas de limitación de las relaciones parentales en los casos de violencia de género, pudiendo mantenerse incólumes dichas relaciones allí donde el órgano judicial lo apreciase, motivadamente, oportuno.

La lectura del artículo 94 párrafo cuarto del Código Civil que realiza la sentencia aprobada por la mayoría dando a entender que no modula en modo alguno la discrecionalidad judicial a la hora de establecer regímenes de estancias, visitas y comunicaciones en casos de violencia de género o violencia doméstica, neutraliza por completo la finalidad que dicha norma está llamada a cumplir, y que ha justificado su incorporación al ordenamiento jurídico, y la convierte en completamente innecesaria, por cuanto no aportaría nada adicional en relación con la realidad jurídica preexistente. En otras palabras, el efecto de una interpretación del precepto como la que formula la sentencia aprobada por la mayoría equivaldría, a efectos prácticos, a una anulación del mismo consiguiente a su declaración de inconstitucionalidad, lo que constituye una clara contradicción entre la argumentación y el fallo.

Si bien, la sentencia de que discrepamos pone el énfasis en la necesidad de preservar el interés superior del menor, parece situar dicho interés, de manera casi exclusiva, en el mantenimiento de sus relaciones familiares, amparadas por el artículo 39 de la Constitución española y por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se cita en ella.

Es cierto que, la norma sometida a control de constitucionalidad responde de manera directa al deseo y la necesidad de preservar el interés superior del menor,

pero este interés no se enfoca tanto hacia la preservación de sus relaciones familiares como hacia la protección de las personas menores de edad de las graves y nocivas consecuencias que para su vida, integridad física y moral y para el libre desarrollo de su personalidad derivan de su exposición a conductas de violencia de género o violencia doméstica. Esta protección de la vida, integridad física y moral de las personas menores de edad, amparada no solo por el artículo 39 de la Constitución española sino también por el derecho fundamental consagrado en el artículo 15 de la Constitución española, y el deseo de garantizar el libre desarrollo de su personalidad en los términos que exige el artículo 10.1 de la Constitución española, se sitúan claramente por el legislador por delante del mantenimiento de las relaciones familiares en aquellas situaciones de conflicto que exijan llevar a cabo un juicio de ponderación entre ambas manifestaciones del interés del menor.

Esta opción legislativa encuentra, a nuestro juicio, pleno amparo constitucional no solo en la libertad de configuración del legislador y en el artículo 39 de la Constitución española, profusamente analizados en la sentencia aprobada por la mayoría, sino también, y de manera prioritaria, en la protección de los derechos fundamentales a la vida e integridad física y moral de las personas menores de edad (art. 15 de la Constitución española) y la garantía del libre desarrollo de su personalidad (art. 10 de la Constitución española), que, como fundamento del orden político y la paz social, ha de inspirar la actuación de todos los poderes públicos.

Por otra parte, como venimos reiterando, la sentencia omite por completo que junto a la finalidad esencial de preservar a las personas menores de edad de las graves y nocivas consecuencias que para su vida, integridad física y moral y su adecuado desarrollo tiene la exposición a conductas de violencia de género o violencia doméstica, el precepto está también orientado a proteger a las mujeres víctimas de la violencia de género de actos y conductas dirigidos a causarles daño a través de sus hijos e hijas menores de edad, en los términos expuestos por el artículo 1, apartado cuarto Ley Orgánica de Violencia de Género. Esta finalidad encontraría asimismo fundamento en el artículo 15 de la Constitución española, además de en el artículo 39.2 del propio texto constitucional, que con absoluta claridad afirma que «los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos (...) y de las madres».

Esta opción resulta, asimismo, coherente con las obligaciones asumidas por el Estado español a través de los tratados internacionales válidamente ratificados por el mismo, en particular el Convenio de Estambul, cuyo artículo 31, apartado segundo, expresamente dispone que «las partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que el ejercicio de ningún derecho de visita o custodia ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños».

La deliberada omisión en la sentencia de toda referencia a la violencia de género, en general, y a la violencia vicaria, en particular, constituye una auténtica invisibilización de estas realidades desgraciadamente presentes de manera notoria en nuestra sociedad, invisibilización que resulta particularmente incomprensible en lo que se refiere a la violencia vicaria, que claramente se sitúa en el origen y fundamento del precepto examinado, y que se ha cobrado ya la vida de cuarenta y siete niños y niñas desde el año 2013, en que comenzaron a recopilarse datos relativos a esta particular clase de violencia.

