

ÍNDICE

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Maternidad subrogada (Surrogate motherhood)* (Tribuna)..... 2-6

CASTELLANOS CÁMARA, S., *La asunción cumulativa de deuda: naturaleza y régimen (The cumulative assumption of debt: nature and regime)* 7-52

GUILABERT VIDAL, M^a. R., *Adquisición de fincas virtuales en el metaverso y su problemática en el Derecho inmobiliario (Acquisition of virtual estates in the Metaverse and its problems in real estate law)*..... 53-79

REPRESA POLO, M^a. P., *Los instrumentos de ahorro y prevision: su incidencia sobre la legítima (Effects of saving instruments, insurance and pension plans on the Spanish forced heirship [legitim])* 80-108

ROVIRA SUEIRO, M^a E., *La autonomía de la voluntad y la declaración de ausencia a la luz de las últimas reformas del Código Civil: especial consideración de la Ley 8/2021 (Personal autonomy and the law of missing persons after the last reforms of the Spanish Civil Code [particularly, after Statute n° 8/2021])*..... 109-147

GARCÍA VICENTE, J. R., *Crónica jurisprudencial (IV): agosto – diciembre 2022*..... 148-182

MATERNIDAD SUBROGADA

Surrogate motherhood

RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO

Cómo citar / Citation

Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2022).
Maternidad subrogada (Tribuna)
Cuadernos de Derecho Privado, 4, pp. 2-6
DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.29>

Resumen

La Sala de lo Civil del TS, en su Sentencia de 31 de marzo de 2022, reitera la contravención del orden público español del reconocimiento de la maternidad subrogada como título de atribución de la maternidad del comitente de un contrato de gestación subrogada. El autor elogia la toma de postura del TS, en línea con el CEPDHLF y con la jurisprudencia del TEDH, frente a los postulados defendidos, *v.gr.*, por la DGSJyFP, y afirma que los contratos de gestación por sustitución entrañan una explotación de la mujer gestante y un daño a los intereses superiores del menor.

Abstract

The private law division of the Spanish Supreme Court, in its judgment of 31 March 2022, reiterates its doctrine on the lack of validity of the surrogacy contract as grounds for attributing maternity to the intended mother. The author praises the Supreme Court's position, aligned to the ECHR and the case-law of the European Court of Human Rights, and against the arguments posed by, *i.e.*, the Spanish Directorate General for Legal Certainty and Public Faith. The Supreme Court, followed by the author, asserts that surrogacy contracts entail the exploitation of the surrogate mother and that are harmful for the best interests of the child.

La Sala primera de nuestro Tribunal Supremo ha vuelto a rechazar la maternidad subrogada como título de atribución para reconocer la maternidad del comitente de un contrato de maternidad subrogada otorgado en el extranjero, en un país (California la vez anterior, México ahora) en el que semejante otorgamiento es válido y disfruta de semejante eficacia. Y es que ello –reitera la Sala- es contrario al orden público español, de acuerdo con el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), que declara nulo de pleno derecho estos contratos, y que la filiación materna del niño será la determinada por el parto. Pero es que, además –se abunda ahora en la Sentencia- ese contrato de gestación por sustitución vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución y en los convenios internacionales

sobre derechos fundamentales en los que España es parte. De ahí que se enfatice esa contradicción en el fundamento de derecho tercero: «contraria (manifiestamente contraria, podemos precisar) al orden público español».

Se trata de una Sentencia del Pleno de la Sala, de 31 de marzo de 2022 [JUR 2022, 119236], con el mismo ponente que la anterior dedicada a esta materia, sin que se recoja, a diferencia de esa sentencia anterior, de 6 de febrero de 2013 [RJ 2014, 833], voto particular discrepante alguno.

El punto de partida en este caso es una demanda en la que los padres de la comitente del contrato de gestión subrogada ejercen frente a ella la acción de determinación legal de filiación materna por posesión de estado (art. 131 CC) respecto del menor nacido en ejecución de ese contrato. En la contestación a la demanda se reconocen los hechos sobre la filiación del menor, sin oponerse a la declaración de maternidad solicitada y que se haga constar como apellidos del menor los que le fueron impuestos al nacer. Es obvio que las partes, estaban previamente de acuerdo sobre el contenido y la procedencia de la demanda para conseguir el fin perseguido, que no es otro que el reconocimiento de la maternidad de la comitente. El Ministerio Fiscal solicita que se dicte sentencia «de conformidad con lo probado y acreditado en autos».

La sentencia del Juzgado de primera instancia desestima la demanda, con los argumentos de que el principio de la consideración primordial del interés superior del menor no puede utilizarse para contrariar la ley, sino para aplicarla y colmar sus lagunas, y que el artículo 10 LTRHA impide el reconocimiento de la filiación pretendida. Recurrida la sentencia por ambas partes, con la oposición del Ministerio Fiscal, la Audiencia Provincial de Madrid revoca la sentencia apelada, y estima sustancialmente la demanda. Es el Ministerio Fiscal quien interpone recurso de casación contra la misma, por infracción del último inciso del art. 131 CC en relación con el art. 10 LTRHA, dando así lugar a la casación de la sentencia por la Sala primera.

La contradicción entre el contrato de gestación y nuestros derechos fundamentales afecta tanto al derecho del niño como al derecho de la madre gestante nos dice la Sentencia.

En efecto, dicho contrato es contrario al artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de la que España forma parte, que prohíbe la venta de niños, definida como «todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona

o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución»; definición en la que queda comprendida la gestación por sustitución comercial, con la consiguiente vulneración de los derechos de la madre gestante y del niño fruto de la gestación.

La Sentencia acierta en transcribir las cláusulas que se integran en el contrato de gestación, ya que su lectura –que recomiendo a quien tenga interés por el tema- permite concluir con pleno conocimiento que «Tanto la madre gestante como el niño a gestar son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad». De ahí que la Sentencia concluya que «No es preciso un gran esfuerzo de imaginación para hacerse una cabal idea de la situación económica y social de la vulnerabilidad en la que se encuentra una mujer que acepta someterse a ese trato inhumano y degradante, que vulnera sus más elementales derechos a la intimidad, a la integridad física y moral, a ser tratada como una persona libre y autónoma dotada de la dignidad propia de todo ser humano». Comentario que se complementa con la siguiente observación: «Y, como ocurre en estos casos, aparece en el contrato la agencia intermediadora cuyo negocio lo constituye este tipo de prácticas vulneradoras de los derechos fundamentales» (fundamento de derecho tercero, apartado 8, *in fine*).

La Sala es consciente de la realidad que trata de combatir, que cuenta con el favor de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (la mencionada STS anterior, de 6 de febrero de 2013, confirmaba la cancelación de la inscripción practicada por Resolución de la Dirección, que aceptaba la filiación del nacido en California a favor del comitente del correspondiente contrato de maternidad subrogada) y con el de la propia Audiencia de Madrid cuya sentencia se recurre, manifiestamente contraria a nuestro orden público, al orden público internacional y al Derecho de la Unión Europea, . La propia Sentencia transcribe el apartado 115 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto, en el que se condena «la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima»; estimando que «debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en

particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo» (fundamento de derecho tres, apartado 10).

De ahí que denuncie la pasividad de las Administraciones públicas responsables de la protección del menor para combatir esta práctica, así como la buena acogida que en ocasiones recibe de la opinión pública.

No cabe sino elogiar la defensa de nuestro orden público en esta materia por parte de la Sala primera de nuestro Tribunal Supremo. Son muestras evidentes de la misma los siguientes pasajes de los fundamentos de derecho que dedica a describir el éxito comercial de la gestación subrogada: “Las agencias que intermedian en la gestación por sustitución actúan sin ninguna traba en nuestro país, hacen publicidad de su actividad (basta con usar como términos de búsqueda «gestación subrogada» u otros similares en un buscador de Internet para encontrar una amplia oferta de estas agencias dirigida al público español) pese a que el art. 3.1 de la Ley General de Publicidad considera ilícita «la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en Constitución Española». Estas agencias han organizado en España «ferias» presenciales de gestación subrogada en las que publicitan y promueven sus «servicios». Con frecuencia se publican noticias sobre personas famosas que anuncian la traída a España de un «hijo» fruto de una gestación por sustitución, sin que las administraciones competentes para la protección del menor adopten iniciativa alguna para hacer efectiva esa protección, siquiera sea para comprobar la idoneidad de los comitentes. El Informe del Comité de Bioética pone de relieve la incoherencia que supone el contraste entre esta regulación legal y que en la práctica no existan obstáculos a reconocer el resultado de una gestación por sustitución comercial en la que se han vulnerado los más elementales derechos fundamentales de la madre gestante y del niño, si ha tenido lugar en el extranjero” (fundamento de derecho cuarto, apartado 6).

También son muestras de la defensa de nuestros principios constitucionales los pasajes que se dedican a descalificar las falsas valoraciones asumidas en ocasiones por la opinión pública para justificar la maternidad subrogada en aras de un pretendido derecho a crear una familia: «No se trata solamente de que el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no garantice el derecho de fundar una familia ni el derecho de adoptar, pues el derecho al respeto de la vida familiar no protege el simple deseo de fundar una familia (sentencia [TEDH] de 24

de enero de 2017, caso *Paradiso y Campanelli*, apartado 141). Es que, como concluye el Informe del Comité de Bioética de España de 2017, el deseo de una persona de tener un hijo, por muy noble que sea, no puede realizarse a costa de los derechos de otras personas. Un contrato de gestación por sustitución como el que es objeto de este recurso entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor y, por tanto, no puede aceptarse por principio» (fundamento de derecho tercero, apartado 12).

Ojalá que esta jurisprudencia reciba el apoyo de nuestras autoridades y de la doctrina.

LA ASUNCIÓN CUMULATIVA DE DEUDA: NATURALEZA Y RÉGIMEN¹

The cumulative assumption of debt: nature and regime

SANDRA CASTELLANOS CÁMARA

sandra.castellanos@ehu.eus

Profesora Adjunta de Derecho Civil

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)

Cómo citar / Citation

Castellanos Cámara, S. (2022).

La asunción cumulativa de deuda: naturaleza y régimen
Cuadernos de Derecho Privado, 4, pp. 7-52

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.30>

(Recepción: 18/11/2022; aceptación tras revisión: 22/12/2022; publicación: 30/12/2022)

Resumen

Este trabajo tiene por objeto analizar la asunción cumulativa de deuda ajena, una construcción doctrinal y jurisprudencial que toma como punto de partida la asunción de deuda liberatoria y descansa sobre la base del principio de autonomía de la voluntad. En particular, el estudio persigue demostrar que existe una distancia insalvable con la novación «modificativa» y una cercanía tal con el régimen jurídico de la fianza y de las obligaciones solidarias que hace cuestionar el sentido de su misma existencia.

Palabras clave

Asunción cumulativa, novación, fianza, obligaciones solidarias, garantías personales

Abstract

The purpose of this paper is to analyze the cumulative assumption of someone else's debt, a doctrinal and jurisprudential construction that takes as its starting point the assumption of dischargeable debt and rests on the basis of the principle of autonomy of the will. In particular, the study seeks to demonstrate that there is an insurmountable distance with the «modifying» novation and such a closeness with the legal regime of guarantee and joint and several obligations that the meaning of its very existence is questioned.

Keywords

Cumulative assumption, novation, guarantee, joint and several liability, personal guarantees

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de I+D+i 2020-119816GB-I00 “Las garantías personales en el ordenamiento civil español: claroscurios sustantivos y concursales”, financiado por MCIN/AEI /10.13039/501100011033 y en el Grupo Consolidado del Gobierno Vasco GIC IT1445-22 sobre Persona, familia y patrimonio, de los que es IP el Dr. Galicia Aizpurua.

SUMARIO:

I. PLANTEAMIENTO. II. LA ASUNCIÓN CUMULATIVA DE DEUDA: ORDENACIÓN GENERAL EN EL DERECHO ESPAÑOL. II.1. Aproximación al concepto. II.2. Origen: de la asunción liberatoria a la cumulativa, pasando por la novación. II.3. Criterio jurisprudencial. II.3.1.) Consideraciones generales. II.3.2.) Régimen jurídico asignado a los supuestos de asunción cumulativa de deuda. II.4. Criterio doctrinal. III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ASUNCIÓN CUMULATIVA DE DEUDA. III.1. Previo: asunción de deuda y novación. III.1.1.) Dos términos para una misma realidad. III.1.2.) La asunción cumulativa como novación «modificativa». III.2. Efectos de la asunción cumulativa de deuda. III.2.1.) Relaciones internas: régimen jurídico que vincula al deudor cumulativo frente al codeudor. III.2.2.) Relaciones externas: régimen jurídico que vincula al deudor cumulativo frente al acreedor y los terceros garantes. IV. CONCLUSIONES. *Bibliografía. Relación jurisprudencial.*

I. PLANTEAMIENTO

Hace más de medio siglo que la jurisprudencia y la doctrina científica comenzaron a aludir a la asunción cumulativa de deuda como una figura atípica pero perfectamente admisible en nuestro ordenamiento jurídico, por medio de la cual un tercero se obligaba al cumplimiento de una deuda ajena junto al deudor inicial. Pese al tiempo transcurrido, y al gran número de pronunciamientos judiciales que, con suma alegría, incluyen toda asunción de deuda ajena en esta categoría, se percibe cierto despiste en torno a su naturaleza jurídica y al régimen que, en ausencia de pacto (o por imposición de normas imperativas para la salvaguarda de intereses de terceros) deberíamos adjudicar a esta figura, en el abanico que nos ofrece la regulación de las obligaciones solidarias o de la fianza, cuando la aparición del tercero venga a cumplir una función de garantía. El propósito de este trabajo es, por tanto, analizar los orígenes (y razón de ser) de la asunción cumulativa, al objeto de explicar por qué no cabe identificarla con la novación y por qué (quizá) sí debiéramos reconducirla siempre a alguno de los dos regímenes indicados, o a ambos conjuntamente, a la vista de que sus preceptos pueden leerse en un sentido coordinado y complementario en la búsqueda de soluciones a las cuestiones que plantea la asunción.

II. LA ASUNCIÓN CUMULATIVA DE DEUDA: ORDENACIÓN GENERAL EN EL DERECHO ESPAÑOL**II.1. Aproximación al concepto**

La *asunción de deuda* se concibe generalmente como aquel convenio mediante el cual un tercero acepta satisfacer una deuda ajena, presente o futura (*cf.* arts. 1271 y 1273 CC)², sea con posterioridad al nacimiento de la deuda entre acreedor y deudor primitivo o de forma simultánea a aquel. El acuerdo puede revestir la forma *delegatoria*, cuando se perfecciona entre el deudor originario y el nuevo, la *expromisoria*, cuando el convenio se lleva a cabo entre el acreedor y el asumente, o puede ser consecuencia de un contrato plurilateral entre las tres partes implicadas (deudor, acreedor y asumente).

En función de los efectos que produce es habitual distinguir, además, entre: i) la asunción de deuda *liberatoria*, que conlleva propiamente la sustitución de la persona del deudor al colocarse el nuevo en el lugar del originario y liberarle de su obligación; ii) la *acumulativa, cumulativa o de refuerzo*, la cual, sin producir la liberación del primitivo deudor, supone la adición de uno nuevo que se obliga junto al deudor a satisfacer la deuda frente al acreedor; y iii) la *interna o de cumplimiento*, en virtud de la cual el asumente se obliga solamente frente al deudor, de suerte que tal contrato despliega sus efectos solo en las relaciones internas pero no frente al acreedor, que no adquiere derecho alguno ante el nuevo deudor y, por ende, nada puede reclamarle³.

Pese a su admisión generalizada en la doctrina y jurisprudencia, ninguna de las anteriores modalidades se halla, sin embargo, específicamente regulada en nuestro ordenamiento jurídico estatal –a diferencia del Derecho navarro, que le dedica la Ley 512 de la Compilación⁴–, sin perjuicio de que la figura haya tratado de encajarse en ciertas normas entre las que destacan las reguladoras de la novación. Es por ello que estos contratos se califican habitualmente de atípicos, se enmarcan en la esfera de la autonomía privada y se reputan válidos en tanto no atenten a los límites genéricos que constituyen la ley, la moral y el orden público (art. 1255 CC).

² Gálvez Criado (2021: 357).

³ Pérez Ramos (2015: 265-267). Respecto de aquella última *vid.*, p. ej., la STS Sala 1.ª de 8 de octubre de 1984 (ECLI:ES:TS:1984:140), que rechaza que el acreedor pueda dirigirse directamente frente al asumente porque el compromiso que este ha adquirido (solo para con el deudor), es para aquel *res inter alios acta*. Carrasco Perera et al. (2022: 136) apunta, no obstante, que el acreedor podría proceder contra el nuevo deudor por vía de acción subrogatoria (art. 1111 CC) o mediante una cesión de crédito que le haga el deudor originario.

⁴ La Ley 512 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, dentro de un capítulo dedicado a la “*cesión de las obligaciones*” (Cap. VIII, T. I, Libro IV), dispone, en relación a la asunción de deudas, lo siguiente: i) el tercero que asume una obligación ajena queda obligado para con el deudor o acreedor en los términos del acuerdo, debiendo asumir también, en ausencia de pacto, todas las obligaciones accesorias o derivadas de la principal; ii) la asunción debe ser aceptada por el acreedor, sea de forma expresa o mediante actos inequívocos, pues, de lo contrario, el primer deudor no quedará liberado de responsabilidad en tanto no quede cumplida la obligación; y iii) los terceros que hubieren garantizado el cumplimiento de la obligación quedarán liberados por la asunción, salvo que presten su consentimiento.

Con todo, la ausencia de regulación legal contrasta con el indudable éxito de esta clase de negocios jurídicos en la práctica, donde es habitual que se celebren contratos o se autoricen escrituras públicas notariales que contengan pactos de esta índole, sea de manera expresa sea *encubierta* bajo la forma, p. ej., de un simple préstamo, en el que, junto al prestatario deudor, se coloca un tercero que asume la deuda como propia y garantiza su cumplimiento pese a no haber recibido la cantidad prestada⁵.

La asunción cumulativa se muestra, por lo demás, como último remedio en aquellos casos en los que la liberación del primitivo deudor queda frustrada por faltar uno de los requisitos indispensables para que pueda llevarse a efecto, a saber, el consentimiento del acreedor (*cf.* art. 1205 CC)⁶. La anuencia o ratificación del acreedor se reputa, de hecho, imprescindible, pues aquel no puede ver cambiada la persona del deudor sin haber manifestado categóricamente su consentimiento⁷, toda vez que se reconoce como auténticamente legítimo su interés en la conservación de la responsabilidad del primitivo deudor, respecto del cual puede presumir el alcance de su garantía patrimonial en orden a la responsabilidad universal que a todos los deudores impone el art. 1911 CC⁸. Así, en la duda de que este último haya prestado consentimiento «con el deliberado propósito de exonerar de sus obligaciones al inicial deudor»⁹ –y pese a que será, en todo caso, cuestión de interpretación del contrato por los tribunales¹⁰–, se entiende que la asunción por el tercero no libera al primitivo deudor sino que quedan

⁵ Pérez Ramos (2015: 255), que se refiere a ese tercero como “deudor garante”, trae a colación, a modo de ejemplo, el supuesto de hecho que da lugar a la RDGRN 21 diciembre 2005 (RJ 2006\3891), en el que se vende una finca y se pacta que la compradora asuma la deuda derivada del préstamo garantizado con hipoteca que grava la misma, subrogándose en la obligación personal garantizada con ella así como en las responsabilidades derivadas de esta. Se añade, además, que «en la misma deuda personal derivada del préstamo se subrogan otras dos personas padres de la compradora, quedando todos ellos obligados solidariamente frente a la entidad prestamista». Pues, en efecto, los padres, pese a presentarse como deudores, vienen en realidad únicamente a garantizar la obligación contraída por su hija. La Dirección, atendiendo a «la voluntad de asumir solidariamente la misma deuda personal por parte de la compradora y de sus padres, y no de constituir una fianza como obligación accesoria de la principal», califica el supuesto de asunción cumulativa de deuda y, acogiéndose a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, reconoce la autonomía de la figura.

⁶ SSTS Sala 1.ª 577/2015, de 5 de noviembre (ECLI:ES:TS:2015:4454) y 590/2015, de 5 de noviembre (ECLI:ES:TS:2015:4458).

⁷ STS Sala 1.ª 552/2003, de 10 de junio (ECLI:ES:TS:2003:3998). Como apunta Batuecas Caletrió (2007: 88-92) «el consentimiento del acreedor debe ser una auténtica manifestación de voluntad, sin que sea suficiente con el mero *conocimiento* de la situación», aunque reconoce que, «de unos años a esta parte, conviven sentencias que exigen una manifestación expresa de consentimiento (...) con otras que entienden como válida una simple declaración tácita» (que no presunta).

⁸ STS Sala 1.ª 953/2000, de 24 de octubre (ECLI:ES:TS:2000:7647).

⁹ STS Sala 1.ª de 16 de mayo de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:16263).

¹⁰ SSTS Sala 1.ª de 11 de diciembre de 1979 (ECLI:ES:TS:1979:4681); 534/2007, de 18 de mayo (ECLI:ES:TS:2007:3236); y 867/2010, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2010:6956).

ambos obligados, es decir, se recurre a la asunción «cumulativa» de deuda¹¹. De ahí que esta última figura ocupe un papel secundario y se considere, a nivel legislativo –en aquellos ordenamientos que la tienen regulada–, como doctrinal, la «hermana pequeña» o «pariente menor» de la asunción de deuda por antonomasia: la liberatoria¹².

II.2. Origen: de la asunción liberatoria a la cumulativa, pasando por la novación

La asunción de deuda *acumulativa*, *cumulativa* o *de refuerzo* no puede entenderse si no es por relación a la asunción liberatoria, no solo porque doctrina y jurisprudencia las hayan situado en una relación de género y especie, sino fundamentalmente porque aquella modalidad nace, en esencia, y se construye doctrinal y jurisprudencialmente a la par que se admite la *asunción de deuda* como la posibilidad de que el sujeto pasivo de una relación obligatoria pueda ser sustituido con efectos puramente modificativos (sin extinción de la obligación prístina), en el debate, sobradamente conocido, en torno a los efectos que produce el cambio de deudor y el cauce a través del cual puede articularse, es decir, si debe pasarse por la novación extintiva o, por el contrario, si nuestro Código civil da cabida a la *transmisión pasiva de las obligaciones* o *sucesión en las deudas*. De esta forma, trata de darse respuesta a una cuestión de corte dogmático, cual es la de, en qué medida, tras los cambios introducidos, la obligación continúa siendo la misma, pero también a una de indudable transcendencia práctica: hasta qué punto el nuevo deudor puede ocupar la misma posición jurídica del anterior, con idéntico régimen de derechos y obligaciones, en su relación con el acreedor y los terceros¹³.

Es sabido que, según la doctrina tradicional, la sustitución del deudor encuentra en nuestro ordenamiento un único cauce, a saber, el que ofrece la novación –extintiva–, pues, considerado el deudor como un elemento esencial de la relación obligatoria, su sustitución la altera hasta el punto de que no pueda subsistir¹⁴, por lo que la transmisión solo podría realizarse a costa del débito mismo, que se extinguiría para dar lugar a una deuda distinta a cargo del nuevo deudor¹⁵. Frente a esa teoría se ha opuesto una alternativa

¹¹ *Vid.*, por todas, STS Sala 1.ª 152/2002, de 20 de febrero (ECLI:ES:TS:2002:1177). En el ámbito doctrinal, y con un análisis histórico de la cuestión, Moretón Sanz (2008: 195, 283).

¹² Gálvez Criado (2021: 357); Adame Martínez (1996: 194).

¹³ A favor de centrarse en esta segunda cuestión para no desvirtuar el estudio de la cuestión: Díez-Picazo (1996: 849); Herbosa Martínez (2013: 61-62).

¹⁴ Sánchez Román (1899: 425); Sancho Rebullida (1964: 161-164 y 393 ss.); Rey Portolés (1995: 117-152); De Castro y Bravo (1997: 97-123); Lalaguna Domínguez (1999: 189-194); Castillo Martínez (1999: 255-290); Roca y Puig (2009: 361-388).

¹⁵ Recuérdese que este fue el objetivo prístino de la novación en época clásica: trasladar el objeto mismo de la obligación (*idem debitum*) del *prior debitor* a un nuevo deudor, so pena de la extinción de la obligación

encaminada a remover los obstáculos que plantea dicha transmisión y a consagrar tal posibilidad, de manera paralela a la transmisión de la obligación desde su lado activo. De ella se han hecho eco un elevado número de autores que sostienen que cabe atribuir a la «sustitución del deudor» (art. 1203.2º CC) una eficacia puramente modificativa, es decir, que ninguna razón se opone a que el cambio de deudor pueda realizarse sin pérdida de identidad de la obligación primitiva, que perdura con la única salvedad que supone el cambio en la persona del sujeto pasivo; posición esta que conforma el sentir de la doctrina mayoritaria¹⁶ y que el Tribunal Supremo ha adoptado para sí¹⁷.