La invisibilización de la violencia de género, que constituye la manifestación más grave de la desigualdad entre mujeres y hombres supone también ignorar por completo que el principio de igualdad entre mujeres y hombres, como regla

hermenéutica general, ha de integrarse y observarse en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres).

En este contexto, el Pleno del Tribunal Constitucional ha decidido desestimar por unanimidad el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados contra la regulación dada a los artículos 94.4 y 156.2 del Código Civil por la Ley 8/2021 y, asimismo, ha decidido por unanimidad que el régimen de visitas, comunicaciones y estancias sea determinado por la autoridad judicial. Efectivamente el citado artículo 94 en su apartado 1 fija como regla general que la autoridad judicial determinará el tiempo, modo y lugar en el que el progenitor no custodio pueda ejercer el derecho a visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. No obstante, se faculta a la autoridad judicial, para que, previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal, pueda limitar o suspender tales derechos en dos casos: si se dan circunstancias relevantes que así lo aconsejen; o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por resolución judicial. Frente a ello, se impone imperativamente a la autoridad judicial que no procederá el establecimiento de un régimen de visitas o estancia respecto del progenitor no custodio y, si existiese ya se suspenderá también en dos casos: cuando aquel esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos; o cuando la autoridad judicial advierta de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Si bien, se le deja un cierto margen de actuación en el sentido que la autoridad judicial podrá siempre en resolución motivada y operando sobre el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad y previa evaluación de la situación de la relación paternofamiliar establecer, aun dándose tales supuestos, un régimen de vistas, comunicación o estancia.

Por tanto, para dejar inoperativa la imperatividad en la actuación judicial se exigen varios elementos: el interés superior del menor, o en su caso, la voluntad deseos o preferencias del mayor discapacitado; y, un previo análisis y evaluación de la situación paternofamiliar¹⁷⁶.

En ningún caso, procederá un establecimiento de un derecho de visitas, comunicación o estancia —aunque estos dos últimos no se mencionan, pero hay que entenderlos incluidos— respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por delitos contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos.

En similares términos se expresa el artículo 233-11.3 y 4 del Código Civil catalán: «3. *En interés de los hijos e hijas, no se puede atribuir la guarda al progenitor, ni se puede establecer ningún régimen de estancias, comunicación o relación, o si existen se tienen que suspender, cuando haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista. Tampoco se puede atribuir la guarda al progenitor, ni se puede establecer ningún régimen de estancias, comunicación o relación, o si existen se tienen que suspender, mientras se encuentre incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad y la indemnidad sexual del otro progenitor o sus hijos o hijas, o esté en situación de prisión por estos delitos y mientras no se extinga la responsabilidad penal. 4. Excepcionalmente, la autoridad judicial puede establecer, de forma motivada, un régimen de estancias, relación o comunicaciones en interés de la persona menor, una vez escuchada, si tiene capacidad natural suficiente».*

Tales redacciones pueden chocar con la presunción de inocencia; derecho a la tutela judicial efectiva; las garantías del proceso penal que no operan, también, en la misma dimensión en el proceso civil; y el riesgo de denuncias falsas.

De ahí que, ante la redacción actual del artículo 94.4 del Código Civil se ha planteado por la titular del Juzgado de Primera Instancia, número 7, de Móstoles, Natalia Velilla, cuestión de inconstitucionalidad al aplicar de forma automática una sanción de naturaleza civil como consecuencia de un proceso penal.

La magistrada Velilla ha elevado una cuestión de inconstitucionalidad ante el máximo tribunal de garantía que tiene relación con la protección del menor.

Por eso, ha solicitado al Tribunal Constitucional que se pronuncie sobre la posible inconstitucionalidad de tal precepto. A su juicio, se ha vulnerado lo establecido en varios artículos 10.1, 14, 24.2; 39.2 y 81.1 de la Carta Magna.

La magistrada eleva la cuestión de inconstitucionalidad en el marco de un pronunciamiento civil, en el que el padre de un progenitor menor de edad solicita al juzgado la suspensión de la custodia a favor de la madre, como consecuencia que la progenitora ha sido denunciada por él ante un juzgado de instrucción por, presuntamente, mantener comportamientos inadecuados y haberle golpeado. De acuerdo, con la nueva redacción del párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil, la suspensión del régimen de visitas o estancias del menor «no procederá y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida de su hijo» o su «integridad física».