Si atendemos a los datos normativos, nuestro Código civil únicamente regula el cambio de la persona del deudor a través de una de las posibles aplicaciones de la novación (arts. 1203.2º, 1205 y 1206 CC), lejos de la cual no contempla la asunción de deuda como institución a la que dota de un régimen jurídico particular, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones vecinas (*vid.* el Código alemán –§§ 414 a 418 *BGB*¹⁸–, el italiano –arts. 1268 a 1273 *Codice civile*– o el francés, tras la reforma incorporada por Ley 2018-287, de 20 de abril de 2018, ratificando la Ordenanza nº 2016-131, de 10 de febrero de 2016 –arts. 1327 a 1328-1 *Code civil*–). Sin embargo, se perciben en el Código

antigua que pasaba a ser reemplazada por la nueva: Fuenteseca Degeneffe (2000: 78); Sancho Rebullida (1964: 57-60).

¹⁶ A Clemente de Diego (1912) le corresponde la aportación más relevante e influyente a este respecto. Siguiendo sus pasos, se mostraron favorables a la transmisión de deuda sin novación, al amparo de la libertad de pacto: Valverde y Valverde (1937: 156 ss.); De Cossio y Corral (1945: 183-206); y Pérez y Alguer (1966: 416 ss.); doctrina que ha calado después en los trabajos de numerosos autores: Jordano Barea (1950: 1372-1382); Manresa y Navarro (1967: 342 ss.); García-Amigo (1964: 227-246); Cristóbal Montes (1968: 851-890); García Valdecasas (1969: 209-226); Puig Peña (1976: 252 ss.); Espín Cánovas (1983: 267-268); Castán Tobeñas (2008: 375-387); Albaladejo García (2011: 340-344); Álvarez Joven (1983: 289-326); Storch de Gracia y Asensio (1987: 1089-1116); Adame Martínez (1996: 20 ss.); Puig Ferriol (1996: 323-358); Martínez-Gil Vich (1998: 225-256); Basozabal Arrue (2000: 83-160); Cano Martínez de Velasco (2003: 17-36); Gálvez Criado (2007: 22-35); Maside Miranda (2008: 1961-2000); Herbosa Martínez (2001: 59-65, 505 ss.) y (2013: 59-174); Batuecas Caletrio (2007: 82-85) y (2017: 1181-1211).

¹⁷ Desde su origen: SSTS Sala 1.ª de 22 de febrero de 1946 (RJ 1946\254), 10 de febrero de 1950 (RJ 1950\194), 11 de diciembre de 1979 (ECLI:ES:TS:1979:4681), 7 de junio de 1982 (ECLI:ES:TS:1982:16), 1 de diciembre de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:9678), 23 de diciembre de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:9337), 20 de febrero de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:890), 16 de marzo de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:10220), 434/1997, de 21 de mayo (ECLI:ES:TS:1997:3558), 552/2003, de 10 de junio (ECLI:ES:TS:2003:3998), 1161/2007, de 8 de noviembre (ECLI:ES:TS:2007:7542) y 36/2015, de 30 de enero (ECLI:ES:TS:2015:262), entre otras muchas.

¹⁸ En relación a la legislación alemana, indudable fuente de inspiración para nuestra doctrina, debe advertirse de que esta figura se construyó con una finalidad principal (procurarle un régimen de excepciones mucho más amplio que el previsto para el deudor solidario –§§422-425 *BGB*–, que, a diferencia de nuestro art. 1148 CC, no puede por principio valerse de las excepciones de su codeudor ni aprovechar las circunstancias liberatorias que concurren en el resto de los obligados), y otras finalidades secundarias como convalidar una caución personal ineficaz por falta de forma *ad substantiam*: Carrasco Perera (1992: 172); Adame Martínez (1995: 661). Ninguna de esas dos necesidades cabía atender, en principio, en nuestro ordenamiento, dada la amplitud con que la oponibilidad de excepciones se regula en el art. 1148 CC, de un lado, y la falta de forma específica para la constitución de la fianza (a excepción de la mercantil: *cf.* art. 440 CCom), de otro.

ciertas referencias implícitas a la figura. Así, p. ej., cuando el art. 642 CC prevé que «*[s]i la donación se hubiere hecho imponiendo al donatario la obligación de pagar las deudas del donante, como la cláusula no contenga otra declaración, sólo se entenderá aquél obligado a pagar las que apareciesen contraídas antes*», lo que denota la posible existencia de un pacto por el cual el donatario acepte asumir las deudas del donante, aunque el texto legal no determine su alcance. En el mismo sentido se trae a colación el art. 506 CC, que se remite a lo establecido en los arts. 642 y 643 CC en relación a las deudas del propietario sobre cuyo patrimonio se haya constituido un usufructo, «*tanto para la subsistencia del usufructo como para la obligación del usufructuario a satisfacerlas*»; así como el art. 1084.II CC, que contempla la eventualidad de que uno de los coherederos haya quedado «*él solo obligado al pago de la deuda*» sea «*por disposición del testador, o a consecuencia de la partición*». Y, por último, pero de forma más rotunda, se alude al art. 118.I LH como aplicación concreta de la asunción de deuda para el supuesto de venta de finca hipotecada, considerando que el mismo permite el pacto entre vendedor y comprador por el que el segundo se subroga «*no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada*», en cuyo caso «*quedará el primero desligado de dicha obligación, si el acreedor prestare su consentimiento expreso o tácito*». De donde se colige, en definitiva, que nuestro ordenamiento jurídico no solo no se opone a la transmisión en las deudas, sino que expresamente la consagra como solución en las hipótesis enunciadas.

Admitida, entonces, la posibilidad por la jurisprudencia y doctrina mayoritaria, no existe un criterio unánime respecto de las normas que sirven de soporte legal a la figura, es decir, sobre si debe acudir, a falta de una regulación específica, al principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC)¹⁹ o, como se sostiene con relativa frecuencia, puede recurrirse a las normas reguladoras de la novación (art. 1203.2º, en relación con el 1204, 1205 y 1206 CC), considerando que la doctrina actual atribuye a esta figura una posible eficacia modificativa²⁰.

¹⁹ Por entender que la novación es siempre extintiva [Gete-Alonso (1989: 303-320) y (1990: 1185-1187)] o que, aun siendo «modificativa», los preceptos dedicados al cambio de deudor (arts. 1205 y 1206 CC) responden al principio de intransmisibilidad de las deudas [Castán Tobeñas (2008: 501); Albaladejo García (2011: 330-339); Storch de Gracia y Asensio (1987: 1115)].

²⁰ Entre otros, Jordano Barea (1950: 1372-1379); Pérez y Alguer (1966: 416); García Valdecasas (1969: 209-226); Puig Peña (1976: 252 ss.); Espín Cánovas (1983: 267-268); Rubio Garrido (2002: 220); Infante Ruiz (2004: 143); Batuecas Caletrió (2007: 76-87); Moretón Sanz (2008: 624 ss.), y un largo etcétera.

Lo mismo ocurre, por lo demás, con la asunción cumulativa, que en ocasiones es calificada directamente de «novación modificativa»²¹ o, cuando menos, asimilable a ella²². Se dice, si no, que la autonomía privada constituye su fundamento y la libertad de pactos, su “columna vertebral”, por lo que cobra especial relevancia determinar qué régimen jurídico procede aplicar en ausencia de previsión específica por los contratantes²³. A falta de regulación vigente, y puesto que esta figura cumple, las más de las veces, una función de garantía o refuerzo de una obligación preexistente, las soluciones se buscan en otras figuras jurídicas con esta misma finalidad y oscilan, por ello, entre aplicar las normas reguladoras de las obligaciones solidarias (arts. 1137 y ss.), las de la fianza (arts. 1822 y ss. CC) e incluso unas u otras normas según estemos en el plano externo (solidaridad) o en el interno (fianza)²⁴.

II.3. Criterio jurisprudencial

El Tribunal Supremo, tras admitir el negocio de asunción de deuda con efectos meramente modificativos como una figura alejada de la novación romana o, al menos, como una subespecie a la que reconoce un efecto únicamente modificativo²⁵, termina proclamando la existencia, junto a aquella, de una asunción «acumulativa o de refuerzo»²⁶ como «una modalidad de modificación subjetiva de las obligaciones»²⁷ o «modificación *cumulativa*, determinante de la persistencia del nuevo deudor con los anteriores, y en su virtud no excluyente de estos»²⁸, que quedan unidos «con vínculo solidario»²⁹ a los fines de reforzar la garantía del pago³⁰ mediante la coexistencia de ambas deudas³¹.

²¹ SSTS Sala 1.ª de 27 de noviembre de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:18210); 27 de junio de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:17247); 152/2002, de 20 de febrero (ECLI:ES:TS:2002:1177).

²² STS Sala 1.ª de 22 de marzo de 1991 (RJ 1991\2428).

²³ Gálvez Criado (2021: 378).

²⁴ A las normas del contrato de fianza se remite, p. ej., la Propuesta de Código civil de la APDC [*cfr.* art. 514-11 (2)] para la asunción de deuda «*sin que tenga lugar la liberación del deudor originario*», mientras que la Propuesta de Anteproyecto de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos de la CGC de 2009, pese a que dedica un capítulo (Cap. X, Tít. I, Libro IV) a regular la asunción de deuda, omite cualquier referencia a la cumulativa.

²⁵ SSTS Sala 1.ª de 22 de febrero de 1946 (RJ 1946\254) y 10 de febrero de 1950 (RJ 1950\194).

²⁶ STS Sala 1.ª de 28 de septiembre de 1960 (RJ 1960\3150).

²⁷ STS Sala 1.ª de 9 de octubre de 1987 (ECLI:ES:TS:1987:6298).

²⁸ STS Sala 1.ª de 17 de junio de 1985 (ECLI:ES:TS:1985:1941).

²⁹ *Vid.* por todas STS Sala 1.ª de 15 de diciembre de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:7370).

³⁰ STS Sala 1.ª 72/2005, de 14 de febrero (ECLI:ES:TS:2005:818).

³¹ STS Sala 1.ª 1076/2004, de 4 de noviembre (ECLI:ES:TS:2004:7101).

Contrasta, no obstante, el elevado número de sentencias que hacen alusión al instituto con la escasa doctrina sustantiva que arrojan sobre el mismo³², tal vez por los *borrosos perfiles* que acusa esta modalidad «aceptada por los juristas en la medida en la que se manifiesta como práctica»³³. Pues, en efecto, lejos de ocuparse de la figura con detenimiento, en la mayoría de las ocasiones la jurisprudencia alude a ella para contraponerla a la asunción de deuda liberatoria, en la duda de si el acreedor ha prestado el necesario consentimiento para la liberación del primitivo deudor³⁴ o, incluso, a la asunción de cumplimiento, en aquellos supuestos en los que el tercero únicamente ha prometido satisfacer ciertos créditos, pero sin desplazamiento del verdadero deudor ni producción de derechos para el acreedor³⁵, a quien se ha ocultado lo acordado³⁶.

II.3.1. Consideraciones generales

Si atendemos, en primer lugar, a las declaraciones generales que hace el Tribunal Supremo respecto al modo en que ha de ser entendida la asunción cumulativa de deuda, podríamos extraer las siguientes ideas en torno a su concepto y régimen jurídico.

En primer lugar, y como ya avanzábamos, esta figura se enmarca en el ámbito de la novación *impropia*³⁷, desde el instante en que se asume que «la palabra novación no tiene en nuestro Código un significado riguroso, ni alude necesariamente a una extinción de la obligación, pudiendo significar simple modificación de esta, sin olvidar que el efecto extintivo es, además, excepcional y no puede presumirse»³⁸. De este modo, se distingue dentro de la novación subjetiva por modificación de la persona del deudor, de un lado, la liberatoria (si el cedente de la deuda queda liberado de la obligación) y, de otro, la acumulativa, en la que el tercero entra a responder de la deuda junto con el deudor

³² Adame Martínez (1996: 197). En el mismo sentido, Batuecas Caletrío (2007: 73-74) critica que la importancia que han tenido las sentencias del Tribunal Supremo al tiempo de admitir y consolidar la asunción de deuda se ha visto oscurecida por la falta de pronunciamientos precisos en los que se indique claramente cuáles son su contenido y elementos característicos y que, a su vez, sirvan para distinguirla de otras instituciones.

³³ STS Sala 1.^a de 9 de octubre de 1987 (ECLI:ES:TS:1987:6298).

³⁴ SSTS Sala 1.^a de 10.01.1983 (RJ 1983\161); 29 de marzo de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:2257); 1 de diciembre de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:9678); 27 de noviembre de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:8654); 26 de abril de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:17476); 953/2000, de 24 de octubre (ECLI:ES:TS:2000:7647); 152/2002, de 20 de febrero (ECLI:ES:TS:2002:1177); 552/2003, de 10 de junio (ECLI:ES:TS:2003:3998); 72/2005, de 14 de febrero (ECLI:ES:TS:2005:818); 181/2008, de 6 de marzo (ECLI:ES:TS:2008:3815); 867/2010, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2010:6956).

³⁵ STS Sala 1.^a de 11 de diciembre de 1979 (ECLI:ES:TS:1979:4681).

³⁶ STS Sala 1.^a de 8 de octubre de 1984 (ECLI:ES:TS:1984:140).

³⁷ STS Sala 1.^a de 27 de noviembre de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:8654).

³⁸ STS Sala 1.^a de 1 de diciembre de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:9678).

anterior³⁹. Aunque no faltan tampoco declaraciones que, sin negar que la asunción acumulativa sea «asimilable a la novación modificativa por adhesión del elemento subjetivo pasivo en la obligación de pago», reconocen no estar aquí en presencia de las previsiones del art. 1205 CC ni técnicamente de los arts. 1203 y 1204 CC, en la medida en que «ni se extingue ni modifica la obligación prístina (...), sino que se añade una nueva (...) que refuerza el resultado final del pago en los términos, condiciones, circunstancias y modos que ese tercero ofrezca, con lo que coadyuva al propósito del feliz término y cumplimiento de la primitiva obligación»; mas su estructura jurídica se corresponde con la de un negocio atípico en nuestro Derecho positivo, «cuya raíz obligacional se encuentra en la libertad de pactos (...) con reminiscencias no muy lejanas del dispositivo legal contenido en el artículo 1158 del mismo Cuerpo legal»⁴⁰.

En segundo lugar, y a diferencia de lo que sucede en el ámbito de la asunción con efectos liberatorios⁴¹, en la cumulativa –donde también se exige la aceptación del acreedor⁴²–, se admite el consentimiento prestado en forma expresa o tácita, coincidiendo con la celebración del convenio por el cual el tercero asume la deuda o en un momento posterior, como puede ser al instante de formular la demanda⁴³. Pues, en efecto, si el acreedor, una vez conocida la celebración del negocio, actúa contra el asumente, tal actuación no puede entenderse como una aceptación tácita a la liberación del deudor originario, sino, al contrario, como una aceptación tácita a la acumulación, cuyo efecto es precisamente el de permitir al acreedor dirigirse contra el deudor originario, contra el sustituto o contra ambos⁴⁴. Por consiguiente, de la reclamación judicial de la deuda contra el tercero se infiere que el acreedor acepta la asunción cumulativa⁴⁵ y quiere aprovechar la incorporación de un deudor que refuerza su posición crediticia⁴⁶. Todo parece indicar

³⁹ STS Sala 1.ª de 29 de marzo de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:2257).

⁴⁰ STS Sala 1.ª de 22 de marzo de 1991 (RJ 1991\2428), que a su vez cita la doctrina contenida en las SSTS Sala 1.ª de 7 de noviembre de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:6067), 1 de diciembre de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:9678) y 15 de diciembre de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:7370).

⁴¹ Pese al giro jurisprudencial del que da buena cuenta Batuecas Caletrió (2007: 88-92) y que hemos apuntado en nota 7.

⁴² STS Sala 1.ª de 6 de junio de 1991 (RJ 1991\4421).

⁴³ STS Sala 1.ª 813/2001, de 30 de julio (ECLI:ES:TS:2001:6684).

⁴⁴ STS Sala 1.ª 577/2015, de 5 de noviembre (ECLI:ES:TS:2015:4454).

⁴⁵ SSTS Sala 1.ª de 9 de octubre de 1987 (ECLI:ES:TS:1987:6298) y 22 de marzo de 1991 (RJ 1991\2428).

⁴⁶ Así, p. ej., la STS Sala 1.ª 813/2001, de 30 de julio (ECLI:ES:TS:2001:6684), a la vista del claro compromiso contraído por el asumente, y pese a que la acreedora no había prestado su consentimiento desde el principio, cuando se otorgó el documento privado en virtud del cual se adhería aquel segundo deudor, se entiende que evidentemente lo ha hecho en momento posterior y concretamente al formular la demanda origen de dicho proceso, tras la imposibilidad de conseguir que la primitiva deudora haga frente a la obligación contraída, por lo que ha lugar a la reclamación que el acreedor formula al nuevo deudor, tras el fracaso práctico de la acción judicial entablada contra el originario.

que frente a aquel podrá dirigirse, además, aunque no medie incumplimiento previo del deudor originario, más aún si se tiene en cuenta, en tercer lugar, que la solidaridad entre los deudores (originario y asumente) se reputa, por lo general, consecuencia natural y efecto principal de la asunción cumulativa de deuda⁴⁷, lo que permite al acreedor dirigirse indistintamente frente a cualquiera de ellos (*cf.* arts. 1137, 1144 CC)⁴⁸.

Por último, en la relación entre la asunción cumulativa y la fianza, la STS Sala 1.^a de 15 de diciembre de 1989⁴⁹ (siguiendo el pronunciamiento de 28 de septiembre de 1960⁵⁰) declara que la diferencia esencial entre ambas radica en que en la asunción cumulativa «el que se adhiere a la deuda la asume como propia, queriendo, por lo tanto, responder junto al deudor, pero independientemente de la deuda de éste, mientras que el fiador asume, en cambio, la responsabilidad por deuda ajena». De modo que, en la asunción, ni hay novación extintiva, ni hay fianza, «siendo la finalidad de lo convenido y la razón económica lo que determinará la existencia de esta figura».

Sin embargo, no se aprecian diferencias en cuanto al régimen jurídico entre la asunción cumulativa y la fianza solidaria o, al menos, así lo sostiene la STS Sala 1.^a 841/2010, de 20 de diciembre⁵¹, que se aparta de la calificación mantenida por las partes y por las sentencias recaídas en instancias inferiores del negocio enjuiciado como una fianza solidaria y opta, a la vista de lo convenido (y de la frase que dice que «*CILINDROS se obligaba a responder solidariamente con FUNDICIONES, del incumplimiento*») por considerar que, en realidad, se había producido una asunción cumulativa de deuda, con

⁴⁷ SSTS Sala 1.^a de 10 de enero de 1983 (RJ 1983\161); 9 de octubre de 1987 (ECLI:ES:TS:1987:6298); 29 de marzo de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:2257); 15 de diciembre de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:7370); 6 de junio de 1991 (RJ 1991\4421); 577/2015, de 5 de noviembre (ECLI:ES:TS:2015:4454).

⁴⁸ En este sentido, la STS Sala 1.^a 847/2009, de 7 de enero (ECLI:ES:TS:2010:10) matiza que en la asunción cumulativa de deuda adquiere relevancia y utilidad la distinción entre débito y responsabilidad, que permite que un determinado sujeto responda «en todo caso» frente al perjudicado, aunque no sea responsable del daño, y repita luego contra los que lo sean. A decir del Tribunal Supremo, «ejemplos parecidos cabe hallar en la asunción acumulativa de deuda, que no releva de la obligación al primitivo deudor sino que agrega otro deudor con una finalidad generalmente de garantía para el acreedor; y en la responsabilidad de los administradores por las obligaciones sociales, junto con la sociedad deudora, por incumplimiento de determinados deberes que la ley les impone, caso en el que algunos autores de la doctrina científica advierten una asunción cumulativa de deuda». Situaciones, todas ellas, cuya particularidad reside en la necesidad de distinguir la relación externa frente al acreedor de la relación interna entre deudores solidarios, o entre deudores y responsables solidarios del pago de la deuda, de modo que, si bien en la relación externa el acreedor podría reclamar el cumplimiento íntegro de la obligación a cualquiera de los deudores o responsables –salvo que exista un límite de cobertura o de garantía que le sea oponible–, en la relación interna los sujetos están vinculados por lo pactado entre ellos o por la relación de unos con los otros, de suerte que, nada se opone a que el administrador que paga al acreedor la deuda social se reintegre luego de la totalidad de lo pagado con cargo a la sociedad deudora.

⁴⁹ (ECLI:ES:TS:1989:7370).

⁵⁰ (RJ 1960\3150).

⁵¹ (ECLI:ES:TS:2010:6957).

carácter solidario: «en definitiva, se añadió a la primitiva obligación, un nuevo deudor, que respondería solidariamente con el deudor originario del cumplimiento del contrato y en los mismos términos», y ello pese a que «esta asunción tuvo una finalidad de garantía y su funcionamiento fue prácticamente idéntico al de la fianza solidaria». De ahí que no se produzca, en opinión del Tribunal, ninguna diferencia entre los efectos de una y otra, en la medida en que la solidaridad pactada facultaba a la acreedora para elegir al deudor responsable «*en el caso de incumplimiento*». Ahora bien, con esta última afirmación parece dar a entender que el deudor garante no se identifica con un mero obligado solidario (de ser así, el acreedor podría dirigirse directamente contra él), sino subsidiario⁵², como, por lo demás, lo es el fiador.

No obstante, de este último criterio se aparta, a nuestro juicio acertadamente, el Tribunal Supremo en su sentencia de la Sala 1.^a 42/2015, de 18 de febrero⁵³, en el que se plantea de nuevo la cuestión de si un pacto concreto debe calificarse como fianza o como asunción cumulativa, a efectos de la calificación concursal del crédito en cuestión. Y es que aquí reconoce el Tribunal que nos encontramos ante dos instituciones distintas: la fianza, en tanto que subsidiaria, implica que el fiador se obliga a cumplir solo si el deudor principal no cumple, esto es, *en vez o en lugar de él*, mientras que en la asunción cumulativa o con fines de refuerzo, se asume la obligación como deudor principal, lo que tanto quiere decir como que no rige la subsidiariedad. Si, en cada caso concreto, nos encontramos ante una u otra figura, es algo que, a decir del Tribunal, depende de la voluntad contractual y, por tal, del sentido jurídicamente relevante de las declaraciones que dan vida al contrato por el que el garante queda obligado.

II.3.2. Régimen jurídico asignado a los supuestos de asunción cumulativa de deuda

Si dejamos a un lado las consideraciones *obiter dictum* realizadas en torno a la figura y reparamos en cuál es el régimen jurídico que se asigna a los supuestos de asunción cumulativa de deuda para resolver el fondo de las cuestiones que se plantean, podríamos destacar lo siguiente.

En primer lugar, y como no podía ser de otro modo, dada la naturaleza que se asigna a la figura, la regla general es que debe estarse a los pactos establecidos por las partes y consentidos por el acreedor; así, p. ej., en la STS Sala 1.^a de 1 de diciembre de

⁵² Pérez Ramos (2015: 283).

⁵³ (ECLI:ES:TS:2015:1085).

1989⁵⁴, el asumente solo se compromete a saldar la deuda mediante un complejo mecanismo (consistente en la compra de mercancías, etc.), pero no a pagar al contado la total deuda asumida, por lo que no procede la reclamación del acreedor en ese sentido, habida cuenta de que, como contrato atípico que es, «ha de regirse por los pactos establecidos».

Fuera de lo anterior, resulta de especial interés la STS Sala 1.^a 1192/1994, de 30 de diciembre⁵⁵, que trae causa de los siguientes hechos: don F. Q., socio de la mercantil QSA, asume garantizar solidariamente la deuda contraída por esta frente a CLSA en el marco de ciertas operaciones comerciales mantenidas entre ellas y, en concreto, «como si el deudor principal fuere y por tanto, con expresa renuncia de los beneficios de excusión y cuantos otros pudieran competerme», y acepta asimismo, en concepto de indemnización de daños y perjuicios por tener que reclamar el auxilio judicial para conseguir la efectividad de sus derechos, una pena civil equivalente al 30% del montante «que como principal afianzado fuere condenado a pagarles». CLSA recurre finalmente a la vía judicial y don F. Q., que se allana respecto al principal, se niega al pago de la cláusula penal por entender que la misma es nula, toda vez que, en su condición de fiador, no podía obligarse a más que el deudor principal ni resultar su condición de garante más onerosa, al amparo del art. 1826 CC.

El Tribunal, que rechaza el argumento de don F. Q. y da por válida y exigible la cláusula penal, lo hace, empero, sin abordar frontalmente cuestiones de calificación, es decir, sin entrar a valorar si en el supuesto concreto estamos ante una fianza o ante otro tipo de figura de intercesión, como la asunción cumulativa. Y es que, como se ha apuntado con acierto⁵⁶, en el fondo da igual qué etiqueta le pongamos (asunción cumulativa o fianza solidaria), si en ambos casos aplicaríamos las reglas de la solidaridad, en el entendido de que la fianza solidaria responde externamente a las normas de la solidaridad e internamente a las de la fianza: comoquiera que el art. 1826 CC es regla de repercusión externa (no aplicable, por ende, a la fianza solidaria), la solución pasa en uno y otro caso por la misma⁵⁷.

⁵⁴ (ECLI:ES:TS:1989:9678).

⁵⁵ (RJ 1994\10243).

⁵⁶ Adame Martínez (1995: 656-665).

⁵⁷ En este mismo sentido *vid.* la STS Sala 1.^a 841/2010, de 20 de diciembre (ECLI:ES:TS:2010:6957), que aplica las reglas de la solidaridad a un supuesto que califica de asunción cumulativa de deuda, aunque, reconoce, el mismo régimen cabría aplicar aun habiendo considerado que nos encontrábamos ante una fianza solidaria, dada la remisión del art. 1822.2 CC a la regulación de las obligaciones solidarias. En este sentido, rechaza el argumento de la recurrente (*CILINDROS*) de que no le había sido comunicada la resolución del contrato puesto que, de un lado, la comunicación debía efectuarse a la otra mercantil

Pero, más allá de eso, el Tribunal Supremo basa su decisión en el denominado «criterio del interés»⁵⁸, es decir, en la idea de que la solución del art. 1826 CC viene justificada en el altruismo o gestión desinteresada a favor de tercero que caracteriza a la fianza decimonónica; un elemento que no puede observarse en este supuesto, en la medida en que don F. Q., en su calidad de socio de la mercantil, no actúa movido por fines altruistas sino, muy al contrario, interviene para atender un interés propio, lo que excluye la posición privilegiada que al fiador conceden numerosos preceptos de nuestro Código. Esta idea, unida a la voluntad de don F. Q. en obligarse y aceptar la cláusula penal precisamente para el caso de incumplimiento, lleva al Tribunal a considerar que el estatus o posición asumida por aquel es la de un verdadero obligado principal.

Este mismo criterio del interés, en virtud del cual se estima que, a diferencia del fiador, el asumente cumulativo interviene en el negocio merced a un interés económico o jurídico, se toma en consideración en la STS Sala 1.ª 534/2007, de 18 de mayo de 2007⁵⁹ para confirmar una interpretación del contrato enjuiciado favorable a una asunción cumulativa de deuda, toda vez que la esposa, que suscribe el documento, tenía, en efecto, interés en el cumplimiento de la obligación junto con su cónyuge al participar de forma directa en su negocio de compraventa de vehículos.

Por último, en la STS Sala 1.ª 1133/1998, de 9 de diciembre⁶⁰, se plantea la cuestión de las excepciones que el asumente puede oponer al acreedor. En concreto, se trata de un supuesto en el que un tercero (Consejero Delegado y Director General de unas sociedades), asume la deuda que las mercantiles tenían contraídas en concepto de honorarios por los servicios profesionales prestados por un letrado. Interpuesta la

(*FUNDICIONES*) –como así se hizo– y, de otro, «la relación de solidaridad implica que las acciones ejercitadas contra un deudor solidario perjudiquen a todos los demás, según se establece en el art. 1141 CC y esta solución se debe aplicar tanto si entendemos el contrato como una asunción cumulativa de deuda con el carácter de solidaria, como si se trata de una fianza solidaria». En conclusión, habiendo asumido *CILINDROS* solidariamente la deuda que *FUNDICIONES* había contraído con la Seguridad Social, y habiendo incumplido esta última su obligación, la obligada solidariamente con ella debe en las mismas condiciones y circunstancias que ella en aplicación de las reglas de la solidaridad.

⁵⁸ Adame Martínez (1995: 665). Este criterio, que se ha utilizado tradicionalmente en la doctrina alemana como factor para distinguir entre asunción cumulativa y fianza, en función de si quien intercede tiene interés directo o no en el cumplimiento de la obligación, respectivamente, se ha puesto en entredicho, desde el instante en que se admite que la fianza en interés propio sigue siendo fianza, aunque esa circunstancia, unida al carácter solidario, deje escaso margen de aplicación a su régimen normativo (inaplicación de las normas del regreso, de aquellas protectoras del deudor contra el fiador y del fiador contra el deudor, etc.), pero siempre existirá un régimen mínimo que permita seguir hablando de fianza, debiendo identificar en cada caso qué tipo de interés propio existe para concluir qué normas de la fianza aparecen como adecuadas o inadecuadas al caso: Carrasco Perera et al. (2022: 172-173).

⁵⁹ (ECLI:ES:TS:2007:3236).

⁶⁰ (ECLI:ES:TS:1998:7432).

reclamación por este último, el asumente alega que la acción está prescrita por transcurso de 3 años *ex art. 1967.1.º CC* y el Tribunal admite el motivo por entender que «la asunción de deuda fue una asunción cumulativa, que no altera la obligación contraída con el Letrado minutante de sus servicios por las sociedades que los encomendaron». Por ende, «si la obligación es la misma, si el recurrente al asumirla se convirtió en un deudor más, pero de un crédito que no surgió de la extinción de la deuda primitiva», debe reconocerse a este las mismas excepciones que sus codeudores y, entre ellas, la prescripción de tres años prevista en el art. 1967.1 CC para la acción de reclamación de honorarios profesionales.

II.4. Criterio doctrinal

En el ámbito doctrinal destacan principalmente dos tesis acerca de la naturaleza jurídica de la asunción cumulativa: de un lado, la de quienes reconocen que, junto a la fianza, caben otras figuras de intercesión como la asunción cumulativa, que se encuadra en el ámbito de las obligaciones solidarias; y, de otro, la de quienes defienden un solo tipo de responsabilidad por deuda ajena llamado «fianza» y, por tanto, dentro del cual debe subsumirse la asunción cumulativa o cuyo régimen debe aplicarse necesariamente a esta figura atípica de garantía.

La primera de las teorías se sustenta en la idea de que el asumente, a diferencia del fiador, no «garantiza», sino que «participa» en la deuda ajena, convirtiéndose de ese modo en *deudor* de la obligación principal, en el mismo concepto y por la misma causa que obligaban al primitivo. Así, pese a que la asunción cumulativa viene, en efecto, a reforzar la posición del acreedor y, en ese sentido, cumple una función de garantía similar a la de un fiador⁶¹, el asumente ingresa en la misma obligación y se coloca junto al deudor, creando de ese modo una relación obligatoria solidaria de la que es corolario la aplicación del régimen de las obligaciones solidarias (arts. 1140-1148 CC)⁶². Y ello sin perjuicio de que, en las relaciones internas entre los deudores, el asumente deba en mayor o menor medida (sea, p. ej., el único obligado internamente por razón de una obligación previamente asumida con el deudor o no deba en absoluto al haber aceptado una posición

⁶¹ Aunque no siempre, toda vez que pueden pretenderse otros fines con ella (asunción *solvendi causa*, *credendi causa*, *donandi causa*): Pérez Ramos (2002: 221).

⁶² Díez-Picazo (1996: 859); Adame Martínez (1996: 199 ss.) y (1995: 662); Puig Ferriol (1996: 336 ss.); Infante Ruiz (2004: 147); Rubio Garrido (2002: 213-230); Basozabal Arrue (2000: 121-123) considera aplicable el art. 1144 CC y, por tanto, por lo que hace a la reclamación por parte del acreedor, entiende que la asunción cumulativa se comporta como un supuesto de solidaridad de deudores; entiende, sin embargo, que la regulación de la solidaridad debe conciliarse con la de la fianza, intentando una aplicación conjunta.

de mero garante), y, por tanto, con independencia de que deba reconocérsele un derecho de regreso en el caso de que asuma íntegra o parcialmente la deuda. La admisión de la asunción cumulativa se percibe, en este sentido, como la elevación al plano de los contratos del régimen de la obligación solidaria que resulta de la intercesión de un tercero en una relación junto al deudor primitivo, superándose de este modo «la paradoja dogmática» que encierra comparar una institución de la teoría general de las obligaciones (la solidaridad) con un contrato típico (el afianzamiento)⁶³.

En ese sentido, y aunque la solución parezca atentar *prima facie* contra el principio que rige en nuestro Código civil de que la solidaridad no se presume (*cf.* arts. 1137 y 1138 CC)⁶⁴, no cabe otra opción para los obligados cumulativamente que entender que el deudor de la obligación asumida y el asumente se hallan unidos por un vínculo de solidaridad⁶⁵. Pues, en efecto, es la única solución admisible si se tiene en cuenta que la aplicación de las reglas de la mancomunidad y de la parciaridad vendrían a equivaler a una asunción, al menos parcialmente, liberatoria (pues el deudor inicial se vería *liberado* de una porción de deuda que coincidiría con la atribuida al tercero), para la que el acreedor no ha prestado consentimiento⁶⁶ ni puede presumirse (*cf.* art. 1289.I CC)⁶⁷. Ahora bien, si esta solución parece no ofrecer fisuras en aquellas hipótesis en las que la asunción cumulativa ha sido consentida por el deudor antiguo (y en la que el asumente se obliga, claro está, a cumplir la misma prestación que aquel), se advierte que no cabe equiparar absolutamente ambas figuras jurídicas (asunción cumulativa y solidaridad) cuando el primitivo deudor no consiente en obligarse cumulativamente, ya porque expresa o tácitamente se oponga, ya porque simplemente ignora la asunción por el tercero. Y es que no debe perderse de vista que la solidaridad entraña una agravación de la responsabilidad, p. ej., por la pérdida de la cosa debida mediando culpa de algún deudor solidario, lo que conlleva que todos deban responder frente al acreedor del precio y de la indemnización

⁶³ Adame Martínez (1995: 662). En contra, Basozabal Arrue (2000: 131) entiende que «la asunción de deuda no responde a un tipo contractual; es un efecto negocial al que cabe acceder desde diferentes hipótesis contractuales».

⁶⁴ Principio, por lo demás, en crisis hace ya tiempo [*vid.* Jordano Barea (1992: 867 ss.); Guilarte Zapatero (1983: 233)] y que no debería erigirse en obstáculo en favor de la solidaridad en la asunción cumulativa [Gálvez Criado (2007: 129 ss.)].

⁶⁵ Díez-Picazo (1996: 859); Adame Martínez (1996: 202); e incluso Pérez y Alguer (1966: 422), quienes aluden a los arts. 1137 y 1138 CC pero terminan concluyendo que la exigencia de que la solidaridad sea establecida de manera expresa no debe interpretarse en un sentido riguroso, sino que debe admitirse siempre que sea conforme a la intención de las partes «y en los casos de asunción acumulativa, dada la naturaleza de la operación, la solidaridad será siempre conforme al propósito de las partes».

⁶⁶ Adame Martínez (1996: 201-206).

⁶⁷ Puig Ferriol (1996: 337).

de daños y abono de intereses (*cf.* art. 1147.II CC), que no debe soportar sin su conocimiento y voluntad ninguno de los deudores. Su ignorancia o rechazo son razón para protegerle de lo convenido entre acreedor y asumente como se protege a cualquier tercero en aplicación del principio *res inter alios acta* (*cf.* art. 1257 CC)⁶⁸.

En segundo lugar, frente al planteamiento anterior, y partiendo de que la solidaridad no es un contrato, ni una obligación, sino simplemente «uno de los modos posibles de organizar la concurrencia de deudores cuando son varios los obligados», compatible con cualquier contrato (fianza, arrendamiento, préstamo...)⁶⁹, un segundo sector doctrinal viene a asimilar la asunción cumulativa a la fianza, ora por entender que al tener similar «causa» deberían aplicarse a esta garantía personal atípica sus normas por analogía (*cf.* art. 4 CC)⁷⁰, ora porque, como señala Carrasco Perera (1992: 73), debemos incluir la misma dentro del *concepto amplio de fianza* que maneja nuestro Código, como único contrato por virtud del cual un tercero distinto del deudor principal asume una obligación cuyo objeto es el cumplimiento de la prestación debida por aquel, pese a que lo haga sin el expreso título que da lugar a la *obligación fideusoria* sino valiéndose de otras declaraciones negociales que, sin utilizar los términos propios «afianzar» o «garantizar», consistan en «asumir» con carácter solidario la deuda preexistente o «responder como deudor principal»⁷¹. Lo anterior es indicativo de que la asunción cumulativa como figura con entidad propia se ha construido sobre bases exclusivamente terminológicas y partiendo de ciertas premisas que se reputan falsas, como lo es sostener que en la fianza la deuda del fiador es la misma que la deuda afianzada o que el asumente «participa» de la deuda original, pues el título por el que asume la deuda ajena no puede ser el mismo por el que el deudor originario se convirtió en tal («quien no compró o arrendó o pidió a préstamo no puede ser comprador, arrendatario, prestatario») sino que ha de ser necesariamente un título diverso, a saber: un contrato de garantía⁷². Se reputa

⁶⁸ Gálvez Criado (2021: 374-376).

⁶⁹ Carrasco Perera et al. (2022: 118).

⁷⁰ En favor de esta solución se muestra Pérez Ramos (2015: 291), aunque con un importante matiz, y es que no considera que proceda una aplicación indiscriminada de las normas de la fianza sino que, a su juicio, la identidad de razón que sustenta la aplicación analógica «se limita a la finalidad de garantía que por voluntad de las partes se proyecta únicamente en la esfera interna», o sea, únicamente en la relación del asumente para con el verdadero deudor.

⁷¹ Carrasco Perera et al. (2022: 169).

⁷² Carrasco Perera et al. (2022: 171).

En contra, Infante Ruiz (2004: 152-153) reconoce que es imposible que sea comprador quien no compró o prestatario quien no recibió dinero en mutuo, «pero la explicación es tan sencilla como decir que el asumente se obliga por su propio contrato al cumplimiento de la misma prestación que el deudor originario»; aquí, como en la fianza, el asumente intercederá las más de las veces en virtud de un mandato, aunque también puede tratarse de una gestión de negocios ajenos o, de forma más excepcional, de una

irrazonable, así, asignar una distinta calificación contractual por el mero hecho de que la asunción se exteriorice de una u otra forma, máxime cuando en la doctrina del Derecho común la fianza se definía, precisamente, como una obligación de asumir deuda ajena⁷³. Desde esta perspectiva, y comoquiera que la única diferencia apreciable es la de que cabe presumir que el asumente cumulativo renuncia al beneficio de la subsidiariedad⁷⁴, se concluye que al deudor garante le son de aplicación las normas de la fianza, cuyo régimen no depende del carácter subsidiario de la misma sino de la naturaleza accesoria que también se asigna a la asunción cumulativa; así, p. ej., se postula la aplicación del régimen de interrupción de la prescripción propio de la fianza (art. 1975 CC), la oponibilidad de excepciones *ex arts.* 1824 y 1853 CC, el posible aprovechamiento por el asumente de la transacción hecha por el deudor originario (art. 1835 CC), los arts. 1840 y 1842 CC en las relaciones internas, etc.⁷⁵.

Gálvez Criado (2021: 376-377) se plantea, sin embargo, hasta qué punto es posible acudir a la regulación de este contrato para trasladarlo a la asunción cumulativa si tenemos en cuenta que la fianza, al menos en su concepción clásica, es una obligación subsidiaria, accesoria y en la que internamente el único obligado es el deudor principal, mientras que la obligación a cargo del asumente no es accesoria y este no es propiamente

intercesión espontánea (una «causa» que, como en la fianza, es externa y ajena al acreedor). De modo que, la referencia a la misma *causa debendi* no significa que el asumente se convierta, p. ej., en comprador, sino que asume la misma prestación que este. Lo que se cohonesto con la estructura de las obligaciones solidarias: en ellas existe una pluralidad de obligaciones y un único objeto (prestación), pero eso no implica que todos los deudores se hayan obligado en virtud de un mismo título. En el mismo sentido, Rubio Garrido (2002: 217-218).

Caffarena Laporta (1980: 52), por su parte, sostiene en torno a la obligación solidaria que esta «cumple frente al acreedor una función de garantía de su crédito, con un régimen que trata de garantizar ese crédito con mayor fuerza que la fianza en perjuicio de los titulares pasivos de la relación teniendo ello por motivo seguramente que en esta relación todos los deudores tienen un interés directo, mientras que en la fianza el garante no participa de manera directa en la obligación garantizada. Si al regularse la solidaridad pasiva se hubiera pensado tan solo en esa función de garantía, hubiera bastado con reconocer la posibilidad de renunciar al beneficio de excusión en la fianza. O ni siquiera esto. Hubiera bastado no regular nada al respecto de las obligaciones solidarias. Pero esta institución encuentra un sitio en los Códigos, respondiendo a una situación distinta a la de la mera fianza. Fundamentalmente hay en ella también, además de garantía, un interés común por parte de todos los deudores implicados. Esta idea última de la comunidad de interés inspira todo el aspecto interno de la relación solidaria, e influye en algún modo en el régimen de su aspecto externo, primordialmente estructurado en torno a la idea de garantía, reforzando esta a favor del acreedor y en perjuicio de los deudores». Por lo que hace a las diferencias entre la fianza (aun solidaria) y la solidaridad pasiva, *vid.* Alventosa del Río (1988: 183 ss.); Jordano Barea (1992: 857); Guilarte Zapatero (1983: 223 ss.).

⁷³ Carrasco Perera et al. (2022: 171). Este mismo autor (1992: 167), con cita de Pothier, explica que en el Derecho común y en la praxis jurisprudencial la expresión «obligarse como deudor principal» no fue entendida como una exclusión convencional del régimen de la fianza, sino como una renuncia al beneficio de exclusión.

⁷⁴ *Vid.* apartado III.2.2.).

⁷⁵ Carrasco Perera et al. (2022: 172-173).

un fiador, aunque cumpla una función en ocasiones similar. De ahí que, mientras la obligación del fiador depende de la existencia y contenido de la obligación principal, la del asumente no quede generalmente afectada por las vicisitudes de aquella (a salvo cuando se satisfaga total o parcialmente el crédito) y, así, p. ej., que, a diferencia de la obligación del fiador, la del asumente no se extinga por la imposibilidad sobrevenida fortuita de la obligación a cargo del deudor, pues, en ausencia de accesoriedad (*cfr.* art. 1847 CC), procedería aplicar la regla del art. 1147.I CC en materia de solidaridad⁷⁶. Aún más: cuando la jurisprudencia se detiene a distinguir entre asunción cumulativa y fianza, en función de si quien se obliga lo hace por deuda propia o ajena, en realidad aspira a diferenciar quien se obliga solidariamente y como deudor principal (asumente) de quien lo hace como deudor subsidiario o con beneficio de excusión (fiador)⁷⁷.

No faltan, por último, quienes defienden una tesis ecléctica, situada a caballo entre los dos bloques normativos apuntados: las normas de la fianza y las de las obligaciones solidarias. Así, mientras algunos autores propugnan por que, en lo no previsto por las partes, se busquen soluciones optando por aquellas normas que resulten más apropiadas en cada caso⁷⁸, otros defienden que, comoquiera que estamos ante un negocio jurídico atípico de garantía –cuya función es la de refuerzo de una obligación preexistente–, el asumente internamente será un garante, y como tal le serán de aplicación las normas sobre fianza (y no las normas de la solidaridad, porque entre ellos no existe la comunidad para la que está pensada dicha regulación), mientras que externamente, frente al acreedor, y dada su voluntad de asumir la responsabilidad y posición propia de un deudor, será un obligado solidario, sujeto, por tanto, al esquema clásico y propio de estas obligaciones⁷⁹.

III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ASUNCIÓN CUMULATIVA DE DEUDA

⁷⁶ Gálvez Criado (2021: 377). En cuanto a la accesoriedad, defiende, con cita de Larenz (1987: 611), que la obligación del asumente es dependiente en su nacimiento a la del deudor primitivo, pero independiente en su desarrollo. Esta misma idea la sostienen, entre otros, Adame Martínez (1996: 212), Rubio Garrido (2002: 221) e Infante Ruiz (2004: 149).

⁷⁷ Gálvez Criado (2021: 379), trae a colación, en este sentido, la STS Sala 1.^a de 28 de septiembre de 1960 (RJ 1960\ 3150) que justifica la calificación del contrato como asunción cumulativa y no como fianza en que no pueden extender a la primera los requisitos que se exigen para la fianza «siendo el efecto más importante de la adhesión a la deuda (...) el de la conversión del adherido en deudor solidario, al lado del deudor primitivo».

⁷⁸ Gálvez Criado (2021: 378); Basozabal Arrue (2000: 122). Puig Ferriol (1996: 338), por su parte, se remite a la normativa general en materia de interpretación de contratos para resolver las dudas en aquellos casos en que no aparece claro si la obligación del nuevo deudor debe abocar a la figura de la asunción o a la de la fianza, entendiendo que estaremos en este segundo supuesto si el tercero responde de la deuda del primitivo deudor con carácter subsidiario.

⁷⁹ Pérez Ramos (2015: 284 ss.).

III.1. Previo: asunción de deuda y novación

Ya se ha apuntado cómo asunción de deuda y novación aparecen interconectadas desde el mismo origen de la institución que aquí se analiza. Es por ello menester comenzar el análisis del régimen jurídico de la asunción delimitando adecuadamente ambas figuras a los efectos de concluir hasta qué punto es procedente, o no, seguir relacionándolas y utilizando como sostén normativo el que proporcionan los arts. 1203 y ss. del Código.

III.1.1. Dos términos para una misma realidad

Entre los distintos modos de extinción de las obligaciones se encuentra, a tenor del art. 1156 CC, la novación, a cuya regulación se destinan los arts. 1203 a 1213, que conforman la Sección 6ª del Capítulo IV que trata “*De la extinción de las obligaciones*”. Fuera de estos preceptos, a ella alude el art. 1143 CC en materia de solidaridad, cuando señala que «[l]a novación... hecha(s) por cualquiera de los acreedores solidarios o con cualquiera de los deudores de la misma clase, extingue(n) la obligación». El marco que ofrecen estos preceptos y su misma ubicación sistemática sugiere, por tanto, a primera vista, que deba pensarse en esta institución como un medio extintivo de las obligaciones, en sintonía con su tradición histórica⁸⁰.

No obstante, la novación no puede entenderse hoy si no es por relación o contraste con la modificación de las obligaciones, a la que ha terminado por convertirse en subespecie de aquella. Tan es así que, según la exégesis que actualmente predomina en la doctrina y jurisprudencia, junto a la novación *romana*, *extintiva* o *propia* coexiste una *impropia* o *modificativa* que entraña la subsistencia de la obligación primitiva con el

⁸⁰ Es bien sabido que la *novatio obligationis* encuentra en el Derecho romano clásico su punto de partida, en el que ya se concibe como la sustitución de una obligación por otra, a través del complejo e inescindible efecto «extinción-creación» que ha trascendido hasta nuestros días. En aquella primera etapa desempeña un papel decisivo en tanto que única vía para articular jurídicamente la «transmisión» de la *obligatio* romana, dada su concepción como vínculo estrictamente personal entre dos sujetos. Así, aunque en sentido técnico-jurídico se traduce en la extinción de una obligación y el nacimiento de otra destinada a ocupar su lugar, desde una perspectiva económica se muestra como la manera de trasladar el contenido de la obligación de un sujeto a otro. Su singular operativa explica la caracterización de la novación como medio *extintivo-constitutivo*: la válida extinción de la obligación primitiva requiere que de forma correlativa nazca un nuevo vínculo obligatorio, el cual, por tomar para sí algunos elementos de aquella, viene a sustituirla. Y de ahí se extraen también los principales caracteres de la novación: el cambio de un elemento de la *obligatio civilis* en forma de modificación, introducida para que la *prior obligatio* se transforme en *nova obligatio* mediante la inserción de algo nuevo (*aliquid novi*). Junto a estos tres elementos (obligación previa a extinguir, obligación nueva que sustituya a aquella y elemento discrepante entre ambas), destaca en aquel periodo la presencia de otro requisito esencial del acto novatorio, el *idem debitum* o identidad en el objeto de la obligación, que se suprime sin embargo en su evolución posterior al tiempo que la decadencia de las formas clásicas romanas hace que la *voluntas* de las partes pase a ser determinante de los efectos jurídicos del acto, consagrándose así el *animus novandi* como presupuesto fundamental de la novación; *vid.* Sancho Rebullida (1964: 15-142); Fuenteseca Degeneffe (2000: 17-214).

nuevo contenido que resulte de la alteración de alguno de sus elementos. Dicho más claramente, se encuentra hoy comúnmente aceptado que la novación puede comportar dos efectos jurídicos bien distintos: por un lado, su característico extintivo de una obligación por creación de otra nueva y, de forma alternativa, un efecto modificativo del vínculo obligatorio que, a pesar de verse alterado en su objeto o en la identidad de los sujetos que conforman la relación, subsiste único⁸¹. De este modo, los arts. 1203 a 1213 CC no solo se conciben como reguladores de uno de los medios extintivos de las obligaciones sino, asimismo, como marco normativo de aplicación a la *modificación convencional de las obligaciones*, admitida sin discusión en nuestro Derecho como manifestación del principio de libertad contractual y, por tanto, como complemento y desarrollo del art. 1255 CC. Ahora, mientras la novación «propia» presupone la extinción de la obligación primitiva y el correlativo nacimiento de una nueva que viene a sustituirla, la «impropia» implica la pervivencia de la primera; cuestión en absoluto baladí si se tienen en cuenta, p. ej., sus consecuencias desde el punto de vista de la indisociable extinción o *aparente* subsistencia de los derechos accesorios (entre ellos, los de garantía).