Pudiendo la autoridad judicial «establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en interés superior del menor».

A la luz de la reciente redacción del precepto citado —aclara la magistrada Velilla en el auto donde plantea la cuestión de inconstitucionalidad— «procedería suspender el régimen de visita o estancia del menor con la madre».

Prácticamente, «de forma automática». Pese a que en el juzgado de instrucción donde se investiga la denuncia por violencia doméstica contra la madre no se ha adoptado medida cautelar alguna al considerarse, que no nos encontramos ante un supuesto de riesgo para el menor.

La magistrada, por ello, solicita al Tribunal Constitucional que se pronuncie sobre si la nueva redacción del artículo 94 del Código Civil, en su párrafo cuarto, vulnera el artículo 10.1 de la Constitución española, que consagra el derecho de los menores al libre desarrollo de su personalidad.

Es algo «que está íntimamente ligado al afecto y la educación que sus padres les proporcionan contribuyendo por igual».

También el artículo 14, donde se establece que «los españoles son iguales ante la ley», lo que en el caso presente no se respetaría al verse privado el menor de su «derecho a disfrutar de la compañía de sus padres sin justificación alguna y excluyendo o limitando hasta el extremo el control judicial».

Así como los artículos 117 y 24.2 que, consagra la independencia judicial y el derecho al juez ordinario establecido por la Ley.

En relación al último de estos artículos, la magistrada considera que el nuevo artículo 94 del Código Civil «vulnera el derecho a la presunción de inocencia al establecer de forma automática una sanción civil a la investigación del delito». Porque «no nos hallamos ante una medida cautelar personal de carácter penal, sino ante la consecuencia jurídica automática de la aplicación al supuesto de hecho de una norma civil». La aplicación del artículo —añade la magistrada Velilla— conlleva una «consecuencia jurídica de índole sancionadora, por privar de un derecho constitucional al investigado (art. 39.2 de la CE), sin atender al principio de presunción de inocencia».

Si bien —como recuerda la magistrada— que en su parte final el precepto establece que «la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visitas, comunicación o estancia en resolución motivada en interés del menor»; por lo que, no es menos cierto que «establece como excepción el mantenimiento de un derecho reconocido por la Constitución».

Asimismo, indica la magistrada que, en lugar de reservar al juez la potestad de privar de un derecho constitucional al investigado, la reserva la tiene el legislador. En lugar de obligar al juez a motivar la privación del derecho, le obliga a razonar el porqué de su mantenimiento.

Dicho de otra forma, el juez puede, de forma automática, privar al investigado del derecho a tener comunicaciones y estancias con el hijo por el mero hecho de estar incurso en un proceso penal, sin necesidad de más motivación que la remisión al precepto aplicado, que así lo permite. Sin embargo, si de lo que se trata es de mantener el derecho que, por el mero hecho de ser padre/madre e hijo/hija se le reconoce por la Constitución, el precepto obliga a motivar razonablemente la causa de tal decisión, explica la magistrada.

Por tanto, con estos elementos —razona la magistrada—, el precepto cuestionado no parece permitir a la juzgadora adoptar una medida contraria al rigor del precepto. La imposición de un actuar al juez por parte del legislador, inmiscuyéndose en su función jurisdiccional, excluye la libre valoración del superior interés del menor y, consecuentemente, lleva a la consolidación de una sanción civil por la mera existencia de una investigación penal, modificando el *status* jurídico del investigado y privándole de un derecho como si fuera culpable, conculcando, por tanto, su derecho a la presunción de inocencia, añade.

Por último, la magistrada Velilla señala que «si bien, el Código Civil tiene rango de ley ordinaria, al conceder el artículo 94 párrafo cuarto una previsión de índole sancionadora que afecta al derecho fundamental a la presunción de inocencia, debió aprobarse por ley orgánica», en lugar de por ley ordinaria, como se hizo «si no fuera porque el legislador no contara con mayoría suficiente para la modificación del precepto, lo cual no justifica la elusión del mandato constitucional».