Así, partiendo de la premisa de que las partes pueden modificar la relación obligatoria en virtud del principio de autonomía de la voluntad y, a la vista de la *desafortunada redacción* de los arts. 1203 y 1204 CC, la doctrina mayoritaria concluye

⁸¹ A salvo contadas excepciones [Sancho Rebullida (1964: 155 ss.); Fuenteseca Degeneffe (2000: 230 ss.); Cristóbal Montes (1973: 1167-1220); Gete-Alonso (1989: 303-320)], los autores se decantan por admitir que la novación puede tener por efecto la modificación de la obligación. Entre ellos y sin ánimo de exhaustividad: Clemente De Diego (1912); Azurza (1950: 590-615); Hernández Gil (1961: 797-807); Pérez y Alguer, 1966 (222-226); Reyes Monterreal (1960: 601-609); Manresa y Navarro (1967: 855 ss.); Castán Tobeñas (2008: 501 ss.); Díez-Picazo (2008: 958 ss.); Muñiz Espada (2011); Sacristán Represa (2013: 1-56); Clavería Gosálbez (2013: 427-434).

El Tribunal Supremo, por su parte, ha reconocido abiertamente que el concepto de novación se ha ampliado de forma considerable en nuestro Derecho con relación al que se le atribuía en Derecho Romano, pues el Código civil también admite, junto a la novación en sentido estricto (novación extintiva) la meramente modificativa, «como claramente aparece de la frase inicial del artículo 1203 e igualmente *a sensu contrario* del texto del artículo 1207»: SSTS Sala 1.ª de 29 de abril de 1947 (RJ 1947\607), 20 de diciembre de 1960 (RJ 1960\4104), 14 de octubre de 1967 (RJ 1967\3821), 16 de febrero de 1973 (RJ 1973\475), 29 de enero de 1982 (RJ 1982\335), 11 de noviembre de 1983 (RJ 1983\6110), 7 de marzo de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:1114), 21 de octubre de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:5574), 7 de marzo de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:12722); 13 de octubre de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:17696), 31 de mayo de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:22137), 23 de febrero de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:10388), 203/1996, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:1996:1655), 138/1999, de 25 de febrero (ECLI:ES:TS:1999:1290), 953/2000, de 24 de octubre (ECLI:ES:TS:2000:7647), 1263/2003, de 29 de diciembre (ECLI:ES:TS:2003:8514), 112/2005, de 4 de marzo (ECLI:ES:TS:2005:1358), 311/2006, de 16 de marzo (ECLI:ES:TS:2006:1345), 1054/2008, de 7 de noviembre (ECLI:ES:TS:2008:5808), 130/2009, de 12 de marzo (ECLI:ES:TS:2009:935), 536/2011, de 11 de julio (ECLI:ES:TS:2011:5096), 107/2013, de 21 de febrero (ECLI:ES:TS:2013:853), 28/2015, de 11 de febrero (ECLI:ES:TS:2015:257) y 41/2016, de 11 de febrero (ECLI:ES:TS:2016:352). Aunque excepcionalmente, algunas resoluciones se inclinan por contraponer a la novación, como medio extintivo de obligaciones, el fenómeno de su modificación, llegando a poner en duda que la primera pueda producir efectos modificativos: SSTS de 24 de febrero de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:1432) y 2/2000, de 20 de enero (ECLI:ES:TS:2000:214).

que la alteración de la originaria relación obligatoria puede implicar, bien la creación de una nueva en sustitución de la anterior, bien la subsistencia de la primera con la modificación pretendida. Es más, la novación solo producirá efecto extintivo cuando las partes hagan constar su *animus novandi*, ya sea de forma expresa mediante una *declaración terminante* en tal sentido, ya tácitamente a través del concierto de una nueva obligación que sea *de todo punto incompatible* con la anterior.

Sin embargo, como ya defendimos en otro lugar⁸², el art. 1203 CC (en el que principalmente se sustenta la idea de que la modificación puede ser uno de los dos efectos jurídicos que cabe asignar a la novación al enunciar que «[l]as obligaciones pueden modificarse: 1º *variando* su objeto o sus condiciones principales; 2º *sustituyendo* la persona del deudor; 3º *subrogando* a un tercero en los derechos del acreedor»), se halla lejos de ofrecer apoyo normativo a la libre modificación convencional de las obligaciones, y más lejos aún de dar cabida a una categoría jurídica que, amén de que nada adicional reporta a aquella, supone un contrasentido en sí misma: la novación *modificativa*.

Pues, en efecto, la novación presenta la particularidad de vincular la extinción de una obligación al efectivo nacimiento de una segunda, la cual toma para sí algunos elementos de aquella y viene a ocupar su lugar: en este sentido, la *nova obligatio* no es sino el resultado de la *prior* modificada. Y esta es muy probablemente la razón de que el art. 1203 CC emplee el término «modificación», que no se dirige a exceptuar el efecto extintivo-constitutivo de la novación sino a describir el mecanismo que conduce a ella⁸³, esto es, la alteración de algún aspecto de la obligación primitiva con la que dar satisfacción a uno de los requisitos típicos de la institución: el *aliquid novi* o necesaria disparidad entre la *prior* y la *nova obligatio*. Eso es, ni más ni menos, lo que viene a plasmar nuestro art. 1203 CC. Y a esta intelección coadyuva el análisis de los supuestos que contempla el precepto: la novación objetiva como alteración *sustancial* de la obligación recayente sobre su objeto o sus condiciones principales; la novación subjetiva pasiva cuya naturaleza es, en presencia de terceros, necesariamente extintiva (arts. 1205 a 1207 CC); y la novación subjetiva activa (o subrogación), que producida como consecuencia del pago por tercero de una deuda ajena (arts. 1209 y 1210 CC) o de la amortización anticipada del débito con dinero prestado por un tercer acreedor (art. 1211

⁸² Castellanos Cámara (2020: 197-309).

⁸³ Gete-Alonso (1989: 306 ss.).

CC), comporta la extinción del crédito satisfecho (por pago: *cfr.* arts. 1157 y ss. CC) y la transmisión al adquirido por el tercero (*solvens* o prestatario) de los privilegios y garantías del primero (arts. 1209 a 1213 CC)⁸⁴. El art. 1203 debe leerse, así, coherentemente con lo que la novación significa, en clave de extinción.

En el ámbito específico de la asunción de deuda, y teniendo en cuenta el contexto descrito, en absoluto sorprende que la jurisprudencia y doctrina mayoritaria opten por atribuirle un efecto meramente modificativo, siguiendo con el argumento de que el art. 1203 CC permite a las obligaciones *modificarse* «sustituyendo la persona del deudor». Esta nueva orientación de la cuestión, que se aleja de la doctrina clásica que halla en la novación extintiva el único cauce para propiciar la transmisión de deudas *inter vivos* a título singular, se nutre de una serie de argumentos de orden doctrinal y legal⁸⁵. En cuanto a los primeros y partiendo de la conveniencia de admitir la transmisibilidad de las deudas para la vida útil, se alega que la desaparición de la concepción personalista del vínculo obligatorio que regía en Derecho clásico permite desvincularlo de los sujetos que integran la relación, en un entendimiento enteramente patrimonialista del vínculo. Además, si pueden transmitirse las deudas a título universal, ¿por qué no a título singular?; y, de igual forma, admitida como está la cesión de créditos, ¿por qué no la asunción de deudas?

Por lo que hace a los argumentos legales, si bien se reconoce que el Código civil español no reglamenta la sucesión en las deudas (a diferencia del alemán: §§ 414 a 418 *BGB*), a pesar de que algunos autores quieran ver en el art. 1112 CC una regla general en favor de la transmisibilidad de los derechos (y, por extensión, de las obligaciones), se propone como marco normativo, en sintonía con la libertad de pactos (art. 1255 CC), precisamente el de la novación (con eficacia modificativa). En suma, la sustitución de la persona del deudor tendrá una eficacia extintiva o modificativa en función de cuál sea el *animus* o voluntad de las partes, incluyendo no solo la de los deudores llamados a sucederse sino asimismo la del acreedor, sin cuya anuencia no puede llevarse a cabo la alteración por exigencia del art. 1205 CC. Pues bien, si este, a quien más directamente afecta el cambio, pues con él muta el entero patrimonio que queda respondiendo de la deuda, presta su consentimiento no solo a la alteración sino a que la misma revista efectos meramente modificativos, ¿por qué no habría de permanecer la misma deuda?⁸⁶.

⁸⁴ Rey Portolés (1995: 47-48); Cañizares Laso (1996: 76 ss.); Fernández Villa (1999: 249 ss.); Bellod Fernández de Palencia (2000: 151-158); Galicia Aizpurua (2006: 51); Díaz Fraile (2007: 1781); Viteri Zubia (2013: 243 ss.).

⁸⁵ Sancho Rebullida (1964: 310 ss.).

⁸⁶ Clemente de Diego (1912: 287).

La razón principal de la negativa se halla en el concepto mismo y en la significación económica de la «deuda» y, por tanto, trasciende de la mera concepción personalista de la obligación, ciertamente hoy superada. En efecto, la deuda, que constituye el reverso del crédito, carece por sí misma de valor patrimonial positivo y presenta una diferencia insalvable con aquel: mientras el crédito es un activo en el patrimonio del acreedor sobre el que tiene derecho de disposición, la deuda forma parte del pasivo de un patrimonio, es una sujeción o limitación de la libertad de acción del deudor de la que no puede liberarse sino pagando⁸⁷. En suma: el hecho de que pueda transmitirse un crédito no significa que pueda hacerse lo mismo con una deuda, porque su naturaleza es bien distinta; de ahí que el acreedor pueda prescindir del consentimiento del deudor en la cesión de su crédito (arts. 1526 ss. CC) y, en cambio, el deudor deba necesariamente recabar el consentimiento del primero. Aún más, la deuda puede ser cedida sin que intervenga el antiguo deudor (art. 1205 CC), lo que demuestra claramente que no es él quien «cede» su deuda, ni el nuevo quien «sucede» jurídicamente al anterior, sino el acreedor quien, como verdadero titular del derecho, puede consentir un cambio en el patrimonio que constituye la garantía normal de su derecho (art. 1911 CC)⁸⁸. No obstante, el débito que un tercero contraiga para liberar al deudor inicial será otro distinto, aunque guarde estrecha relación con el primero⁸⁹.

En definitiva, no cabe apelar a la despersonalización del vínculo obligatorio ni fundar la cesión de deudas en su aparente (y solo aparente) identidad con la cesión de créditos. Como tampoco cabe inferir que, dado que las deudas pueden transmitirse a título universal, puedan hacerlo a título singular: en los supuestos de sucesión universal *mortis causa*, por la evidente razón de que el heredero no solo recibe las deudas sino conjuntamente con el resto de bienes del causante; así, el patrimonio que queda afecto es el mismo (el del finado) antes y después de la sucesión (al que podrá unirse el del heredero en aquellos casos en los que no se limite la responsabilidad). Por esta razón el acreedor

⁸⁷ Lacruz Berdejo et al. (2011: 311); Roca y Puig (2009: 363 ss.). Díez-Picazo (1996: 848) señala que a las razones de origen histórico que niegan que pueda llevarse a cabo una sustitución de deudores por la sola voluntad del deudor primitivo (solución que no ha sido propugnada, ni admitida, por ninguna legislación positiva, ni por ningún sector doctrinal), se unen otras nacidas de la misma naturaleza de las cosas y los criterios que deben presidir una justa composición de los intereses en juego, pues, en efecto, el cambio de la persona del deudor no afecta exclusivamente al antiguo y al nuevo obligado, sino que introduce una mutación importantísima en el derecho del acreedor y afecta de igual modo a los titulares pasivos de obligaciones accesorias, pues no es lo mismo responsabilizarse del cumplimiento de una persona que del de otra.

⁸⁸ Roca y Puig (2009: 364-365); Sancho Rebullida (1964: 315).

⁸⁹ Lacruz Berdejo et al. (2011: 311).

no ha de consentir la sucesión, al contrario de lo que sí ocurre cuando el cambio de deudor tiene lugar *inter vivos* y a título singular. Mas idéntica razón subyace cuando la transmisión se produce a título universal *inter vivos*: las deudas solo son transmisibles junto con el patrimonio al que gravan⁹⁰.

Por lo demás, en cuanto a los datos normativos, debemos tener en cuenta, primero, que de acuerdo a la propia dicción del art. 1112 CC, «[t]odos los *derechos* adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes...», o sea, que lo susceptible de cesión son los derechos y no las obligaciones, lo que confirma que el vínculo obligacional solo es transmisible desde el lado activo. En segundo lugar, la regulación del Código en torno a la novación por cambio de deudor difícilmente puede dar cabida a una intelección favorable al efecto modificativo, a saber, el art. 1205 CC exige el consentimiento del acreedor para que pueda operar la novación, «que consiste en sustituirse un *nuevo deudor* en lugar del *primitivo*», mientras que el 1206 CC prevé como regla general la extinción de la acción del acreedor contra el deudor primitivo si el nuevo deviene insolvente, con la única excepción de que dicha insolvencia hubiera sido «anterior y pública o conocida del deudor», es decir, de que este hubiera actuado con dolo al delegar su deuda⁹¹, en cuyo caso la acción frente al primero *revive*⁹². A lo anterior se suma la regulación de los dos preceptos que les siguen: el 1207 CC, sistemáticamente ubicado tras la regulación del cambio de deudor y que impone la extinción de las obligaciones accesorias cuando la principal se extinga por efecto de la novación⁹³ y el

⁹⁰ Sancho Rebullida (1964: 317) cita para ilustrarlo un ejemplo de Lacruz Berdejo, respecto de la imposibilidad de un camión de transportar un agujero: en sí mismos, los agujeros no pueden transportarse porque no tienen existencia aislada, pero practicados en la materia sí; de hecho, un camión transporta muchos agujeros cuando lleva una carga de regaderas.

⁹¹ Gil Rodríguez (1988: 73-98).

⁹² Torralba Soriano (1974: 462-466), con cita de García Goyena, subraya que el art. 1205 CC se refiere, sin duda, a un tipo específico de delegación: «la delegación que entraña novación y, por tanto, extinción de la obligación del deudor primitivo», de ahí que aluda a que el acreedor *consiente en descargar al primitivo deudor*. Para estos casos, el art. 1206 CC establece un límite a la liberación del primitivo deudor: que la acción del acreedor, extinguida al aceptar al nuevo deudor, reviva en el supuesto de insolvencia de este último, o, más precisamente, que el consentimiento liberatorio se reputa ineficaz en estos casos.

⁹³ Castán Tobeñas (2008: 383).

Por lo que hace a la intelección del art. 1207 CC y a los problemas interpretativos que suscita, en otro lugar [Castellanos Cámara (2020: 293-302)] expusimos que la explicación más plausible para dotar de sentido al inciso final del precepto («sólo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento») es sencillamente la de entender que los *terceros* a los que se refiere el legislador son, antes que los garantes de una obligación ajena, aquellos que, por entrar a formar parte activa de la relación obligatoria en virtud del fenómeno de la subrogación, son favorecidos con (*se benefician de*) la subsistencia de las obligaciones accesorias. Pues, en efecto, solo hay unos *terceros* (que verdaderamente lo son respecto de la obligación novada) a los que *aprovecha* la subsistencia de las obligaciones accesorias: aquellos que, no por *pacto especial* como exigía el art. 1140 del Proyecto isabelino, sino por efecto de la *subrogación*, deseen conservar sobre los hipotecarios posteriores la preferencia que le

1208 CC, que convierte en nula la novación si lo fuere también la obligación primitiva⁹⁴, por la elemental exigencia de que en toda novación debe concurrir una *prior obligatio* válida y una *nova* que viene a ocupar su posición.

En fin, si los preceptos del Código no ayudan a predicar la libre transmisibilidad de las obligaciones, también es cierto que no la prohíben expresamente, y a ello se acoge en última instancia la doctrina para fundar su admisibilidad *ex art.* 1255 CC. A este respecto, existe consenso en que para que el acuerdo sea válido requiere, cuando menos, del consentimiento del acreedor y del nuevo deudor. El antiguo puede ser partícipe en el convenio o mantenerse al margen. Pero quienes no pueden ser excluidos son los titulares de los derechos accesorios constituidos en garantía de la deuda, caso de que existan y de que pretendan dejarse subsistentes. Así, estos sujetos, que normalmente concedieron las fianzas, prendas o hipotecas en consideración a la persona del deudor garantizado (bien por sus cualidades personales o por su solvencia), habrán de consentir su pervivencia en el supuesto de que se «transmita» la obligación principal, pues de lo contrario se lesionaría su posición a consecuencia del cambio de deudor, sobre todo si el nuevo resulta insolvente⁹⁵. Lo que comporta que, de no prestar consentimiento, actúe el efecto propio de la novación: la extinción de los derechos accesorios (art. 1207 CC)⁹⁶.

Lo anterior equivale a decir que la pretendida sucesión en la deuda requiere los mismos requisitos y ofrece la misma estructura que la novación subjetiva por cambio de deudor, es decir, demanda el mismo grado de consentimiento por parte de todos los sujetos (deudor, acreedor, fiadores, etc.) que el exigido para el nacimiento de una nueva obligación de *idem debitum* con distinto sujeto obligado. La cuestión que se plantea es, entonces, si acaso cabe asignar a dos instituciones con idénticos presupuestos, efectos tan dispares como la extinción y la conservación de la obligación primitiva. Como

daba al primer acreedor la primitiva obligación. Dicho de otro modo, *quienes, al amparo de los artículos 1210.1 y 1211 CC, se subroguen en los derechos del acreedor originario.*

⁹⁴ Sancho Rebullida (1964: 319).

⁹⁵ Jordano Barea (1950: 1372-1382); Roca y Puig (2009: 366-367). Esta exigencia se reclama incluso por quienes se muestran partidarios de la transmisión de la deuda sin novación [*vid.* por todos, Pérez y Alguer (1966: 418); De Cossio y Corral (1945: 195-196)], del mismo modo que se impone, p. ej., en el Derecho alemán (§ 418 *BGB*) y en *Code civil* francés (arts. 1327 a 1327-2). Así lo recoge igualmente nuestra jurisprudencia: el convenio entre el que asume la deuda y el deudor primitivo constituye una disposición de derecho ajeno que, como tal, queda subordinada a la *ratihabito* del acreedor que subsana el defecto de legitimación [STS Sala 1.ª de 11 de diciembre 1979 (ECLI:ES:TS:1979:4681)].

⁹⁶ A este precepto, el 1207 CC, alude Díez-Picazo (1996: 454) para defender que cuando el antiguo deudor queda liberado de la obligación, ha de entender que el fiador queda libre también, habida cuenta de que «la asunción de la deuda significa una alteración sustancial de la base del negocio de fianza y de los términos y condiciones de la obligación del fiador», por lo que el fiador deberá otorgar un expreso consentimiento a la sustitución si se pretende que siga vinculado, ahora, a un nuevo deudor.

acertadamente apunta Sancho Rebullida (1964: 182), lo único que se consigue en realidad es cambiar de nombre a la vieja novación, dándole el de *sucesión*, para añadir que no se trata de verdadera sucesión jurídica⁹⁷.

Aún más, aun cuando todos aquellos sujetos (nuevo deudor, acreedor y terceros garantes) se muestren favorables a la identidad sucesoria, existirán siempre unos terceros cuya intervención dejará en evidencia la novación (extintiva), enmascarada por la convención de los interesados: los acreedores del nuevo deudor⁹⁸. Y es que en ningún caso cabría defender que aquellos queden postergados por un crédito que, aunque de fecha anterior, se haya incorporado al patrimonio del deudor común con posterioridad a la adquisición de su derecho⁹⁹. Antes bien, habrá que atender a la fecha en la que el nuevo obligado contrae el débito: solo a partir de ese instante se incorpora como pasivo a su patrimonio y puede su titular concurrir con los restantes acreedores en igualdad de condiciones¹⁰⁰. La novación actúa, entonces, como salvaguarda de los derechos de esos terceros, impidiendo que la fecha de la nueva deuda se retrotraiga a la de la primera obligación, que ha quedado, en rigor, extinta por efecto de aquella. En atención a ello, el efecto modificativo o extintivo de la «transmisión» de los débitos no puede quedar a la libre voluntad de las partes en tanto quedaría a su merced el sacrificio (o no) de los legítimos intereses de los sujetos afectados por la operación¹⁰¹, razón que impide, en suma, alcanzar el resultado al que sí conduciría una efectiva *sucesión jurídica* en la deuda.

⁹⁷ En el mismo sentido: De Cossio y Corral (1945: 196); Jordano Barea (1950: 1378); Castán Tobeñas (2008: 382).

⁹⁸ Sancho Rebullida (1964: 406).

⁹⁹ Esto podría ocurrir cuando el crédito *correlativo a la deuda asumida* y que aparentemente subsiste, goce de privilegio, p. ej., por constar en escritura pública, pues su prelación al entrar en concurso con otros créditos de igual clase debería venir determinada por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras (cfr. art. 1924.3 CC).

¹⁰⁰ Esta misma solución rige en el sistema alemán, en el que por imperativo del § 418, los privilegios del crédito que el acreedor hubiera podido oponer en el concurso de acreedores contra el deudor, no pueden hacerse valer en el concurso del asumente, «lo que demuestra que se interpone una especie de membrana cuando la asunción puede perjudicar a los demás acreedores de aquel»: Rey Portolés (1995: 124).

Basozabal Arrue (2000: 146-149) se plantea, incluso, qué ocurre con la posición de aquel garante que consiente seguir obligado en favor del nuevo deudor y, en concreto, de qué forma esta decisión puede influir a sus acreedores, cuyas expectativas de cobro pueden variar en función de la identidad del nuevo deudor, pues aunque la obligación del garante ya existía con anterioridad a la asunción, «la expectativa de tener que pagar finalmente la deuda y las posibilidades de poder recuperarla a través del regreso contra el deudor pueden variar sustancialmente en función de la identidad de este». Por lo que termina concluyendo que «si la deuda asumida tiene de cara a los acreedores del asumente la fecha del contrato de asunción, parece razonable que sea esta también la de las garantías, respetando así (...) la protección de los acreedores de los garantes con títulos posteriores a la primitiva concesión de aquellas y anteriores a la renovación del consentimiento».

¹⁰¹ Como pone de manifiesto De Cossio y Corral (1945: 206), «el carácter patrimonial que en el Derecho moderno se reconoce a la obligación, no debe conducirnos a otorgar un favor incondicionado a la movilidad del tráfico con sacrificio de los legítimos intereses de cada uno de los sujetos afectados por la transmisión».

En consecuencia, las partes podrán en el marco de su libertad contractual configurarla «como si se tratase de la antigua», pero esta ficción no podrá imponerse frente a terceros ajenos al pacto, bien sean los titulares de las garantías y demás derechos accesorios de la primitiva obligación, bien los acreedores del nuevo deudor. De nada vale, entonces, sostener la subsistencia e identidad del vínculo obligatorio: mantener que la deuda no ha cambiado después de que ha pasado a otro deudor, está respaldada por un patrimonio distinto y ha dejado de estar revestida por los derechos accesorios de garantía, se queda, cuando menos, «en un intento infructuoso»¹⁰².

Por último, se ha apuntado como argumento en favor de la transmisibilidad la fórmula que consagran los arts. 642 - 643 CC y 118 LH. Sin embargo, los dos primeros preceptos, que regulan la donación hecha con imposición al donatario de la obligación de pagar las deudas del donante, plantean el problema de determinar entre quiénes surte efecto el convenio¹⁰³. De hecho, de su redacción en ningún momento se colige que el acreedor deje de tener acción frente al donante ni que este quede liberado de la deuda; al contrario, lo único que prevé la ley es que el donatario *pague* las deudas del donante, pero no que las *tome para sí*¹⁰⁴, de suerte que, si este último no cumple con la carga impuesta, seguirá debiéndolas el donante, que solo podrá optar entre exigir al donatario el cumplimiento de la carga o revocar la donación por incumplimiento (*cf.* art. 647 CC)¹⁰⁵. Si al pacto anterior se añade la «asunción de deuda» por el donatario, esta solo podrá llevarse a efecto mediando consentimiento del acreedor (art. 1205 CC)¹⁰⁶. De modo que retornamos al supuesto antes analizado: el acreedor consiente la liberación del deudor primitivo y la subsistencia del débito a cargo de un individuo distinto, pero la voluntad de estos tres sujetos no es suficiente para otorgar a la sucesión los efectos que jurídicamente deberían desprenderse de ella: podrá haber «sucesión» con eficacia *inter partes*, pero en ningún caso frente a terceros.

Por otro lado, el art. 118.I LH contempla la venta de finca gravada con hipoteca en la que las partes acuerdan que el comprador se subroga no solo en las responsabilidades derivadas de la carga sino también en la obligación personal con ella garantizada, en cuyo caso «*quedará el primero desligado de dicha obligación*, si el acreedor prestare su consentimiento expreso o tácito». Con lo que, *sensu contrario*, si el

¹⁰² Roca y Puig (2009: 385).

¹⁰³ Roca y Puig (2009: 387).

¹⁰⁴ Albaladejo García (1986: 294).

¹⁰⁵ Puig Ferriol (1996: 336).

¹⁰⁶ Albaladejo García (1986: 294); Díez García (2017: 425 ss.); Ragel Sánchez (2017: 446 ss.).

acreedor, para quién no es indiferente la persona del deudor, no presta su consentimiento, está claro que el antiguo deudor no se libera¹⁰⁷. Pues bien, en el inciso transcrito se constata que el art. 118 LH en nada contradice el 1205 CC¹⁰⁸; al contrario, se limita a reiterar la regla sobre el necesario consenso del acreedor, una vez más, insuficiente para procurar una efectiva transmisión en la deuda¹⁰⁹. Y eso que, como apostilla Sancho Rebullida (1964: 412), en este caso «los acreedores del asumente no ven alterada la responsabilidad de éste puesto que a su nueva deuda va aparejada la afección de un bien patrimonial del que antes carecía», en referencia, claro está, a la finca hipotecada adquirida, sugiriendo que puede no haber aquí terceros perjudicados por el pacto.

En conclusión, toda sustitución en la persona del deudor (art. 1203.2 CC), independientemente de la denominación que se confiera al acuerdo («cesión», «transmisión», «sucesión en la deuda», etc.), exige siempre la presencia del acreedor como efectivo titular del derecho de crédito y, por ende, único legitimado para disponer de él, así como la de los terceros garantes, en orden a la subsistencia de los derechos accesorios personales o reales de garantía, que de lo contrario sucumbirán frente al *proprio* (y único) efecto novatorio: la extinción.

III.1.2. La asunción cumulativa como novación «modificativa»

Tal y como acabamos de concluir, el análisis de los supuestos que enuncia el art. 1203 CC, entre ellos, singularmente, la sustitución de la persona del deudor, aboca a la conclusión de que el empleo del término «modificar» al comienzo de dicho precepto no responde a una imprecisión técnica del legislador; al contrario, todas las hipótesis

¹⁰⁷ Fernández Villavicencio Álvarez-Ossorio (2019: 1279-1281); Herbosa Martínez (2001: 168-169); Merino Gutiérrez (1995: 785).

¹⁰⁸ RDGRN 11034/2017, de 4 de septiembre (RJ 2017\4347).

¹⁰⁹ Lo mismo cabe apuntar respecto de la Ley 512 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, que dice regular la «asunción de deuda» pero lo hace, como no podía ser de otro modo, dentro de los límites antedichos tanto respecto del acreedor como de los terceros garantes; así: «la asunción *no aceptada por el acreedor* no libera de responsabilidad al deudor en tanto no quede cumplida la obligación» y «los terceros que hubieren garantizado el cumplimiento de la obligación *quedarán liberados por la asunción*, a no ser que hubieren prestado su consentimiento». En su análisis, Sabater Bayle (2020: 2175-2177) apunta que, a diferencia de lo que ocurre con la transmisión del lado activo por convenio de cesión de crédito, en que no se precisa el consentimiento del deudor como presupuesto de validez (Ley 511 FN), en la transmisión pasiva no se produce la sustitución de la persona del deudor mientras no lo consienta el acreedor, por la sencilla razón de que para él no es indiferente quién sea la persona del deudor: «ello es consecuencia lógica del principio de responsabilidad patrimonial universal que impide asimilar la deuda originaria con la que resulta tras haber sustituido a la persona del deudor, ya que quedará respaldada por otro patrimonio distinto». Respecto de las garantías de la obligación, advierte, sin embargo, de la problemática característica de la asunción de deuda: en la Ley 512 FN no se mencionan las garantías accesorias (como la hipoteca), que podrían considerarse subsistentes debido a su carácter accesorio, pero esta interpretación contrasta con el efecto extintivo propio de la transmisión pasiva de la relación obligatoria.

enunciadas producen, en determinadas condiciones, la extinción de la obligación *modificada*, lo que, en última instancia, viene impuesto por la elemental necesidad de proteger a los terceros como límite a la autonomía de la voluntad de las partes¹¹⁰. La única razón que explica, entonces, por qué el legislador comienza la regulación de la novación como modo extintivo de las obligaciones afirmando que las mismas «pueden modificarse» consiste en que, en realidad, no está determinando cuál sea el efecto jurídico asociado a la novación –al que sí se refiere después en el art. 1207 CC y que, por lo demás, lleva de suyo su misma ubicación sistemática–; simplemente está aludiendo al mecanismo que puede dar lugar al efecto novatorio-extintivo: la novación solo puede alcanzarse mediante la *modificación* de una obligación primitiva que dé lugar a una nueva¹¹¹.

Esto explica que el legislador, que enumera la novación como una de las especies de extinción, no convierta en subespecie aquella que significa subsistencia¹¹². Nada más lejos de la realidad: la novación producirá siempre la extinción de la obligación inicial y el nacimiento de la que se constituye *per relationem*, mientras que la modificación como efecto jurídico podrá tener acomodo en otras normas del Código, pero no será nunca «novación». No procede, por tanto, arrastrar toda modificación al núcleo doctrinal de la novación y terminar confundiéndola con ella, como tampoco cabe hablar de la «novación modificativa» como categoría jurídica a la que quepa atribuir una significación propia. Es, por ello, inexacto calificar la asunción cumulativa o de refuerzo de novación modificativa y tratar de subsumirla en las normas reguladoras de la novación¹¹³.

Cierto es que el cambio que consiste en añadir a la obligación principal una accesoria de garantía aparece vinculado a la historia de la novación, pues ya en el Derecho romano clásico se cuestionaba en las escuelas jurídicas si, junto al supuesto típicamente novatorio (en el que, de acuerdo a la principal función transmisora de la institución, se producía la sustitución de alguno de los sujetos de la *prior obligatio*), cabía admitir una *novatio* objetiva cuando las partes convenían añadir o retirar un fiador (*sponsor*)¹¹⁴; supuesto que aparece después recogido en las Partidas¹¹⁵ y al que indirectamente se refiere García Goyena (1852: 152-155) en la glosa al art. 1134 del Proyecto de 1851,

¹¹⁰ Sancho Rebullida (1991: 667-669).

¹¹¹ Gete-Alonso (1989: 306).

¹¹² Sancho Rebullida (1964: 301).

¹¹³ Como lo hacen, p. ej., las SSTs Sala 1.ª de 27 de noviembre de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:8654) y 27 de junio de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:17247).

¹¹⁴ Fuenteseca Degeneffe (2000: 26).

¹¹⁵ Libro III, Título XXIX (XXX), § 3, Instituciones.

aunque sea para negar que quepa presumir la voluntad de novar por añadirse simplemente cláusula penal a una obligación anterior, «pues que la cláusula tiene por objeto asegurar la ejecución del contrato, cuyo cumplimiento puede pedir el acreedor, no obstante la cláusula». Es más, en aquel supuesto se localiza el origen de un término desafortunado que se consolida durante el Derecho intermedio y que hoy nos resulta enteramente familiar: el de «novación impropia». Y es que, mediante él (y como consecuencia de una confusión que no es preciso relatar aquí¹¹⁶), terminan designándose aquellos supuestos en los que, existiendo una obligación previa, la ulterior simplemente accede a ella, como ocurre, p. ej., cuando a la obligación principal se le suma una accesoria de garantía.

No obstante, es claro que en aquellas hipótesis no había propiamente novación, al igual que no la hay cuando se incorpora una cláusula penal o una obligación accesoria de intereses, en cuyo caso el nuevo pacto solo viene en rigor a añadir una obligación nueva, dirigida a favorecer la ejecución de la principal u otorgarle mayor consistencia. No concurre aquí, sin embargo, uno de los requisitos imprescindibles para que tenga lugar la novación: el *aliquid novi* o alteración de algún elemento de una obligación previa (*cf.* art. 1203 CC). Pues, si bien es cierto que el pacto de una pena convencional o la constitución de una fianza, prenda o hipoteca, suponen una variación respecto de la relación obligatoria originaria, tal alteración ni se refiere a los elementos esenciales de la misma, ni forma parte de su estructura; viene, simplemente, a reforzar, en beneficio del acreedor, el crédito ante un eventual incumplimiento del deudor¹¹⁷. Si se tiene en cuenta, además, que estas relaciones obligatorias tienen una cierta independencia respecto de aquella a la que tienden a garantizar –aunque por su carácter accesorio decaigan cuando lo haga la principal (*cf.* arts. 1155 y 1207 CC)–, es evidente que no tienen la virtualidad de alterar la obligación principal, ni, mucho menos, de extinguirla¹¹⁸.

En definitiva, entre «liberar» a un deudor y «crear una obligación de refuerzo» no existe una diferencia específica sino una diversidad sustancial, por lo que no puede

¹¹⁶ *Vid.* Sancho Rebullida (1964: 100 ss.).

¹¹⁷ En este sentido, la STS Sala 1.ª de 28 de marzo de 1985 (ECLI:ES:TS:1985:596) concluye que cuando, sin alterar el objeto ni los sujetos de la obligación, el pacto se dirige al solo refuerzo de las garantías establecidas para el cumplimiento de la obligación, añadiendo nuevas seguridades, en modo alguno podrá dar lugar a la extinción de la obligación y al nacimiento de una nueva. Aunque la razón no sea tanto, como apunta la resolución, que las partes no hayan manifestado *animus novandi* ni exista incompatibilidad entre los distintos actos jurídicos –considerando que el posterior, antes que dejar sin efecto el anterior, lo refuerza y afianza con el objeto de llegar a la devolución al acreedor de la cantidad prestada–; sino, precisamente, porque falta el presupuesto de partida: la alteración sustancial de algún elemento de la *prior obligatio* (art. 1203 CC), exigencia insoslayable para entrar en el terreno de la novación, incluso con independencia de cuál sea la voluntad de las partes.

¹¹⁸ Gete-Alonso (1989: 313).

sostenerse que sean especies de un mismo género¹¹⁹. Por tanto, en los supuestos de asunción cumulativa de deuda no hay novación de ningún tipo ni, propiamente, sustitución de la persona del deudor (art. 1203.2º CC). En ella, y siguiendo las palabras del Tribunal Supremo, ni se extingue ni se modifica en sus elementos estructurales la obligación prístina, que se mantiene intacta, sino que se añade una nueva obligación libérrimamente contraída por un tercero que refuerza el resultado final del pago en los términos, condiciones, circunstancias y modos que ese tercero ofrezca¹²⁰, por lo que su régimen jurídico habrá que situarlo, sin duda, en otro lugar del Código.

III.2. Efectos de la asunción cumulativa de deuda

Lejos de la novación, el régimen jurídico de la asunción cumulativa de deuda debe buscarse partiendo de una doble vertiente: primero, desde la perspectiva de la relación jurídica que liga al deudor cumulativo con el codeudor; segundo, desde el punto de vista de la relación jurídica que une al deudor cumulativo con el acreedor y con los terceros que hubieren constituido una caución, previo a la acumulación, en garantía de la obligación primitiva.

III.2.1. Relaciones internas: régimen jurídico que vincula al deudor cumulativo frente al codeudor

Al objeto de determinar cuál es el régimen que guiará las relaciones internas entre el asumente cumulativo y el deudor habrá que partir, en todo caso, del entramado de relaciones jurídicas que les une pues, en efecto, podría darse la circunstancia de que el asumente sea el único obligado internamente (sea cuál sea la razón: porque con ello pretende prestar dinero al deudor *–credendi causa–* o satisfacer una deuda propia *–solvendi causa–*, porque actúa movido por un mero ánimo de liberalidad *–donandi causa–*¹²¹, o simplemente porque la acumulación de deudores es consecuencia de haber quedado frustrada la asunción liberatoria por oposición del acreedor), como que no lo sea en absoluto porque en realidad ha aceptado una posición de mero garante.

En este último supuesto, *cuando no existe un deber específico en las relaciones internas* y la asunción cumple una función de garantía similar a una fianza, *o, aun*

¹¹⁹ Carrasco Perera (1992: 160-161).

¹²⁰ SSTS Sala 1.ª de 21 de diciembre de 1985 (ECLI:ES:TS:1985:1632) y 22 de marzo de 1991 (RJ 1991\2428).

¹²¹ Gálvez Criado (2021: 396).

existiendo aquel deber, el asumente no sea el único obligado al cumplimiento, se plantea una cuestión de sumo interés cuando el pago de la deuda se lleva a cabo íntegramente por él, cuál es, como puede advertirse, la de determinar hasta qué punto y en qué medida el deudor cumulativo dispone bien de una acción de reembolso frente al codeudor, bien de la subrogación.

Pese a la discusión doctrinal que existe en torno a la naturaleza jurídica de esta última institución¹²², si asumimos que la misma no es sino un «premio» que el legislador concede solo en favor de los sujetos que reúnen unas ciertas condiciones¹²³ y que consiste, pese a la literalidad del art. 1212 CC, en permitir la subsistencia de los accesorios y garantías del crédito pagado para aprovechamiento y refuerzo del que ha nacido en cabeza de quien haya realizado o procurado el pago –léase, en este caso, el derecho de reembolso del deudor cumulativo–, habremos de concluir que no todo asumente podrá disponer de la subrogación, y que la extensión de su derecho de regreso dependerá de la verdadera relación interna que medie entre los coobligados. Y ello, con independencia del recurso a los arts. 1838 y 1839 CC, previstos para el fiador *solvens*, el art. 1145.II CC en materia de solidaridad, o los arts. 1158 y 1159 CC en el ámbito del pago por tercero, pues, en todo caso, las opciones de regreso y subrogación del fiador que salda una deuda ajena, del codeudor solidario *solvens* y del tercero que paga por cuenta de otro, parten, todas ellas, de un mismo esquema.

A aquellos dos primeros sujetos se refiere, en concreto, el art. 1210.3º CC al señalar que habrá subrogación «cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación...», si se entiende, en efecto, que el *interés* se mide en función del grado de vinculación (mayor o menor, directo o indirecto) que el sujeto guarda con la obligación de cuyo pago se trata, de suerte que, sin ser deudor principal (o único deudor principal) el acreedor pueda dirigirse frente a él ante el incumplimiento de la misma¹²⁴. En esa circunstancia se encuentran, sin duda, entre otros sujetos, el fiador, el codeudor solidario¹²⁵ y, por supuesto, el deudor cumulativo. Sin embargo, como veremos a continuación, el hecho de que el precepto se refiera a todos ellos conjuntamente, no

¹²² *Vid.* a este respecto las conclusiones que expusimos en Castellanos Cámara (2020: 255-281).

¹²³ Galicia Aizpurua (2006: 45-64).

¹²⁴ Galicia Aizpurua (2006: 87).

¹²⁵ A este sujeto parece referirse especialmente el art. 1210.3º *in fine* CC, cuando exceptúa «los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda», pues, en efecto, de ello se colige que el interesado en la obligación en el sentido del art. 1210.3º CC puede ser un obligado, a quien corresponde una «porción» en la deuda (en la cual se produce la confusión): Díez-Picazo (1996:215). Nótese que lo mismo podría sostenerse en relación al deudor cumulativo obligado internamente al pago de una parte de la deuda.

implica que tengan siempre y en todo caso derecho a la subrogación, lo que solo acontecerá bajo determinadas circunstancias.

Así, si el asumente cumulativo se ha constituido en tal por indicación del codeudor, es evidente que, en tanto que mandatario suyo, y comoquiera que ha pagado una deuda total o parcialmente ajena, dispondrá frente a él de un derecho de reembolso¹²⁶ que le procurará una absoluta indemnidad, de suerte que la reclamación podrá comprender no solo el valor de la prestación sino también todos los gastos en que hubiere incurrido y los perjuicios que hubiera podido sufrir (*vid.* los intereses de las cantidades anticipadas en concepto de lucro cesante), a lo que ha de añadirse que el asumente se subrogará en los privilegios y garantías correspondientes al débito saldado¹²⁷. Pues, en efecto, el deudor cumulativo (que se une con vínculo de solidaridad frente al acreedor) al tiempo que cumple una obligación propia (el acreedor puede exigirle el todo), paga también una deuda parcial o totalmente ajena (si, pese a entrar a formar parte del grupo de deudores, no adeuda personalmente nada al acreedor o solo una parte)¹²⁸. Debe aplicarse, en consecuencia, la regla general de que quien paga una deuda ajena puede reclamar al verdadero deudor lo que por él ha pagado (art. 1145.II CC), pero, además, si la hipótesis se presenta bajo la forma de una *negotiorum gestio*, podría regresar con la naturaleza y extensión de la *actio contraria* (arts. 1728 y 1729 CC) o, si se prefiere mediante la prevista *ex* arts. 1838 y 1839 CC (simplificación de la anterior), aplicable directa¹²⁹ o analógicamente¹³⁰.

El mismo régimen cabría asignar, por lo demás, al asumente cumulativo que, pese a la ignorancia del codeudor (p. ej., cuando interviene a resultas del solo pacto con el

¹²⁶ Gálvez Criado (2007: 77).

¹²⁷ En cuanto al alcance del efecto subrogatorio o, en otras palabras, cuáles son los accesorios de la deuda saldada que el asumente podrá aprovechar, como ocurre en el caso deudor solidario *solvens*, no podrá subintrar en las garantías que los terceros hayan prestado para refuerzo del todo o parte de la deuda en sí misma considerada y obviando las relaciones internas entre los codeudores pues, en efecto, el pago realizado por cualquiera de ellos extingue la deuda y hace desaparecer definitivamente aquellas (*cf.* art. 1145 CC). Sí podrá aprovechar, en cambio, el rango y privilegio del crédito liquidado, así como las garantías otorgadas por los codeudores contra los que pueda regresar o por los terceros, siempre que estén dirigidas a asegurar, no solo el débito en sí, sino específicamente la parte correspondiente al codeudor frente al que se dirige el recobro: Galicia Aizpurua (2006: 103-104). Claro está, si el asumente realiza solo un pago parcial y, por ende, el crédito se extingue únicamente en esa medida pero subsiste para el acreedor por el resto, este último tendrá preferencia en el uso de las garantías frente al asumente subrogado, pues así lo contempla expresamente el art. 1213 CC [Gálvez Criado (2021: 400)].

¹²⁸ Galicia Aizpurua (2006: 94).

¹²⁹ Carrasco Perera (1992: 169). En esto parece estar pensando, en concreto, la Propuesta de Código civil de la APDC, a la vista de la remisión que el art. 514-11.2 realiza a las normas del contrato de fianza cuando la asunción de deuda por un tercero se produzca sin la liberación del deudor originario.

¹³⁰ Galicia Aizpurua (2006: 96); Ragel Sánchez (2017: 453), para la hipótesis del donatario asumente (*cf.* arts. 642 y 643 CC).

acreedor), se convierte en gestor oficioso de aquel y paga la deuda total o parcialmente ajena pues, en efecto, a quien interviene como gestor de un negocio ajeno hay que reconocerle el derecho de reembolso en toda su extensión, ahora bien, siempre que acredite que el pago ha sido *útil* para el codeudor, es decir, le ha proporcionado un efectivo beneficio patrimonial¹³¹; lo que no sucederá cuando haya omitido oponer frente al acreedor las excepciones que hiciesen jurídicamente inexigible la deuda (*cfr.* arts. 1148; 1840 CC).

Por último, si el asumente cumulativo se ha integrado en la relación jurídica contra la oposición del deudor, pagada la obligación solo podrá repetir en la medida del enriquecimiento que haya procurado al codeudor (art. 1158.III CC), al haberse inmiscuido, desde la constitución de la caución, en una esfera jurídica ajena en contra de la voluntad del interesado¹³², lo que le resta la posibilidad de alcanzar una total indemnidad tras su intervención *invito debitorum* y la de acceder a la subrogación. Esta misma solución se aplicará, por lo demás, cuando el asumente actúe anteponiendo su interés propio al del codeudor o, dicho de otro modo, cuando tenga un interés prevalente al de aquel (p. ej., el socio de una mercantil de carácter eminentemente familiar que asume solidariamente la deuda contraída por esta, cuya actuación en el tráfico jurídico ha sido realizada, desde el momento de su fundación, por los tres socios ligados por estrechos vínculos de parentesco¹³³; o la esposa que asume la deuda impagada por su marido insolvente y de cuyo negocio de compraventa de vehículos usados participa hasta el punto de recepcionar los vehículos en el taller del que es dueña¹³⁴), pues no cabe, en estos casos, reconocer al deudor cumulativo *solvens* la vía subrogatoria en detrimento del resto de acreedores del codeudor, a quienes se desplazaría el peligro de insolvencia del mismo. Tampoco procede, en fin, la subrogación en aquellos supuestos en que el acreedor haya tenido que recurrir a la vía ejecutiva, considerando que el legislador concede la misma en méritos de quien coopera con el acreedor para la satisfacción de su crédito y no de quien muestra una actitud rebelde al cumplimiento¹³⁵.

Si, por el contrario, *en la esfera interna el asumente es el único obligado a pagar*, ninguna duda cabe de que, cuando lo haga, estará cumpliendo un específico deber para con el deudor y surgirán entre ellos, en su caso, aquellas acciones derivadas del contrato

¹³¹ En el ámbito del codeudor solidario *solvens*, Díez-Picazo (1996: 215 ss.); Galicia Aizpurua (2006: 98).

¹³² Galicia Aizpurua (2006: 106-110).

¹³³ STS Sala 1.ª 1192/1994, de 30 de diciembre (RJ 1994\10243).

¹³⁴ STS Sala 1.ª 534/2007, de 18 de mayo (ECLI:ES:TS:2007:3236).

¹³⁵ Galicia Aizpurua (2006: 106 y 117).

celebrado (p. ej., tratándose de una asunción *credendi causa*, las nacidas del préstamo); de la misma forma que, si el asumente finalmente incumple aquel deber y es el deudor quien responde frente al acreedor, puede haberse producido un incumplimiento contractual que faculte al deudor a exigir, entre otras cuestiones, una indemnización de daños y perjuicios *ex art.* 1101 CC¹³⁶. Es claro, en cualquier caso, que si el asumente satisface la obligación solidaria en tanto que «definitivamente obligado» al pago, quedará de todo punto excluido el ejercicio de la acción de regreso¹³⁷.

III.2.2. Relaciones externas: régimen jurídico que vincula al deudor cumulativo frente al acreedor y los terceros garantes

La primera cuestión que se plantea en el ámbito de las relaciones externas que vinculan al acreedor con el deudor cumulativo es la de si rige, o no, la subsidiariedad o, dicho de otro modo, si el previo incumplimiento del deudor es presupuesto para que el acreedor pueda dirigirse frente al deudor cumulativo. En este sentido, y sin perjuicio de la intelección que se sostenga en torno al alcance de la subsidiariedad en la fianza, en el conocidísimo debate sobre si este rasgo es consustancial a todo tipo de fianza o, por el contrario, no está presente en la solidaria¹³⁸, lo cierto es que el asumente cumulativo, en lugar de obligarse como fiador, ha optado por presentarse ante el acreedor asumiendo la posición de un deudor solidario y alguna consecuencia debe, sin duda, anudarse a dicha decisión: el deudor cumulativo pierde, a nuestro juicio, la subsidiariedad y puede ser intimado a cumplir sin esperar a que se produzca un previo incumplimiento del deudor (arts. 1137, 1144, 1145.I CC)¹³⁹. Pues, en efecto, aun cuando el asumente, en sus relaciones internas con el deudor, venga ocupando una posición de mero garante y haya

¹³⁶ Gálvez Criado (2021: 399).

¹³⁷ Cristóbal Montes (1991: 1441); Galicia Aizpurua (2006: 95).

¹³⁸ En concreto, se trata de determinar si beneficio de excusión y subsidiariedad son una y la misma cosa; de ser así, y comoquiera que en la fianza solidaria no goza el fiador del beneficio de excusión (art. 1830 CC), tampoco la obligación fideusoria sería subsidiaria [*vid.* Pérez Álvarez (1985: 90-97)]. Si, por el contrario, se entiende que el beneficio de excusión hace referencia a la necesidad de que el acreedor persiga los bienes del deudor pudiendo recurrir al garante solo cuando la persecución haya sido infructuosa, mientras que la subsidiariedad exige tan solo el previo incumplimiento de la obligación principal para la ejecución de la obligación del fiador, es claro que subsidiariedad y solidaridad dejan de ser incompatibles; en este sentido, toda fianza (incluso la solidaria) es, con carácter general, subsidiaria, aunque quepa renunciar también a esta nota [Carrasco Perera et al. (2022: 87-88; 121-122; 167-169)].