Por su parte, recordemos que, el artículo 80.1 apartado tercero del Código Foral de Aragón señala únicamente que: «*En los casos de custodia individual, se fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor que le garantice el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar*». Sin embargo, si se refiere a las situaciones de violencia de género y doméstica en el apartado 6 del mencionado precepto al disponer: «*6. No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género*»¹⁷⁷. Todo ello, en la línea del artículo 92.6 del Código Civil.

Por tanto, tampoco procede tipo de guarda y custodia —individual o compartida— en ambas legislaciones tanto si se ha iniciado un proceso penal por violencia de género y aún no hay sentencia condenatoria, como si ya la hay, como si para el juez hay indicios de violencia deducible de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas. Si bien, como hemos indicado, deben ser los suficientemente fundadas¹⁷⁸.

unánimemente aceptada de que los poderes paternos se encuentran sometidos y dirigidos a la formación integral de los hijos».

² *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1987 (*RJ* 19987, 6716); de 9 de marzo de 1989 (*RJ* 1989, 2030); de 30 de abril de 1991 (*RJ* 1991, 3108); de 11 de octubre de 1991 *RJ* 1991, 7447); de 20 de enero de 1993 (*RJ* 1993, 478) señalan que «la patria potestad al estar configurada como conjunto de derechos que la Ley confiere a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos no emancipados para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben respecto a su sostenimiento y educación que pesan sobre aquellos está la función, y en consecuencia, orientada en favor y servicio de los hijos y de acuerdo con su personalidad, por lo que ha de estar en perfecta consonancia con el estado emocional del niño y las circunstancias concretas en que se hallen tanto los hijos como los padres, tanto en punto a la causa que creó la situación excepcional y anómala que uno y otro se encuentren como la posibilidad de ejercicio integral»; y de 31 de diciembre de 1996 (*RJ* 1996, 9223) la privación no constituye una sanción sino una medida de protección. Procede dicha medida al resultar el padre condenado por un delito de parricidio; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, de 27 de febrero de 1996 (*AC* 1996, 358).

³ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de julio de 2002 (*RJ* 2002, 5905).

⁴ *Vid.*, CASTÁN TOBEÑAS, J.M.^a (1982). Comentario al artículo 154 del Código Civil. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. III, vol. 2.º, 2.ª ed., Madrid: Edersa, 109-111; MARTÍN MORÓN, M.^a T. (1989) *Voz* «Patria potestad», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. XIX, Barcelona 1989, 130-131; ALONSO PÉREZ, M. (1997). La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil, y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras, *Actualidad Civil*, número 2, semana del 6 al 12 de enero de 1997, 22-24; CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C. (2010). *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, 2.ª ed., Madrid: La Ley, 29-30. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de julio de 1987 (LA LEY 12499-JF,0000); la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 7 de marzo de 1996 (*AC* 1996, 472).

⁵ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 5376) en situaciones indudablemente conflictiva como los matrimonios mixtos.

⁶ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 1.ª, de 11 de diciembre de 2000 (LA LEY 225540/2000).

⁷ *RJ* 2002, 5905.

⁸ *RJ* 2002, 5905. Asimismo, *vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de septiembre de 1960 (*RJ* 1960, 2833); de 26 de abril de 1963 (*RJ* 1963, 2420); de 8 de abril de 1975 (*RJ* 1975, 1514); de 5 de octubre de 1987 (*RJ* 1987, 6716); y, de 11 de octubre de 1991 (*RJ* 1991, 7447); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 1.ª, de 8 de febrero de 1999 (*AC* 1999, 3913); y, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 1.ª, de 22 de junio de 1999 (*AC* 1999, 8394).

⁹ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sección 1.ª, de 23 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 820) se establece la pérdida de la patria potestad ante la existencia de un asesinato en tentativa a la madre de su hija que, supone un daño irreparable en la integridad moral y desarrollo de la personalidad de la menor. Atendiendo siempre al interés superior del menor; de 24 de mayo de 2018 (*RJ* 2018, 3015) se priva de la patria potestad al padre que acuchilla a la madre en presencia de la hija común de 10 años, después de arrastrarla por el domicilio, propinándole 8 cuchilladas. Supone un ataque frontal contra la integridad psíquica de la menor, su equilibrio y desarrollo de su personalidad. Asimismo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 29 de junio de 2004 (*JUR* 2005, 1797) se priva al demandado de la patria potestad como consecuencia de haber sido condenado como autor de la muerte de su mujer y madre de sus dos hijos de la que estaba separado. Sin embargo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, sección 1.ª, de 28 de abril de 2005 (*JUR* 2005, 113503) no se considera procedente la privación de la patria potestad, pues, pese a la existencia de envío de mensajes amenazantes pro teléfono, no se ha probado que esas posibles infracciones afecten al cumplimiento de sus deberes como padre.