¹³⁹ Puig Ferriol (1996: 338); Pérez Ramos (2015: 294, 336-338); Gálvez Criado (2021: 381). Por esta solución se decanta también Carrasco Perera et al. (2022: 170) como única diferencia que halla entre el asumente cumulativo –que se obliga a responder solidariamente con otro codeudor– y la fianza: «cuando un tercero decide asumir *ex post* la deuda ya constituida en cabeza ajena, esta asunción puede interpretarse como una renuncia no solo al beneficio de excusión sino a la misma subsidiariedad», aunque se trata solo de una regla presuntiva.

asumido la deuda a los solos fines de refuerzo, no puede desconocerse que para el acreedor la composición de intereses entre los codeudores es *res inter alios*; ante él (y ante los terceros) ha asumido un débito en calidad de obligado solidario que debe cumplir *en su totalidad* y, por tanto, es en el ámbito externo mero deudor con interés directo en el cumplimiento de la obligación, mientras que, quien actúa como garante, entiende asumir una obligación accesoria y aparece en el tráfico como individuo extraño a la deuda asegurada¹⁴⁰. En definitiva, «no es lo mismo querer garantizar que querer obligarse solidariamente asumiendo la deuda de otro»¹⁴¹.

Admitido, entonces, que el acreedor puede agredir directamente el patrimonio del deudor cumulativo, surge una segunda cuestión, a saber, la del régimen de excepciones que este último puede eficazmente oponer frente al acreedor. En este sentido, se sostiene, con carácter general, que el asumente cumulativo podrá oponer: i) las que deriven del contrato que da origen a la asunción de la deuda; ii) las que personalmente pueda tener con el acreedor en razón de otras relaciones que medien entre ambos; y iii) en cuanto a las derivadas de la relación de valuta, es decir, la que une al acreedor con el primer deudor, es preciso distinguir entre las excepciones comunes o «reales», que podrá reclamar en tanto que inherentes a la deuda (*cf.* arts. 1143 y 1156 CC); y las personales y puramente personales del deudor (*cf.* arts. 1148 y 1853 CC). En torno a estas últimas se plantea fundamentalmente el problema de si cabe realizar una interpretación conjunta de los arts. 1148 y 1853 CC¹⁴² o, por el contrario, es menester optar entre una de las dos regulaciones¹⁴³ a la vista de su distinta literalidad: así, mientras el 1148 permite al deudor solidario utilizar las excepciones que «personalmente correspondan a los demás» solo «en la parte de la deuda de que éstos fuera responsables», el 1853 priva al fiador de la posibilidad de oponer las excepciones «que sean puramente personales del deudor». Quizá la diferencia no sea, sin embargo, tal, si se entiende que las excepciones puramente personales quedan fuera de la facultad que otorga el art. 1148 *in fine*, al igual que ocurre en la fianza¹⁴⁴. De modo que, aplicando esa misma regla al deudor cumulativo, podrá oponer determinados hechos afectantes al deudor principal (*vid.* los vicios del

¹⁴⁰ Galicia Aizpurua (2006: 103).

¹⁴¹ Infante Ruiz (2004: 151); Adame Martínez (1996: 215).

¹⁴² A favor, Basozabal Arrue (2000: 123) y Carrasco Perera (1992: 170), que aunque se postula por aplicar las normas propias de la fianza, entiende que la solución viene a coincidir con el art. 1148 CC en una lectura coordinada de ambos preceptos.

¹⁴³ A favor de aplicar las normas propias del deudor solidario y no las del fiador se muestran, en concreto, Infante Ruiz (2004: 148), Adame Martínez (1996: 214, 444 ss.) y Pérez Ramos (2015: 342 ss.).

¹⁴⁴ Caffarena Laporta (1980: 59-62).

consentimiento que haya podido sufrir al contraer la deuda) pero no otros como los relacionados con la falta de capacidad o minoría de edad de aquel¹⁴⁵. Además, la medida en que pueda oponer las excepciones personales del codeudor dependerá de la distribución de la deuda internamente: si el deudor originario es el único obligado, el asumente podrá oponer por el todo de la deuda, considerando que esa es «la parte de la deuda en que es responsable» (*cf.* art. 1148 CC), con lo que la solución vendría a coincidir con la del art. 1853 CC para la fianza¹⁴⁶.

Por último, en el ámbito de las relaciones externas y propiamente con los terceros que hubiesen garantizado el débito antes de la acumulación, se plantea si en alguna medida puede afectar a estos la aparición del deudor cumulativo y, en consecuencia, qué régimen han de seguir las obligaciones accesorias. En este sentido, se considera, con carácter general, que la asunción les beneficia, en la medida en que el acreedor puede agredir el patrimonio del nuevo deudor y este, a su vez, aportar nuevos garantes, con lo que, desde esa perspectiva, disminuyen las probabilidades de que les corresponda a ellos cumplir como garantes; sin embargo, se advierte asimismo que la comunicación de responsabilidad que se produce entre ambos codeudores (*cf.* art. 1147.II CC) podría suponer para el garante un riesgo adicional en caso de mora, insolvencia o incumplimiento¹⁴⁷, de ahí que se concluya que quien haya prestado caución, en los supuestos de asunción cumulativa, continúa garantizando solo la obligación del antiguo deudor¹⁴⁸; una solución que se presta acorde, por lo demás, al principio de relatividad de los contratos (*cf.* art. 1257 CC)¹⁴⁹.

IV. CONCLUSIONES

1. La asunción cumulativa de deuda es una construcción doctrinal y jurisprudencial que toma como punto de partida la asunción de deuda liberatoria y, por ende, hunde sus raíces en la novación (arts. 1203 y ss. CC), entendida esta por la *communis opinio* en un sentido amplio y como sinónimo de «modificación». Esta figura se construye, por lo demás, sobre la base del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), con lo que, a falta de autorregulación por las partes, doctrina y jurisprudencia

¹⁴⁵ Gálvez Criado (2021: 383-396).

¹⁴⁶ Carrasco Perera (1992: 170).

¹⁴⁷ Díez-Picazo (1996: 211) explica que, aunque estos supuestos no han sido recogidos en el Código, la regla establecida para los casos de imposibilidad sobrevenida debe aplicarse también a todo lo que suponga violación del derecho de crédito (mora, cumplimiento defectuoso, etc.).

¹⁴⁸ Díez-Picazo (1996: 454); Rubio Garrido (2002: 219).

¹⁴⁹ Gálvez Criado (2021: 383).

buscan soluciones en el régimen jurídico de las obligaciones solidarias o de la fianza, cuando no de ambas.

2. Pese a los intentos por ampliar los confines de la novación y encajar en ella la ansiada *transmisión pasiva de las obligaciones*, una recta (y detenida) lectura de la normativa reguladora de la institución demuestra que solo cabe adjudicar a ella un efecto jurídico: el extintivo-constitutivo. De ello da muestra, singularmente, la «sustitución de la persona del deudor» (art. 1203.2º CC), que solo *inter partes* podrá articularse como sucesión en el débito, pero no frente a los terceros cuyos intereses está llamada a proteger la novación (en tanto límite a la autonomía privada); ante ellos (terceros garantes, acreedores del nuevo deudor) quedará desenmascarada la novación para salvaguarda de su posición jurídica: el débito contraído por el nuevo deudor será considerado, a estos efectos, una nueva obligación.

3. La novación «modificativa» carece de todo sustento legal y encierra un contrasentido en sí misma. Dirigida ahora toda modificación al núcleo doctrinal de la novación, termina confundiendo con ella y restando virtualidad práctica a esta institución. No hay, sin embargo, en la asunción (liberatoria ni cumulativa), novación modificativa alguna, como tampoco, en esta última, alteración de ningún elemento de la obligación prístina, sino mera adición de una nueva obligación para refuerzo y satisfacción del crédito del acreedor.

4. La asunción cumulativa cumple, las más de las veces, una función de garantía similar a una fianza, que se presenta frente al acreedor al modo de una obligación solidaria (asumida, en ocasiones, tardíamente). En consecuencia, a ella se aplican directa o analógicamente las normas sobre la fianza o las obligaciones solidarias, en aras a colmar el vacío normativo que deriva de la ausencia de disposiciones de las partes en uso de la autonomía de la voluntad.

5. La conclusión anterior lleva a cuestionarnos, entonces, si es procedente admitir, como vienen haciéndolo doctrina y jurisprudencia, esta y otras muchas y heterogéneas formas de garantía personal diferentes de las legalmente tipificadas, en muchos casos inspiradas en mecanismos de garantía difundidos en la práctica comercial extranjera¹⁵⁰. Desde luego, si el recurso a esta figura se explica con el propósito de lograr mayor agilidad y flexibilidad en la determinación de su contenido, mayor eficacia e

¹⁵⁰ Angulo Rodríguez (1993: 11).

inmediatez a la hora de hacer efectiva la garantía¹⁵¹, o, simplemente, el empleo de fórmulas de amplia vaguedad que permita moderar el diferente grado de compromiso que se quiere asumir¹⁵², es un propósito alcanzado con creces. Ahora, se abre aquí un campo infinito a la «labor de ingeniería del jurista» cuyos límites no distan mucho de los de la imaginación humana¹⁵³.

Bibliografía

- ADAME MARTÍNEZ, M. A. (1996). *Asunción de deuda en el Derecho civil*. Ed. Comares, Granada.
- ADAME MARTÍNEZ, M. A. (1995). «30 de diciembre de 1994. Fianza y asunción cumulativa de deuda. diferencias. Asunción por socio de una cláusula penal». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 38 (pp. 653-667).
- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011). *Derecho civil*, T. II. Ed. Edisofer, Madrid (14.ª edic.).
- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1986). «Comentario a los artículos 642 y 643 del Código civil», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (Dir. M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART), T. VIII, Vol. 2. EDERSA, Madrid (pp. 287-302).
- ÁLVAREZ JOVEN, A. (1983). «El aspecto contractual de la asunción de deuda». *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad de Extremadura), 2 (pp. 289-326).
- ANGULO RODRÍGUEZ, L. (1993). «Panorama de encuadre de las garantías personales atípicas». *Revista Jurídica del Notariado*, nº 7 (pp. 9-32).
- AZURZA, P. J. (1950). «Notas sobre novación». *Revista de Derecho Privado*, T. XXXIV (pp. 590-615).
- BASOZABAL ARRUE, X. (2000). «El contrato de asunción de deuda». *Anuario de Derecho Civil* (pp. 83-160).
- BATUECAS CALETRÍO, A. (2017). «Asunción de deuda *donandi causa*», en *Tratado de las liberalidades: homenaje al Profesor Enrique Rubio Torrano* (Dir.: M^a. A. Egusquiza Balmaseda y C. Pérez de Ontiveros Baquero). Ed. Aranzadi, Cizur Menor (pp. 1181-1211).
- BATUECAS CALETRÍO, A. (2007). «La asunción de deuda en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Derecho Privado*, 2 (pp. 71-92).
- BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E. (2000). *Hipoteca en garantía de crédito abierto en cuenta corriente bancaria*. Ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid.
- CAFFARENA LAPORTA, J. (1980). *La solidaridad de deudores*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid.

¹⁵¹ Recuérdese que en la asunción cumulativa se descarta por completo la nota de subsidiariedad presente en la fianza.

¹⁵² Font Galán (2009: 437).

¹⁵³ Angulo Rodríguez (1993: 31-32).

- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I. (2003). *La asunción de deuda*. Ed. Bosch, Barcelona (pp. 17-36).
- CAÑIZARES LASO, A. (1996). *El pago con subrogación*. Ed. Civitas, Madrid.
- CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J. (2022). *Tratado de los derechos de garantía*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor (4.^a edic.).
- CARRASCO PERERA, Á. (1992). *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*. Ed. La Ley, Madrid.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (2008). *Derecho civil español, común y foral*, T. III. Ed. Reus, Madrid (17.^a edic., revisada y puesta al día por G. GARCÍA CANTERO).
- CASTELLANOS CÁMARA, S. (2020). *Recargas y novaciones hipotecarias*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C. C. (1999). *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*. Ed. Aranzadi, Pamplona.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, J. H. (2013). «Notas sobre la denominada novación de las obligaciones», en *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa* (Coord., M. CUENA CASAS, L. A. ANGUITA VILLANUEVA y J. ORTEGA DOMÉNECH). Ed. Dykinson, Madrid (pp. 427-434).
- CLEMENTE DE DIEGO, F. (1912). *Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera: la transmisibilidad de las obligaciones*. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid.
- CRISTÓBAL MONTES, Á. (1991). “El derecho de regreso en la solidaridad de deudores”. *Anuario de Derecho Civil* (pp. 1433-1452).
- CRISTÓBAL MONTES, Á. (1973). «La llamada novación modificativa en el Derecho Civil Español». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 498 (pp. 1167-1220).
- CRISTÓBAL MONTES, Á. (1968). «La cesión de contrato». *Anuario de Derecho Civil* (pp. 851-890).
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1997). «Cesión del arrendamiento y subarriendo», en *Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro*, T. I. Ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid (pp. 97-123).
- DE COSSIO Y CORRAL, A. (1945). «La transmisión pasiva de las obligaciones, a título singular». *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1 (pp. 183-206).
- DÍAZ FRAILE, J. M. (2007). «La nueva regulación de las novaciones y subrogaciones de los préstamos hipotecarios. Retos y riesgos de la reforma hipotecaria». *Diario La Ley*, 6727 (pp. 1769-1782).
- DÍEZ GARCÍA, H. (2017). «Imposición al donatario del pago de las deudas», en *Tratado de las liberalidades: homenaje al profesor Enrique Rubio Torrano* (Dir., M^a.A. EGUSQUIZA BALMASEDA y C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO). Ed. Aranzadi, Cizur Menor (pp. 411-438).
- DÍEZ-PICAZO, L. (1996). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. II: *Las relaciones obligatorias*. Ed. Civitas, Madrid.
- ESPÍN CÁNOVAS, D. (1983). *Manual de Derecho civil español*, v. III. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid.
- FERNÁNDEZ VILLA, J. (1999). *El pago con subrogación: revisión del artículo 1212 del Código civil español*. Ed. Comares, Granada.

- FERNÁNDEZ VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, M. C. (2019). «Comentario a los artículos 117 a 127 de la Ley Hipotecaria», en *Comentarios a la Ley Hipotecaria* (Dir., A. DOMÍNGUEZ LUELMO). Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (3ª edic.) (pp. 1274-1314).
- FONT GALÁN, J. I. “Los contratos mercantiles de garantía”, en *Derecho Mercantil II* (Coord.: G. Jiménez Sánchez). Ed. Ariel, Barcelona (13.ª edic.) (pp. 435-464).
- FUENTESECA DEGENEFFE, M. (2000). *El problema de la relación entre «novatio» y «delegatio» desde Roma hasta las codificaciones europeas*. Ed. Dykinson, Madrid.
- GALICIA AIZPURUA, G. (2006). *La disciplina sobre el pago por tercero y el alcance de la subrogación*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- GÁLVEZ CRIADO, A. (2021). «La asunción cumulativa de deuda como contrato de garantía», en *Análisis crítico de los derechos de garantía en el tráfico mercantil* (Dir., J. C. ESPIGARES HUETE y G. J. VELASCO FABRA). Ed. Aranzadi, Cizur Menor (pp. 357-407).
- GÁLVEZ CRIADO, A. (2007). *La asunción de deuda en el Derecho civil*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- GARCÍA-AMIGO, M. (1964). *La cesión de contratos en el derecho español*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid.
- GARCÍA VALDECASAS, G. (1969). «La sucesión en las deudas a título singular», en *Estudios de Derecho civil en honor del Profesor Castán Tobeñas*, t. II. Ed. Universidad de Navarra, Pamplona (pp. 209-226).
- GETE-ALONSO, M. C. (1990). «Comentario a la Sentencia de 5 de noviembre de 1990». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* (pp. 1179-1191).
- GETE-ALONSO, M. C. (1989). «Apuntes para una explicación de la modificación y novación de la relación obligatoria», en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*. Ed. Universidad de Murcia, Murcia (pp. 303-320).
- GIL RODRÍGUEZ, J. (1988). *Garantía por insolvencia pública en la delegación y en la cesión*. Ed. Tecnos, Madrid.
- HERBOSA MARTÍNEZ, I. (2013). «Transmisión pasiva de las obligaciones», en *Acciones civiles*, T. II (Dir. E. LLAMAS POMBO). Ed. La Ley, Madrid (pp. 59-174).
- HERBOSA MARTÍNEZ, I. (2001). *La asunción de deuda garantizada con hipoteca*. Ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid.
- HERNÁNDEZ GIL, A. (1961). «El ámbito de la novación objetiva modificativa». *Revista de Derecho Privado*, t. XLV (pp. 797-807).
- INFANTE RUIZ, F. J. (2004). *Las garantías personales y su causa*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- JORDANO BAREA, J. B. (1992). «Las obligaciones solidarias». *Anuario de Derecho Civil* (pp. 847-874).
- JORDANO BAREA, J. B. (1950). «Asunción de deuda. Sentencia 10 febrero de 1950», *Anuario de Derecho Civil* (pp. 1372-1382).
- LACRUZ BERDEJO, J. L. et al. (2011). *Elementos de Derecho civil*, t. II, v. I. Ed. Dykinson, Madrid (5.ª edic., revisada y puesta al día por F. Rivero Hernández).

- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. (1999). *Curso de Derecho civil*, II. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (2.^a edic.).
- MANRESA Y NAVARRO, J. M. (1967). *Comentarios al Código civil español*, T. VIII, Vol. I (revisada por M. MORENO MOCHOLÍ). Ed. Reus, Madrid (6.^a edic.).
- MARTÍNEZ-GIL VICH, J. L. (1998). «Algunos aspectos de la cesión de créditos y de la asunción de deudas». *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 37 (pp. 225-256).
- MASIDE MIRANDA, J. E. (2008). «La asunción de deuda». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 709 (pp. 1961-2000).
- MERINO GUTIÉRREZ, A. (1995). «Hipoteca y asunción de deuda». *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2 (pp. 779-787).
- MORETÓN SANZ, F. (2008). *La asunción espontánea de deuda*. Ed. Lex Nova, Valladolid.
- MORETÓN SANZ, M. F. (2008). «Examen crítico de los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales de la expromisión y del artículo 1205 del Código Civil español: la *vicenda* modificativa, la sucesión singular de las deudas, el programa de la prestación y la aplicabilidad de ciertos principios contractuales». *Anuario de Derecho Civil* (pp. 619-719).
- MUÑIZ ESPADA, E. (2011). *Revisión crítica de la figura de la novación*. Ed. Fundación Registral, Madrid.
- PÉREZ RAMOS, C. (2015). «El deudor garante». *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 55 (pp. 247-392).
- PÉREZ, B. y ALGUER, J. (1966). Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española de ENNECCERUS, L. (11.^a revisión por LEHMANN, H.), *Tratado de Derecho civil. Derecho de obligaciones*, t. II, v. I (al cuidado de PUIG BRUTAU, J.). Ed. Bosch, Barcelona (2.^a edic.).
- PUIG FERRIOL, L. (1996). «Asunción de deudas», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 8 (pp. 323-358).
- PUIG PEÑA, F. (1976). *Compendio de Derecho civil español*, t. III. Ed. Pirámide, Madrid (3.^a edic.).
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). «Responsabilidad del donatario frente a los acreedores del donante», en *Tratado de las liberalidades: homenaje al profesor Enrique Rubio Torrano* (Dir.: M^a. A. Egusquiza Balmaseda y C. Pérez de Ontiveros Baquero). Ed. Aranzadi, Cizur Menor (pp. 439-457).
- REY PORTOLÉS, J. M. (1995). «La pretendida asunción automática de la deuda por parte del adquirente de finca hipotecada», en *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*. Ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid (pp. 117-152).
- REYES MONTERREAL, J. M. (1960). «Esencia de la novación». *Revista Jurídica de Cataluña*, 5 (pp. 601-609).
- ROCA, R. M. y PUIG, J. (2009). «La transmisión pasiva de las obligaciones a título singular», en *Estudios de Derecho Privado*, t. I. Ed. Aranzadi, Cizur Menor (pp. 361-388).

- RUBIO GARRIDO, T. (2002). *Fianza solidaria, solidaridad de deudores y confianza*. Ed. Comares, Granada.
- SABATER BAYLE, E. (2020). «Comentario a la Ley 512», en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra* (Dir.: E. Rubio Torrano y M. L. Arcos Vieira). Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (2.ª edic.) (pp. 2175-2177).
- SACRISTÁN REPRESA, G. (2013). «Novación», en *Acciones civiles*, t. II (Dir.: E. Llamas Pombo). Ed. La Ley, Madrid (pp. 1-56).
- SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1899). *Estudios de Derecho civil*, t. IV. Madrid (2.ª edic.).
- SANCHO REBULLIDA, F. (1964). *La novación de las obligaciones*. Ed. Nauta, Barcelona.
- STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, J. G. (1987). «Construcción jurídica de la asunción de deuda en el derecho español». *La Ley*, 4 (pp. 1089-1116).
- TORRALBA SORIANO, V. (1974). «La responsabilidad del cedente por insolvencia anterior y pública del deudor cedido (estudio histórico-crítico)», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Santa Cruz Teijeiro*, t. II. Ed. Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, Valencia (pp. 453-473).
- VALVERDE Y VALVERDE, C. (1937). *Tratado de Derecho civil español*, t. III, Valladolid (4.ª edic.).
- VITERI ZUBIA, I. (2013). *El pago anticipado en las obligaciones a plazo. El derecho al reembolso anticipado en el sector específico del crédito*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

Relación jurisprudencial

- STS Sala 1.ª de 22 de febrero de 1946 (RJ 1946\254)
- STS Sala 1.ª de 29 de abril de 1947 (RJ 1947\607)
- STS Sala 1.ª de 10 de febrero de 1950 (RJ 1950\194)
- STS Sala 1ª de 28 de septiembre de 1960 (RJ 1960\3150)
- STS Sala 1.ª de 20 de diciembre de 1960 (RJ 1960\4104)
- STS Sala 1.ª de 14 de octubre de 1967 (RJ 1967\3821)
- STS Sala 1.ª de 16 de febrero de 1973 (RJ 1973\475)
- STS Sala 1.ª de 11 de diciembre de 1979 (ECLI:ES:TS:1979:4681)
- STS Sala 1.ª de 29 de enero de 1982 (RJ 1982\335)
- STS Sala 1.ª de 7 de junio de 1982 (ECLI:ES:TS:1982:16)
- STS Sala 1.ª de 10 de enero de 1983 (RJ 1983\161)
- STS Sala 1.ª de 11 de noviembre de 1983 (RJ 1983\6110)
- STS Sala 1ª de 8 de octubre de 1984 (ECLI:ES:TS:1984:140)
- STS Sala 1.ª de 28 de marzo de 1985 (ECLI:ES:TS:1985:596)
- STS Sala 1.ª de 17 de junio de 1985 (ECLI:ES:TS:1985:1941)
- STS Sala 1.ª de 21 de diciembre de 1985 (ECLI:ES:TS:1985:1632)
- STS Sala 1.ª de 7 de marzo de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:1114)
- STS Sala 1.ª de 7 de noviembre de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:6067)
- STS Sala 1.ª de 9 de octubre de 1987 (ECLI:ES:TS:1987:6298)

STS Sala 1.^a de 29 de marzo de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:2257)
STS Sala 1.^a de 1 de diciembre de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:9678)
STS Sala 1.^a de 15 de diciembre de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:7370)
STS Sala 1.^a de 27 de noviembre de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:18210)
STS Sala 1.^a de 16 de mayo de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:16263)
STS Sala 1.^a de 22 de marzo de 1991 (RJ 1991\2428)
STS Sala 1.^a de 6 de junio de 1991 (RJ 1991\4421)
STS Sala 1.^a de 27 de junio de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:17247)
STS Sala 1.^a de 21 de octubre de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:5574)
STS de 24 de febrero de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:1432)
STS Sala 1.^a de 7 de marzo de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:12722)
STS Sala 1.^a de 23 de diciembre de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:9337)
STS Sala 1.^a de 26 de abril de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:17476)
STS Sala 1.^a de 13 de octubre de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:17696)
STS Sala 1.^a de 31 de mayo de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:22137)
STS Sala 1.^a de 20 de febrero de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:890)
STS Sala 1.^a de 23 de febrero de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:10388)
STS Sala 1.^a de 16 de marzo de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:10220)
STS Sala 1.^a 203/1996, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:1996:1655)
STS Sala 1.^a 434/1997, de 21 de mayo (ECLI:ES:TS:1997:3558)
STS Sala 1.^a 1133/1998, de 9 de diciembre (ECLI:ES:TS:1998:7432)
STS Sala 1.^a 138/1999, de 25 de febrero (ECLI:ES:TS:1999:1290)
STS Sala 1.^a 2/2000, de 20 de enero (ECLI:ES:TS:2000:214)
STS Sala 1.^a 953/2000, de 24 de octubre (ECLI:ES:TS:2000:7647)
STS Sala 1.^a 813/2001, de 30 de julio (ECLI:ES:TS:2001:6684)
STS Sala 1.^a 152/2002, de 20 de febrero (ECLI:ES:TS:2002:1177)
STS Sala 1.^a 552/2003, de 10 de junio (ECLI:ES:TS:2003:3998)
STS Sala 1.^a 1263/2003, de 29 de diciembre (ECLI:ES:TS:2003:8514)
STS Sala 1.^a 1076/2004, de 4 de noviembre (ECLI:ES:TS:2004:7101)
STS Sala 1.^a 72/2005, de 14 de febrero (ECLI:ES:TS:2005:818)
STS Sala 1.^a 112/2005, de 4 de marzo (ECLI:ES:TS:2005:1358)
STS Sala 1.^a 311/2006, de 16 de marzo (ECLI:ES:TS:2006:1345)
STS Sala 1.^a 534/2007, de 18 de mayo (ECLI:ES:TS:2007:3236)
STS Sala 1.^a 1161/2007, de 8 de noviembre (ECLI:ES:TS:2007:7542)
STS Sala 1.^a 181/2008, de 6 de marzo (ECLI:ES:TS:2008:3815)
STS Sala 1.^a 1054/2008, de 7 de noviembre (ECLI:ES:TS:2008:5808)
STS Sala 1.^a 847/2009, de 7 de enero (ECLI:ES:TS:2010:10)
STS Sala 1.^a 130/2009, de 12 de marzo (ECLI:ES:TS:2009:935)
STS Sala 1.^a 841/2010, de 20 de diciembre (ECLI:ES:TS:2010:6957)
STS Sala 1.^a 867/2010, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2010:6956)
STS Sala 1.^a 536/2011, de 11 de julio (ECLI:ES:TS:2011:5096)
STS Sala 1.^a 107/2013, de 21 de febrero (ECLI:ES:TS:2013:853)
STS Sala 1.^a 36/2015, de 30 de enero (ECLI:ES:TS:2015:262)
STS Sala 1.^a 28/2015, de 11 de febrero (ECLI:ES:TS:2015:257)

STS Sala 1.^a 42/2015, de 18 de febrero (ECLI:ES:TS:2015:1085)

STS Sala 1.^a 577/2015, de 5 de noviembre (ECLI:ES:TS:2015:4454)

STS Sala 1.^a 590/2015, de 5 de noviembre (ECLI:ES:TS:2015:4458)

STS Sala 1.^a 41/2016, de 11 de febrero (ECLI:ES:TS:2016:352)

ADQUISICIÓN DE FINCAS VIRTUALES EN EL METAVERSO Y SU PROBLEMÁTICA EN EL DERECHO INMOBILIARIO¹

Acquisition of virtual estates in the Metaverse and its problems in real estate law

M^a REMEDIOS GUILABERT VIDAL

maria.guilavert@umh.es

Prof^a. Acreditada Contratada Doctora Derecho civil
Universidad Miguel Hernández (Elche)

Cómo citar / Citation

Guilabert Vidal, M^a R. (2022).