María Goñi Rodríguez de Almeida

III. Por eso es necesaria su inscripción, para que este derecho sea oponible a terceros y respetado por todos, con el fin de que no pueda disponerse del inmueble sin ese derecho, y garantizar así la finalidad de protección.

IV. En consecuencia, es necesario que se inscriba el contenido positivo del derecho de uso a la vivienda familiar, el derecho de goce, de ocupación, siendo innecesaria y errónea la inscripción únicamente del contenido negativo, como mera restricción a la facultad de disposición del excónyuge propietario, tal y como parece exigir el nuevo artículo 96.3 del Código Civil, tras la reforma de la Ley 8/2021, de 2 de junio.

V. Abogamos por la configuración del derecho de uso (positivo) como un verdadero derecho real inscribible, con base en la posibilidad de creación de nuevos derechos reales (*numerus apertus*, art. 2 LH), cumpliendo las características que para ello exige la DGRN: que la nueva figura reúna los requisitos propios del derecho real (poder directo e inmediato sobre la cosa), requisitos de fondo y forma (escritura/documento público para acceder al Registro), perfecta determinación del contenido y objeto del derecho (facultades, plazo, causa, titular... que ya hemos descrito) y causa o razón que la justifique, que entiendo sobradamente demostrada.

VI. En consecuencia, ese derecho real debería inscribirse como tal, con sus facultades posesorias concretas, su finalidad clara de solución habitacional, plazo determinado, titulares específicos, en virtud de sentencia judicial o escritura pública notarial, y sobre una finca concreta, que era la familiar, dando debido cumplimiento al principio registral de especialidad, y a semejanza de lo que recoge el Código Civil catalán en su artículo 233-22.

VII. En definitiva, consideramos que debería haberse previsto la inscripción del derecho de uso a la vivienda familiar, de su contenido positivo como tal derecho de uso, y no solo de la prohibición de disponer. Es una pena que el legislador no haya aprovechado esta reforma para dejar clara dicha inscripción en la dicción del nuevo artículo.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA

- SJPI de Valencia de 31 de marzo de 2016.

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO (DGRN) / DIRECCIÓN GENERAL SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA (DGSJFP)

- RDGRN de 25 de octubre de 1999
- RDGRN de 31 de marzo de 2000
- RDGRN de 19 de mayo de 2000
- RDGRN de 28 de noviembre de 2002
- RDGRN de 17 de diciembre de 2002
- RDGRN de 18 de diciembre de 2003
- RDGRN de 20 de febrero de 2004
- RDGRN de 28 de mayo de 2005
- RDGRN de 6 de julio de 2007
- RDGRN de 19 de septiembre de 2007

La justificación del mismo se encuentra, según el Preámbulo del propio Real Decreto Ley, en que en la zona euro el Banco Central Europeo inició en julio de 2022 un ciclo de subidas en sus tipos de interés de referencia que se han trasladado con rapidez a los mercados monetarios y de deuda. Ello ha conducido a una dinámica alcista del Euribor al que están referenciadas 3,7 millones de hipotecas en España (la gran mayoría de las hipotecas a tipo variable en España), subiendo más de trescientos puntos básicos en apenas diez meses, acercándose al 3 % tras haber permanecido seis años en terreno negativo. El alza del Euribor está dando lugar a un aumento en las cuotas hipotecarias mensuales, lo que puede tener un impacto significativo en la situación financiera de las familias con hipotecas a tipo variable. De ahí que se considere urgente la adopción de un conjunto de medidas que permitan el alivio de la carga financiera de los deudores hipotecarios *en riesgo de vulnerabilidad por dicha subida de tipos* (es decir, que se encuentran en un estadio anterior al que es objeto de consideración por el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos) así como facilitar la adaptación de todas las familias con tipos de interés variable a un nuevo entorno en el que se fomenta el tipo de interés fijo.