La asunción cumulativa de deuda: naturaleza y régimen
Cuadernos de Derecho Privado, 4, pp. 53-79

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.31>

(Recepción: 25/08/2022; aceptación tras revisión: 22/12/2022; publicación: 30/12/2022)

Resumen

El Metaverso, actualmente en desarrollo embrionario, ha comenzado a posibilitar la adquisición de parcelas virtuales sobre la base de la tecnología *blockchain* con el objeto de realizar innumerables actividades en las mismas, existiendo en este ámbito un mercado extraordinariamente floreciente. La falta de regulación imperante en este sector suscita una variada problemática, la cual abarca desde la naturaleza jurídica de los *tokens* emitidos en estas operaciones, la *traditio* de estos activos, el contenido exacto de los derechos ofertados o la adecuada protección jurídica de los eventuales adquirentes, etc. Ante esta disruptiva tecnología, deviene necesario establecer las bases jurídicas que garanticen los derechos de los titulares de estos activos virtuales.

Abstract

The metaverse, currently in embryonic development, has begun to enable the acquisition of virtual plots based on blockchain technology in order to carry out countless activities on them, and there is an extraordinarily flourishing market in this area. The prevailing lack of regulation in this sector raises a variety of problems, which range from the legal nature of the tokens issued in these operations, the *traditio* of these assets, the exact content of the rights offered or adequate legal protection of potential purchasers, etc. Faced with this disruptive technology, it becomes necessary to establish the legal bases that guarantee the rights of the owners of these virtual assets.

Palabras clave

Metaverso, cadena de bloques, organización autónoma descentralizada, terreno virtual, derecho inmobiliario

¹ Trabajo realizado al amparo del Proyecto “Los desafíos planteados por la inteligencia artificial en el ámbito de la responsabilidad civil”- GV/2021/018 (Conselleria d’Innovació, Universitats, Ciència i Societat Digital de la Generalitat Valenciana).

Keywords

Metaverse, blockchain, decentralized autonomous organization, virtual land, real state law

SUMARIO

I. CONCEPTO DE METAVERSO. DESARROLLO ACTUAL Y SU INCIDENCIA EN EL MERCADO VIRTUAL INMOBILIARIO. II. PROCEDIMIENTOS EN BLOCKCHAIN PARA LA ADQUISICIÓN Y VENTA DE FINCAS VIRTUALES: LOS PROTOMETAVERSOS DE *DECENTRALAND* Y *OVER*. III. FACULTADES DE LOS ADQUIRENTES DE FINCAS VIRTUALES *TOKENIZADAS*. III.3.1. Naturaleza jurídica de las fincas virtuales del Metaverso. III.3.2 Las facultades de los adquirentes de fincas digitales. IV. LA PROTECCIÓN DE LOS TITULARES DE FINCAS VIRTUALES: ¿LA RED *BLOCKCHAIN* COMO EL NUEVO REGISTRO DE LA PROPIEDAD VIRTUAL EN EL METAVERSO? V. CONCLUSIONES. *Bibliografía. Relación jurisprudencial.*

I. CONCEPTO DE METAVERSO. DESARROLLO ACTUAL Y SU INCIDENCIA EN EL MERCADO VIRTUAL INMOBILIARIO

Al aproximarnos al concepto de Metaverso, resulta un lugar común la referencia a obras literarias tales como *Snow crash* o *Ready Player One*². En ambas novelas se describen unos mundos virtuales en los que poder desarrollar una vida paralela a la real, pudiendo llevar a cabo en el mismo todo tipo de actividades, desde lúdicas hasta incluso de índole laboral. Igualmente, resulta significativo por su carácter premonitorio, la primera de las creaciones aludidas, dado que ostenta la singularidad de acuñar, por primera vez, algunos términos de uso común en la actualidad, como es el caso de la propia noción de Metaverso o de avatar.

Descendiendo al terreno científico, la doctrina especializada define el Metaverso, desde el punto de vista jurídico, como aquella “infraestructura de red que cursa respecto de sus contenidos como una plataforma, con una estructura dominical centralizada y una relación usuario-proveedor”³. Además, esta novedosa realidad inmersiva cuenta con unas

² Cuyos autores son respectivamente N. Stephenson (1991) y E. Cline (2011). La versión cinematográfica de la obra *Ready Player One* fue dirigida por S. Spilberg y estrenada el 30 de marzo de 2018. En la novela *Snow Crash*, su protagonista intentará descubrir los misterios de un virus que afecta también a la salud física de los humanos, privándole de la capacidad de pensamiento libre. Por su parte, la trama de *Ready Player One* consiste, básicamente, en una búsqueda del tesoro llevada a cabo por sus protagonistas en el Metaverso.

³ Sobre las cuestiones conceptuales fundamentales expuestas en torno al Metaverso se siguen los postulados de Álvarez y Carrasco, 2022.a: 1-3.

características propias. De esta manera se apunta a la idea de persistencia, es decir, la presencia de un funcionamiento incesante; también se destaca el acceso mediante dispositivos de realidad virtual y, por otro lado, la existencia de avatares presentes en el Metaverso cuando el usuario permanece conectado. Asimismo, debemos indicar que, en relación con los mundos virtuales de carácter abierto, es decir, aquellos en los que no existe una empresa que controle los datos y operaciones, la descentralización se realiza mediante la tecnología *blockchain*.

Del mismo modo, resulta de notable interés destacar que esta realidad virtual se caracteriza por contar con los siguientes elementos esenciales. En primer lugar, ostenta un sistema de identificación unívoca a través del *wallet* del usuario, mediante un sistema de clave pública y privada. De este modo, se tiene acceso a los metadatos de *blockchain* donde se encuentran alojados los activos digitales. En segundo lugar, la existencia de criptomonedas o *tokens* para realizar las transacciones en este espacio. Y finalmente, una gobernanza descentralizada mediante las denominadas DAO u organizaciones autónomas descentralizadas.

Existen en estos momentos un buen número de los proyectos que están consiguiendo el despliegue de estas actividades en esta nueva dimensión mediante el uso de dispositivos o *hardware*, tales como gafas de realidad virtual, guantes o chaquetas hápticas que permiten obtener los correspondientes estímulos sensoriales en el Metaverso. De hecho, incluso existen propuestas en las que se plantea la aplicación de dolor sobre los usuarios para que las experiencias estén dotadas de una mayor realidad⁴.

Al hilo de estas cuestiones iniciales de carácter conceptual, debemos hacer referencia a otra noción a la que habitualmente se alude en esta materia. Con ello nos estamos refiriendo a la denominada realidad aumentada, que, frente a la virtual, no crea un mundo *ex novo*, sino que añade elementos virtuales a la realidad física, mediante el *hardware* y *software* correspondientes⁵.

Por lo que respecta a la configuración del avatar, éste se trata del personaje a través del cual la persona física despliega su actividad en el referido mundo digital. Desde el punto de vista técnico-jurídico, se trataría de la representación gráfica de la identidad

⁴ Este es el objetivo de la empresa japonesa *H2L* patrocinada por *SONY*, según ha informado (Gil, A., 2022).

⁵ (Zahumenszky, C., 2012). Un claro ejemplo de esta tecnología sería el afamado videojuego *Pokémon Go*, el cual permitía la caza de los conocidos *pokemons* virtuales, visibles en el mundo físico a través del uso de dispositivos móviles.

virtual del usuario del Metaverso, con la particularidad de posibilitar la personalización de su apariencia, mostrándose como única en dicho espacio⁶.

Llegados a este punto, debemos realizar obligada referencia, dadas las dimensiones del proyecto pergeñado, al conocido Metaverso de *Metaplatforms*. El diseño de este plan fue presentado en octubre de 2021, como una gran obra faraónica virtual a través de la cual poder realizar compras, trabajar y llevar a cabo actividades de ocio o deporte, entre otras posibilidades. De hecho, la empresa *Facebook* cambió a partir de ese momento su denominación por la de *Meta*, en clara alusión al Metaverso que pretende construir en un futuro no muy lejano. En términos económicos, la citada empresa invirtió sólo en 2021 la desorbitada cifra de 10.000 millones de dólares⁷.

Sobre este cambio de estrategia empresarial del gigante tecnológico, se podría apuntar que el mismo no sólo obedece a las nuevas expectativas de inversión empresarial que promete esta novedosa tecnología, sino también a un claro lavado de imagen de la compañía, envuelta en los últimos tiempos en diversos escándalos de especial gravedad relacionados con la protección de datos⁸. En cuanto a esta innovación tecnológica auspiciada por *Meta*, debemos indicar que se trata de un Metaverso a implementar a través de la plataforma de realidad virtual denominada *Horizon*, la cual, dicho sea de paso, presenta a día de hoy notables inconvenientes relativos a su funcionamiento. De este modo, las diversas aplicaciones que lo conforman ofrecen al usuario diferentes niveles de aplicabilidad. En este sentido, haremos referencia, en primer lugar, a *Horizon Worlds*, un *software* que permite crear videojuegos, disponible únicamente en Estados Unidos y Canadá. En segundo lugar, *Horizon Venues*, el cual posibilita la asistencia colectiva a conciertos o películas, ha suscitado numerosas quejas de los usuarios, dado que su funcionamiento resulta notablemente deficiente. Parece ser que únicamente *Horizon Workrooms* funciona con mayores garantías, ofreciendo la posibilidad de trasladar el propio ordenador y el teclado al mundo digital para poder desarrollar en él la jornada laboral. Otras aplicaciones similares que también han proliferado son *Rec Room*, *Rec Centre*, *Multiverse* o *AltspaceVR*.

Como podemos observar, esta nueva realidad *online* ha irrumpido en nuestros días, si bien de forma incipiente y, por el momento, sin la repercusión que sus más acérrimos defensores desearían. Un relevante obstáculo para la expansión de estos

⁶ En este sentido (Álvarez y Carrasco, 2022.a: 2-3).

⁷ Vid. esta información en (Rodrigo, A., 2021).

⁸ Sobre estos hechos vid. (Alonso, R., 2021).

proyectos se refiere al hecho de que ni el *hardware*, ni el *software* requeridos para su ejecución, están disponibles en todos los países. Igualmente, como otra dificultad técnica a tener en cuenta, estaría relacionada con la falta de capacidad computacional de los ordenadores actuales. Sin dejar de mencionar los elevados costes que, por el momento, supone la adquisición de estos dispositivos o las dificultades de diseño de los propios avatares, los cuales se muestran en la actualidad como torsos sin piernas⁹.

Así las cosas, podemos colegir que a día de hoy no existe un Metaverso como tal, sino diversas aplicaciones que posibilitan en mayor o menor medida la actuación en dicha realidad virtual. Esta afirmación descansa en el hecho de que los distintos escenarios virtuales no están interconectados entre sí, requiriéndose para cada uno de ellos una cuenta de usuario y la creación del correspondiente avatar para poder acceder en cada aplicativo¹⁰. En definitiva, se apunta a que la existencia de un multiverso completo, esto es, espacios *Web3* virtuales persistentes, sociales, ludificados, en tres dimensiones e interconectados, se alcance en un plazo de cinco a diez años, existiendo en la actualidad diversos proto-metaversos¹¹.

Descendiendo en este momento expositivo al terreno del Derecho inmobiliario virtual, no resulta nada desdeñable el alcance económico que la adquisición de parcelas virtuales en el Metaverso está alcanzando en nuestros días. Así, se estima que las ventas alcanzarán el billón de dólares este año, previéndose un crecimiento del 31% anual hasta 2028. Esta progresión geométrica tuvo como acicate la pandemia y la recuperación del mercado inmobiliario¹². En este ámbito, no podemos dejar de mencionar las plataformas que dominan el sector, a saber, *Decentraland*, *Sandbox*, *Cryptovoxels* y *Somnium*.

Por lo que respecta a las finalidades de la adquisición de estos inmuebles virtuales, podemos apuntar que suelen destinarse, bien para el desarrollo por parte de sus titulares de diferentes actividades económicas, culturales deportivas o de ocio que posibilite esta

⁹ Tal y como ha puesto de manifiesto la empresa INTEL, informado por (Petovel, P., 2021). Además, por ejemplo, las gafas *Meta Quest 2* tienen un precio de trescientos cincuenta dólares en Estados Unidos, según la publicación especializada en el sector informático (*Computer Hoy*, 2022:10). Finalmente debemos apuntar a la actual configuración de los avatares como torsos, cuyo diseño resulta poco atractivo, debida a la dificultad de crear sensores adecuados de movimiento de las extremidades inferiores.

¹⁰ Sobre las cuestiones apuntadas véase la publicación (*Computer Hoy*, 2022: 10-13).

¹¹ En este sentido, (Desantes, A. et al., 2022: 56-57).

¹² Vid. sobre la dimensión de este tipo de inversiones (Contreras, S., 2022), <https://elpaísfinanciero.com>, (1.6.2022). En cuanto a la etiología apuntada sobre la expansión del Metaverso vid. (Jiménez Rubio, M. R., 2022).

tecnología, bien como inversión, con el objeto de ser posteriormente enajenados o arrendados a terceros.

A modo ilustrativo y debida a la proximidad que presenta respecto de la presente investigación, citaremos un Metaverso que se ha alzado de forma significativa en los últimos tiempos sobre la provincia de Alicante, a través del cual se han vendido unas 2.500 parcelas virtuales a través de la plataforma *OVER (Over The Reality*, con anterioridad *OVR*). Esta singular aplicación reproduce las parcelas de realidad física en el mundo virtual mediante superficies hexagonales de trescientos metros cuadrados, denominadas *OVERLands*. La extensión de *OVER* no puede ser ampliada, estando acotados el número de inmuebles ofertados, circunstancia que ha incrementado el crecimiento de sus ventas.

Por otra parte, resulta necesario destacar que el novedoso y floreciente mercado del virtual *real state* cuenta con una insuficiente regulación por parte de los Estados u otros organismos supranacionales, tal y como ocurre en otros sectores de actividad *online*. Esta circunstancia propicia la primacía de la política de los términos y condiciones de las grandes plataformas precursoras de estos avances tecnológicos, la cual, como es de suponer, favorece los intereses de dichas organizaciones, frente a los derechos de los adquirentes de activos inmobiliarios de carácter virtual.

El Metaverso carece de una regulación específica a nivel europeo. No obstante, a nivel institucional se está gestando una especial sensibilidad en relación con las cuestiones que nos ocupan. Así, recientemente, con fecha 9 de marzo de 2022, el Consejo de la Unión Europea ha elaborado un informe titulado *Metaverse-virtual world, real challenges*, en el que se analiza el concepto, características, desarrollo actual del metaverso, la suficiencia de la cobertura jurídica europea frente a esta novedosa tecnología y la necesidad de que Europa aproveche las posibilidades que la misma ofrece¹³. Asimismo, dicho informe se hace eco de las declaraciones de la Vicepresidenta de la Comisión Europea, anunciando que en las negociaciones de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales) o *Digital Market Act (DMA)*, no se incluirán referencias específicas al Metaverso¹⁴. No obstante, debemos referirnos a este proyecto y a la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo

¹³ <https://www.consilium.europa.eu/media/54987/metaverse-paper-9-march-2022.pdf>, (19.8.2022).

¹⁴ <https://technewsinc.com/internet-eu-commission-and-the-metaverse-digital-package-digital/>, consultado el (19.8.2021).

relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE o *Digital Services Act* (DSA), en la medida en que esta futura regulación sin duda se erigirá como marco de actuación de las plataformas operativas en el Metaverso.

El primero de estos textos legales, incluye en los arts. 10 a 24 una serie de obligaciones para la protección de los intereses de los usuarios, cuya eventual aplicación en el Metaverso resultará de especial relevancia, dada la especial vulnerabilidad de los usuarios de este nuevo espacio. De este modo, podemos citar algunas condiciones que se requieren para todo tipo de plataformas *online*. De esta suerte, la determinación de un punto de contacto vía electrónica con las autoridades; la designación de representantes legales de los prestadores de servicios que no posean establecimiento en la Unión Europea; igualmente el deber de información de las restricciones que se puedan imponer por parte de las plataformas al uso del servicio; obligaciones de transparencia en materia de moderación de contenidos; disposiciones sobre mecanismos de notificación de contenidos ilícitos o la exigencia de motivación sobre la retirada de información o inhabilitación de acceso a la plataforma. En relación con las entidades que no tengan la consideración de microempresas o pequeñas empresas, los arts. 16 a 24 del mismo texto introducen, entre otras previsiones, la necesidad de implementar un sistema interno de tramitación de reclamaciones; la posibilidad de acceso a órganos de solución extrajudicial de litigios; la existencia de alertadores fiables; la suspensión de servicios frente a usos indebidos; la trazabilidad de los comerciantes, así como diferentes obligaciones en materia de transparencia informativa y publicitaria. Por lo que respecta a las plataformas denominadas de muy gran tamaño, los arts. 25 a 29 incorporan la necesidad de evaluación y reducción de riesgos sistémicos, así como la existencia de auditorías independientes. En relación con la segunda de las normas europeas proyectadas destacaremos, a los efectos de este estudio, las prescripciones dirigidas a las entidades reconocidas como *Gatekeepers* o guardianes de acceso, cuya aplicabilidad deberá extenderse al Metaverso, desde la posición que mantenemos. En este sentido destacamos los arts. 5 y 6, en relación con la evitación de prácticas desleales y restrictivas de la competencia, que bien podrán acaecer en el Metaverso.

En definitiva y descendiendo a la problemática de la adquisición de parcelas virtuales, podemos colegir que la situación regulativa actual y el consecuente desamparo que suscita, justifica la imperiosa necesidad de reelaborar las instituciones jurídicas

fundamentales en este ámbito, así como los mecanismos de protección de esta nueva dimensión del derecho de propiedad.

II. PROCEDIMIENTOS EN *BLOCKCHAIN* PARA LA ADQUISICIÓN Y VENTA DE FINCAS VIRTUALES: LOS PROTOMETAVERSOS DE *DECENTRALAND* Y *OVER*

En esta materia, resulta de notable interés analizar, a modo ilustrativo, el procedimiento de adquisición de parcelas desarrollado por plataformas como *Decentraland*, operativa en la *blockchain Ethereum*, dada la popularidad que está alcanzando en la actualidad entre los usuarios¹⁵. A este respecto debemos indicar que en la citada plataforma se han llegado a vender parcelas digitales por 2,4 millones de dólares¹⁶. Igualmente, haremos referencia a la infraestructura digital denominada *OVER*, una vez constatada la dimensión que está alcanzando la misma en el mercado de la provincia de Alicante y las características propias que presenta este singular Metaverso, al posibilitar incluso la oferta de realidad aumentada a los propietarios de las parcelas¹⁷.

De este modo, *Decentraland* aparece como un supuesto de Metaverso abierto, en el que los usuarios pueden desarrollar su propiedad virtual 3D o explorar la perteneciente a otros sujetos. Esta plataforma ofrece unas 90.000 parcelas (de dieciséis metros por dieciséis metros cada una, designadas mediante ejes cartesianos x, y, siendo por tanto únicas). Estos activos digitales están representados por los denominados *token LAND*, existiendo a su vez en esta aplicación los conocidos *tokens MANA*, como moneda digital para el pago de las adquisiciones de estas parcelas virtuales, además de otros servicios ofertados. Igualmente, estos *tokens* tienen funciones de gobernanza, de manera que otorgan a su titular el derecho participación en la *DAO*¹⁸. Cada parcela se *tokeniza* como un *NFT* por parte de la Fundación de *Decentraland*, siendo necesario ostentar la condición de propietario para poder publicar escenas sobre las parcelas o haber adquirido el permiso

¹⁵ Debemos indicar que la Fundación de *Decentraland* ofrece a los usuarios herramientas de la plataforma, tales como, *Decentraland Client*, *Software Development Kit 5.0*, *Marketplace*, *Land Maneger*, *Command Line Interface* o *Agora*, debiéndose señalar también que la empresa situada tras este *open source* es *Metaverse Holdings Ltd*, según informa (Goanta, C., 2020: 144).

¹⁶ En esta plataforma se están vendiendo en la actualidad parcelas por precios desorbitados, ascendiendo su cuantía, por ejemplo, a los 2'4 millones de dólares, tal y como se ha informado (Amantegui Guezala, A., 2021).

¹⁷ *OVR* lleva vendidas más de 2.500 parcelas en la Provincia de Alicante, *vid.* sobre esta cuestión (Giménez, J. A. 2022). Se informa sobre el procedimiento de adquisición de parcelas virtuales en *OVER* y las experiencias de realidad aumentada <https://overthereality.ai> (13.7.2022).

¹⁸ Como así exponen (Álvarez y Carrasco, A., 2022.a: 4).

por parte del titular¹⁹. Además, el número de parcelas es finito y se corresponde con la cantidad fija de *MANA*, para, de este modo, garantizar la estabilidad del valor de los inmuebles²⁰.

En cuanto al tema que nos ocupa en el presente epígrafe, el *marketplace* del protometaverso *Decentraland* permite la compra y la venta de parcelas, la realización de una oferta sobre un terreno con un precio específico para intentar adquirirlo o incluso su transferencia a un tercero (siempre que no esté en venta el bien).

El procedimiento ofrecido por la plataforma para la adquisición de estos inmuebles virtuales resulta aparentemente sencillo. Para ello, con carácter previo, ha de iniciarse sesión en una cuenta de la red *Ethereum*, recomendándose la billetera *MetaMask* (la cual está prevista de una clave pública y otra privada), si bien *Ledger* resulta igualmente operativa. Mediante la denominada “vista Atlas” se puede divisar las parcelas que están libres en este espacio, así como su naturaleza y coordenadas. El siguiente estadio consiste en la adquisición de *tokens MANA* (los cuales, como hemos comentado con anterioridad, se erigen como la moneda virtual para llevar a cabo este tipo de transacciones) mediante la moneda virtual *Ether* (activo que deberá estar consignado previamente en la billetera, a través de la oportuna transacción con moneda fiduciaria en el *Exchange Coinbase*)²¹.