La rápida subida del Euribor se traslada de manera automática al tipo de interés aplicable a las hipotecas formalizadas a tipo variable a medida que se actualiza el nivel de referencia del Euribor, que en la mayor parte de los casos sucede una vez al año. Esto provoca que desde el último trimestre de 2022 y durante el primer semestre del año 2023 se vaya a incrementar de manera sustancial el coste de las hipotecas referenciadas a tipo variable.

Se establece, pues, por el Real Decreto Ley 19/2022, de 22 de noviembre, por el que se establece un Código de Buenas Prácticas para aliviar la subida de los tipos de interés en préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual, se modifica el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y se adoptan otras medidas estructurales para la mejora del mercado de préstamos hipotecarios, *un nuevo Código de Buenas Prácticas de naturaleza transitoria, con una duración de dos años*, al cual podrán acogerse los prestatarios que cumplan con los requisitos de elegibilidad que se establezcan por Acuerdo del Consejo de Ministros, que se referirán a niveles de renta y al aumento del esfuerzo hipotecario asociado a la subida de tipos de interés, de modo que puedan llevarse a cabo operaciones de refinanciación y reestructuración de los préstamos hipotecarios a tipo de interés variable sobre vivienda habitual.

Las medidas diseñadas se configuran como buenas prácticas a las que voluntariamente podrán adherirse las entidades de crédito y demás entidades que, de manera profesional, realizan la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios, y cuyo seguimiento por aquellas será supervisado por la comisión de control que se ocupa de la evolución del Código de Buenas Prácticas que se introdujo por el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

Junto a este nuevo Código de Buenas Prácticas para deudores hipotecarios en riesgo de vulnerabilidad se facilita de forma generalizada la conversión de créditos a tipo variable, a créditos a tipo fijo y la amortización anticipada de los préstamos hipotecarios vivos, adoptándose medidas en relación con el régimen de compensaciones y comisiones de reembolso anticipado, que se regula en el artículo 23 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo. En este sentido, el artículo 1 del Real Decreto Ley señala que «el objeto del presente Real Decreto Ley es la

CALAZA LÓPEZ, Sonia, *Reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas*, Dykinson, 2022.

por

FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO
Catedrática de Derecho civil. UNED

Últimamente hemos oído hablar bastante de las personas «vitamina» (*Encuentra tu persona vitamina*, Espasa, M. ROJAS ESTAPÉ), esas que pueden mejorar tu sistema inmune, esas que rebajan el cortisol o la hormona del estrés, esas que te contagian las ganas de trabajar y que desactivan a esas otras personas tóxicas que, por desgracia, son muchas en la vida y unas cuantas en la Universidad. Si alguien busca a un académico o académica «vitamina», lo encontrará, sin duda, en la profesora CALAZA LÓPEZ, catedrática de Derecho Procesal en la UNED. Ella representa ese «impulso procesal» en estado puro, necesario para quienes tenemos la suerte de estar a su lado y de participar en algunos de sus proyectos de investigación y de compartir docencia en nuestra querida UNED.

Incontable es su «inventario» académico y, entre las últimas de las incorporaciones monográficas a ese inventario, destaca el libro que ahora reseño. Se trata, a mi juicio, de una obra fundamental para quien se ocupa del Derecho Concursal. Y ello porque el Derecho Concursal no se puede entender sin el proceso, sin el conocimiento de aquellas herramientas procesales necesarias para que las normas cumplan su función. La jurisdicción, la competencia, el procedimiento concursal, la aplicación y especialidades del procedimiento abreviado, el incidente concursal, los recursos, los efectos procesales de la declaración del concurso son los principales pilares de esta obra.

La autora aborda toda esta problemática en un contexto particularmente delicado en lo social, en lo sanitario y en lo económico como es el derivado de la pandemia que sufrimos y cuyas secuelas en esos tres ámbitos son todavía palpables. La crisis de las personas jurídicas —y también la de las físicas— exige poner en marcha las líneas maestras de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones. Aunque este ensayo no incorpora —por no haber sido promulgada en la fecha de su publicación— la nueva regulación derivada de la transposición de la referida Directiva, su interés resulta fuera de duda en la medida en que nos ofrece una perspectiva procesal que no abunda entre los tratadistas del Derecho Concursal.

A la profesora CALAZA le resulta sorprendente que no se potencien en este campo fórmulas alternativas a la jurisdicción para la resolución del conflicto. En el marco de la jurisdicción civil la autora nos recuerda que el Proyecto de