Respecto de la venta de estos activos, también se establece un procedimiento análogo mediante la pestaña “Mis activos” y la página “Detalles”, donde se ubica la opción de “Vender”. De este modo se posibilita el establecimiento de un precio y una fecha de vencimiento, siendo posible la actualización del precio con posterioridad²².

En este punto debemos resaltar, sin perjuicio de un posterior análisis, que resulta significativo el empleo en este proceso de adquisición de criptoactivos de los términos “Comprar” y “Vender”, como prueba evidente de la finalidad del negocio suscrito por las partes, soslayándose expresiones tales como “Otorgamiento de Licencia”, empleadas en

¹⁹ Tal y como se informa en <https://docs.decentraland.org/content-intro/>, (10.6.2022).

²⁰ Según se expone en <https://docs.decentraland.org/faq/>, (10.6.2022).

²¹ Este intercambio se puede llevar a cabo directamente a través de la página de configuración de usuario, en la que se ha de consignar la cantidad exacta que se desea cambiar de *Ethers* por *MANA*. Accediendo simplemente al botón “Comprar” de la página de “Detalles”, se permitirá la adquisición de la parcela que se desee. Finalmente, la finca virtual *tokenizada* queda consignada en la cuenta del usuario. Otra opción que permite la aplicación que comentamos es la agregación de dos o más parcelas para conformar una finca, las cuales han de ser adyacentes, sin que puedan estar separadas por una vía, plaza u otra parcela, <https://docs.decentraland.org/market/land-manager/>, (10.6.2022).

²² Información disponible en <https://docs.decentraland.org/market/marketplace/>, (10.6.2022).

otro tipo de plataformas, como es el caso de las dedicadas a la oferta de videojuegos *online*²³. De este modo, las partes suscribirían un contrato *online* de compraventa de carácter consensual y traslativo del dominio de un activo virtual, mediante una *traditio ficta*, tal y como argumentaremos en su momento.

Como hemos comentado con anterioridad, *Decentraland* utiliza la red *blockchain Ethereum* para registrar y verificar de forma descentralizada todas las transacciones. Debido a ello, el usuario deberá pagar una cantidad de “gas”. Este gasto se refiere al coste por impulsar una transacción en dicha red y está compuesto por dos elementos, a saber, el precio del gas y el límite del gas. El primero de ellos se refiere a la cantidad de *Ether* que debe pagarse a los mineros por validar la transacción y el segundo término engloba la cantidad de operaciones que se permiten realizar²⁴. En definitiva, cuanta más cantidad de gas se pague, con mayor celeridad se llevará a cabo la transacción sobre la parcela virtual. De este modo se deberá tener en cuenta, a los efectos de la presente investigación, el hecho de que, a una mayor inversión de gas, *potior iure*, dado que se adquirirá la finca con anterioridad respecto de otros usuarios que satisfagan una comisión por cuantía inferior.

Por su parte, la plataforma *OVER*, divide el mundo en más de un millón y medio de parcelas hexagonales con una extensión aproximada de trescientos metros cuadrados. Esta tecnología permite la adquisición de parcelas virtuales que se corresponden con el mundo real, mediante un mecanismo de subasta abierto durante veinticuatro horas desde la realización de la oferta, estableciéndose la puja mínima de diez dólares en *tokens OVER*, incluidos en una billetera *Metamask* o *Imtoken*. Dichos *tokens* se pueden adquirir en *IBCO* de *OVER* o a través de *Uniswap*. De no recibirse una puja superior en dicho lapso temporal se adquiere el activo, el cual se ingresa como *token* en la billetera del usuario. En el caso de presentarse una oferta de mayor importe, la subasta permanecerá abierta durante un nuevo plazo de veinticuatro horas. Por su parte, las fincas también pueden venderse o incluso alquilarse mediante las opciones del *marketplace* de la plataforma, según se establece en el *whitepaper* de este proyecto²⁵.

²³ Para ilustrar esta cuestión, citaremos un contrato de licencia de usuario final del juego, en virtud del cual se otorga, de acuerdo con dicho negocio jurídico de un derecho y licencia limitados de carácter personal, no exclusivo, no sublicenciable, para instalar y utilizar una copia del software en un dispositivo personal para el entretenimiento y prohibiéndose expresamente su venta, entre otras muchas limitaciones (utilización con fines comerciales o promocionales o en más de un dispositivo, copiar, reproducir, distribuir exhibir, alquilar, licenciar, distribuir, transferir, derivar el código fuente, modificarlo, adaptarlo, realizar trabajos derivados, etc.), <http://epicgames.com> (20.7.2022).

²⁴ <https://docs.decentraland.org/examples/get-a-wallet/> (10.6.2022).

²⁵ Disponible dicho *whitepaper* en <https://www.overthereality.ai> (1.8.2022).

La peculiaridad de este Metaverso es la posibilidad de disfrutar de contenidos de realidad aumentada, tanto en formato vídeo como audio, así como otros contenidos diseñados en dos o tres dimensiones en el entorno del usuario, a través de los dispositivos provistos de cámara, como es el caso de los *smartphones*.

III. FACULTADES DE LOS ADQUIRENTES DE FINCAS VIRTUALES TOKENIZADAS

III.3.1. Naturaleza jurídica de las fincas digitales del Metaverso

Con carácter previo al análisis de los derechos de los adquirentes de fincas en el Metaverso, conviene hacer mención a la naturaleza jurídica de estos objetos intangibles.

Al hilo de esta cuestión debemos resaltar que el Código Civil, dado el momento histórico de su publicación, se configuró sobre la noción de bienes materiales, salvo contadas referencias a aquellos de carácter inmaterial, como es el caso de la propiedad intelectual. Esta circunstancia en la actualidad implica la necesidad de una modificación urgente de las normas que disciplinan esta cuestión. Este sería, por ejemplo, el caso de la posesión, institución que evidencia su configuración en torno a la materialidad de los bienes²⁶.

Resulta tradicional la clasificación que se realiza en sede *ius civilista*, en virtud de la cual se diferencia entre bienes de naturaleza mueble e inmueble. Esta tipología no resulta baladí, con arreglo a la legislación vigente, dado que cada categoría presenta una regulación diversa en materia de capacidad de disposición, forma de enajenación, usucapión y mecanismos de publicidad²⁷.

La doctrina en el caso concreto de los activos digitales como aquellos producidos y suministrados en formato digital, apunta a la necesaria superación de la clásica distinción entre muebles e inmuebles²⁸. Esta conclusión cobra sentido, al observarse que las fincas virtuales difícilmente encajarían en la noción de bien inmueble del art. 334 del CC, dado su carácter taxativo, salvo que se establezca una analogía, un tanto forzada, entre Metaverso y el mundo real. Igualmente, tampoco convence la conceptualización de dichos activos intangibles como bienes muebles, con arreglo a la definición extensa que

²⁶ Bercovitz Rodríguez-Cano, R., 2017: 40.

²⁷ *Ibid. loc. cit.*, sobre estas materias, en relación a las cuales la regulación difiere según se trate de bienes muebles e inmuebles. Al hilo de esta cuestión consideramos esencial que una hipotética regulación dual de los activos digitales en materias como la prescripción adquisitiva o la capacidad, debiera asentarse sobre el valor económico del mismo, mas no sobre la esencia mobiliaria o inmobiliaria del bien.

²⁸ (Moreno Navarrete, M.A., 2021: 66).

muestra el art. 335, dado que presentan diferencias respecto de otros *items* susceptibles de traslación en el seno del propio Metaverso.

Sobre esta problemática, también podríamos hacer referencia a la doctrina que considera a los videojuegos como bienes muebles, sobre la base del citado artículo del Código Civil, dado que, según esta postura, son susceptibles de ser transmitidos digitalmente en la red.²⁹ No obstante, en el caso de las fincas del Metaverso, se trataría de porciones de espacio virtual que, pese a que se consignen en el *wallet* del titular, presentan una apariencia digital inamovible, bien diferente a la de otros elementos que se ofrecen en esta dimensión.

Así pues, las fincas virtuales tendrían la naturaleza de activos digitales, dotadas de contenido patrimonial y transmisibles. Comparte esta interpretación el art. 10.6 de los términos y condiciones de la propia plataforma *Decentraland* estableciendo expresamente la naturaleza de activos digitales intangibles de las parcelas de terreno digital. Por otro lado, un sector de la doctrina al estudiar en particular el Metaverso de *Decentraland* también atribuye la condición de contenido digital a las referidas parcelas y por tanto susceptibles de recaer bajo el ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (DCD), cuyo estudio en materia de protección de los consumidores excede del objeto del presente análisis³⁰.

Para concluir, también podemos señalar que la naturaleza jurídica postulada en esta investigación de los referidos *LANDS*, también resulta respaldada a la luz de los *ELI Principles on the Use of Digital Assets as Security*. Esta hoja de ruta a nivel europeo, en materia de activos digitales, reconoce explícitamente el potencial económico de los mismos como garantía crediticia entre particulares (Principio 2.1). Asimismo, declara el carácter *sui generis* de los mismos y su naturaleza intangible, explícitamente en el Comentario realizado al Principio 3.5³¹.

III. 3.2. Las facultades de los adquirentes de las fincas virtuales

²⁹ (Monterroso Casado, E., 2009: 49).

³⁰ (Goanta, C., 2020: 146-147 y 150).

³¹ Principios disponibles en <https://www.europeanlawinstitute.eu>, (18.8.2022). Estos axiomas podrán inspirar la regulación de los *Principles, Commentary and Legislative Guidance on Digital Assets and Private Law* de UNIDROIT, como *model rules* de Derecho uniforme en materia de activos digitales, cuya previsión de publicación es para el período de trabajo 2023-2025.

Por lo que respecta a las facultades de los adquirentes de estas fincas inmateriales, tal y como hemos apuntado con anterioridad, las parcelas virtuales o, mejor dicho, los derechos sobre las fincas virtuales, se *tokenizan* mediante un *NFT* identificable e irrepetible, el cual queda consignado en el *wallet* del usuario adquirente, una vez verificada la compra realizada mediante el correspondiente procedimiento *online*.

Pero ¿qué derecho es el que obtiene el comprador? ¿Una licencia de uso o un efectivo derecho de propiedad sobre la finca virtual, tras la correspondiente *traditio*? Y, en el caso de ser propietario, ¿qué facultades ostenta sobre dicho bien inmaterial?, es decir, ¿cuál es el contenido de esa titularidad dominical?

En relación con la problemática de la transmisión del derecho de propiedad, siguiendo a modo ilustrativo, los términos y condiciones de la plataforma *Decentraland* expresamente (epígrafe 12.4 dedicado a tres campos bien diferenciados, esto es, Propiedad y gestión de los LANDS, *tokens* no fungibles (*NFT*) y contenido creado por los usuarios) tratan de configurar el derecho del comprador y el haz de facultades que ostentan las partes intervinientes en estos negocios virtuales.

De esta forma, en el apartado rubricado como TERRENO se determina que el título y los derechos de propiedad de estas parcelas recaen sobre su dueño, esto es, el usuario adquirente del mismo a través del correspondiente procedimiento *online* determinado en el *marketplace de Decentraland*.

Ello supone que el negocio jurídico *online* que se efectúe es traslativo de la titularidad sobre el LAND, si bien este hecho no implica, al igual que en la realidad física, el traspaso de los derechos de propiedad intelectual sobre la finca, los cuales siguen siendo ostentados por la Fundación *Decentraland*, de acuerdo con lo establecido en los referidos términos y condiciones. Esta afirmación concuerda con el hecho de que la interfaz visual, gráficos, diseños, código, *software*, aspecto y sensación, entre otros, quedan como titularidad de la Fundación *Decentraland* y por tanto protegidos por los derechos de autor, con arreglo a lo dispuesto en el epígrafe 12 de dichos términos y condiciones.

Se trataría de distinguir, pues, la propiedad intelectual reservada a la Fundación sobre la finca ofertada por el *marketplace de Decentraland* (carente de modificaciones efectuadas por los usuarios) y el contenido del derecho de propiedad que ostenta el adquirente sobre estas parcelas y cuyo contenido permite diversos usos, entre ellos y a diferencia de los contratos de licencia *online*, su desarrollo, la inclusión de nuevos

gráficos, funcionalidades, avatares, *NFTs*, su eventual reventa, o constitución de derechos reales limitados sobre los mismos.

En cuanto al caso concreto de la constitución de hipotecas, encontramos que este derecho de garantía se encuentra en desuso en la plataforma *Decentraland* según se informa desde este Metaverso. En realidad, no se trata de un efectivo derecho real de hipoteca, sino de una especie de préstamo, en el que tras su devolución se posibilita la transferencia de la parcela digital al prestatario³². Sobre este particular debemos resaltar que el objeto de esta garantía es un activo digital, de tal manera que la actual regulación de la LH en materia de hipotecas sobre fincas físicas difícilmente podría resultar de aplicación. En este ámbito conviene traer a colación los *ELI Principles on the Use of Digital Assets as Security*, mediante los que se pretende dar una regulación uniforme de las garantías sobre activos digitales (Principio 2.1) y que con probabilidad servirán para inspirar una futura regulación en este ámbito.

Además de las facultades descritas con anterioridad, el usuario ostenta la posibilidad de limitar con quien interactuar en la finca digital y monetizar el acceso a los contenidos desarrollados por el usuario³³.

Este efectivo derecho de propiedad sobre la finca digital quedaría delimitado en principio, en el caso que nos ocupa, por los usos permitidos en los referidos términos y condiciones y la normativa general, dada la carencia de una regulación específica sobre esta materia. Con arreglo a estas premisas, los usuarios que implementan contenidos en sus parcelas ostentan la propiedad y Derechos de Propiedad Intelectual sobre sus creaciones, pudiendo imponer sus términos, condiciones, licencias de acceso y uso a dichos contenidos, los cuales deberán cumplir la “Política de contenido”, dictada también por la plataforma.

Continuando con el análisis de esta sección de los términos y condiciones de la referida plataforma, por lo que respecta a la parte dedicada a los *NFTs*, explícitamente se determina que todos los derechos de título, propiedad y propiedad intelectual pertenecen al creador de dicha representación digital. A estos efectos, debemos resaltar que, tanto la Fundación *Decentraland* como los usuarios, pueden crear *tokens*, éstos últimos sujetos sobre los desarrollos que efectúen en las parcelas de su propiedad.

³² <https://docs.decentraland.org/market/mortgages/>, (19.8.2022).

³³ <https://docs.decentraland.org/faq/>, (10.6.2022).

Por tanto, cabría interpretar *prima facie*, tal y como se observa, que las transacciones para la venta de *NFT* (tanto los creados por la Fundación *Decentraland* como por los usuarios) a través del *marketplace* transferirán la propiedad y los derechos de Propiedad Intelectual sobre los *NFTs*³⁴. Por otra parte, en consonancia con estas premisas, se indica en los referidos términos y condiciones que la Fundación *Decentraland* y la propia *DAO* carecen de derechos de Propiedad Intelectual sobre los *NFT* creados por los usuarios.

Un sector de la doctrina apunta con buen criterio, que los negocios que comentamos únicamente supondrían la transmisión exclusiva de la propiedad de los metadatos, no pudiendo existir un verdadero derecho de propiedad intelectual sobre el propio *token*, dado que se origina mediante un proceso automatizado, carente de la preceptiva creatividad humana³⁵.

Desde nuestra consideración, entendemos que la piedra angular de la cuestión que nos ocupa radica en la configuración del agotamiento del derecho de distribución del creador de la parcela virtual, es decir, en este caso, de la Fundación *Decentraland*. De considerarse consumido dicho derecho, quedaría expedito el mercado de reventa de estos activos digitales, sin necesidad de reflejar esta circunstancia en los referidos términos y condiciones, amparándose de este modo los intereses de los adquirentes.

Ante la falta de regulación expresa, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en diferentes ocasiones sobre el referido agotamiento del derecho de distribución en el ámbito digital. En primer lugar, destacaremos la Sentencia de 3 de julio de 2012, (C-128/1189), sobre el conocido litigio *Oracle International Corp. v. UsedSoft GmbH*, la cual se pronunció sobre las descargas en línea de programas de ordenador en el que existía un contrato de licencia indefinida. En esta ocasión el Alto Tribunal determinó que la descarga de estos soportes inmaterial se trataba de un supuesto equivalente a la entrega de aquellos de naturaleza físico. De este modo, el Tribunal, tras declarar que la Directiva 2009/04 no distingue entre la copia material o inmaterial, expresamente determinó que: (F 58) “(...) las mencionadas disposiciones revelan claramente la voluntad del legislador de la Unión de asimilar, a efectos de la protección prevista por la Directiva 2009/24, las copias materiales e inmateriales de un programa de ordenador (...)”. Además, admitió la posibilidad de reventa de los referidos activos

³⁴ En otro sentido parecen situarse (Álvarez y Carrasco, 2022.b: 10).

³⁵ En este sentido, García Vidal, A., 2022: 5.

digitales, al amparo del agotamiento del derecho de distribución, siempre y cuando el vendedor inutilizase el programa de ordenador de su equipo. De esta suerte, explícitamente decretó que: (70) “(...) En efecto, el adquirente inicial que procede a la reventa de una copia material o inmaterial de un programa de ordenador respecto del que se ha agotado el derecho de distribución correspondiente al titular de los derechos de autor, conforme al artículo 4, apartado 2 de la Directiva 2009/24, debe para no violar el derecho exclusivo a la reproducción de un programa de ordenador que corresponde al autor de éste, previsto en el artículo 4, apartado 1, letra a), de dicha Directiva, hacer inutilizable su propia copia en el momento de la reventa de ésta. (...)”³⁶.

En el caso relativo a las empresas *Nintendo v. PC Box Srl* (C 315/12), la STJUE de 23 de enero de 2014 resulta de interés al considerar a los videojuegos como creaciones susceptibles de ser protegidas por la propiedad intelectual, no conceptuándose como meros programas de ordenador y debiéndose, por tanto, aplicar las disposiciones de la Directiva 2001/29. En virtud del art. 3.3 de esta norma, ningún acto de comunicación al público o de puesta a disposición al público podrá dar lugar al referido agotamiento del derecho de distribución³⁷.

Recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado mediante sentencia de 19 de diciembre de 2019, en relación con el conocido caso *NUV y GAU v. Tom Kabinet* (C 263/18). En esta ocasión, dicho órgano jurisdiccional determinó, con arreglo a la Directiva 2001/29 la no asimilación de las copias materiales a las de naturaleza inmaterial respecto de las obras protegidas por los derechos de autor. Esta decisión se basa en la interpretación del Tratado de la OMPI y de las Declaraciones concertadas relativas a dicho instrumento internacional adoptadas en 1996, en las que se hace referencia al derecho de distribución y a las copias que se pongan en circulación como objetos tangibles. De esa manera el agotamiento del derecho de distribución únicamente operaría en el caso de copias materiales. Cualquier acto de comunicación diferente a la distribución de copias tangibles quedaría subsumido en el amplio concepto de comunicación al público. Consecuentemente, el Alto Tribunal concluyó que (F 72) “(...) el suministro al público mediante descarga de un libro electrónico para su uso permanente está comprendido dentro del concepto de comunicación al público y, más específicamente, del de puesta a disposición del público (...)”. Esta resolución impide de

³⁶ TJCE (Gran Sala) 2012/169.

³⁷ TJCE 2014/20.

plano la reventa de copias digitales, estableciendo en este caso que un libro digital no puede equipararse a un libro físico, desde el punto de vista funcional y económico. Ello es debido a que los libros intangibles no se deterioran ni requieren costes adicionales, siendo los sustitutos perfectos de las copias nuevas. De esta manera, se pretende defender el derecho de los autores a una retribución adecuada³⁸.

Diversos órganos jurisdiccionales europeos de ámbito nacional también se han pronunciado sobre estas cuestiones de manera dispar, aportando una buena dosis de inseguridad jurídica en este campo. De este modo, el Tribunal Regional de Berlín (Sentencia de 21 de enero de 2014, caso *Verbraucherzentrale Bundesverband* contra *Valve Inc.*) rechazó la posibilidad de reventa de copias digitales de videojuegos *online*, por quedar amparados por los derechos de propiedad intelectual³⁹.

Por su parte, en sentido inverso, el Tribunal de *Grande Instance* de París mediante Sentencia de 17 de septiembre de 2019 admitió el agotamiento del derecho de distribución de videojuegos en línea, posibilitando la reventa de los mismos contra los intereses de *Valve Corporation*, aplicando en este caso la doctrina de la sentencia del caso *Usedsoft*, cuyo principal escollo, desde nuestra consideración, es la equiparación de los videojuegos a los programas de ordenador, desoyendo con ello el razonamiento de la sentencia del asunto *Nintendo* apuntado con anterioridad⁴⁰.

En nuestro ámbito interno, debemos referirnos a la posición que ha adoptado la Dirección General de los Tributos al contestar la consulta vinculante nº V 0486-22 de 10 de marzo de 2022. En virtud de esta respuesta ha determinado que la transmisión de un *NFT* no comporta la del activo subyacente. Esta circunstancia supone que no se pueden configurar los negocios suscritos como entregas de bienes, sino como prestaciones de servicios. De ahí se deduce que no resulta posible la transmisión de la propiedad.

Por lo que respecta a la adquisición de fincas *tokenizadas* en el Metaverso a través de la tecnología *blockchain*, debemos indicar que participa de algunas de las características de los activos digitales objeto de los referidos litigios, si bien dada su especial naturaleza, requiere de una regulación específica para dotar a los negocios que se efectúen en este campo de la necesaria seguridad jurídica. No debemos soslayar el impacto económico que estas operaciones suponen en la actualidad y el que

³⁸ TJCE 2019/284.

³⁹ El texto de esta resolución puede ser consultado en <https://spielerecht.de/lg-berlin-steam-accounts-muessen-auch-nach-usedsoft-nicht-uebertragbarsein-volltext/>, (15.7.2022).

⁴⁰ Sentencia RG 16/01008, nº Portalis, 352J-W-B7A, CHASA, <http://www.juriscom.net> (8.8.2022).

previsiblemente tendrán en los próximos años, tal y como hemos manifestado con anterioridad.

Desde la posición que mantenemos en el presente trabajo, defendemos como propuesta de *lege ferenda* el reconocimiento de la efectiva transmisión dominical, tanto del *token* como del activo digital subyacente, esto es la finca digital “blockchainizada”, mediante la transmisión onerosa a través de una *traditio ficta* de parcelas por tiempo ilimitado en los referidos *marketplaces*, tras cumplimentar del correspondiente proceso de compra *online*. En esta materia, debemos hacer obligada referencia a los *ELI Principles on the Use of Digital Assets as Security*, donde expresamente se recoge la posibilidad de entender entregada la garantía suscrita por las partes, en aquellos ordenamientos jurídicos que exijan la misma con carácter previo, cuando el actor ostente el control efectivo, bien directo, bien indirecto, del activo digital aceptado como garantía (Principio 3.5 y su Comentario). Esta interpretación puede ser adoptada en el supuesto de la *traditio* que comentamos, de tal manera que se entenderá adquirida la propiedad del activo digital en cuestión cuando el comprador despliegue dicho control sobre el mismo, es decir, en el momento de la inclusión del *NFT* representativo del inmueble virtual en el *wallet* perteneciente al mismo.

Así las cosas, entendemos que la conclusión de la sentencia del caso *Usedsoft*, permitiendo la reventa de programas de ordenador debería extenderse a otros activos virtuales, si bien bajo el reconocimiento de un derecho de propiedad intelectual susceptible de agotamiento, cuando la transmisión del bien intangible se efectúa por tiempo ilimitado⁴¹. Por tanto, en este campo, desde nuestra posición, la contraposición establecida por la conocida sentencia del asunto *Tom Kabinet*, entre soporte físico o tangible, para con ello negar la reventa de parcelas digitales, desde nuestra posición carece de sentido.

Sobre esta cuestión y para justificar la improcedencia de la argumentación de dicho procedimiento judicial, debemos indicar que los derechos de autor de los titulares de fincas digitales no se extienden automáticamente sobre las fincas físicas, aún en el supuesto de plataformas que recrean la realidad física en el mundo virtual, salvo en determinadas hipótesis. Éste sería el caso de los inmuebles singulares considerados como

⁴¹ Indica la falta de justificación del trato diferente que se otorga a los programas de ordenador respecto del resto de contenidos digitales (Aparicio Vaquero, J.P., 2016: 23).

obras arquitectónicas protegidas, creaciones que, dicho sea de paso, pueden ser objeto de limitaciones en materia de derechos de propiedad intelectual.

La protección del derecho del creador de la finca digital ofertada en el Metaverso ha de ampararse en otros argumentos a los citados con anterioridad al analizar la jurisprudencia del ámbito europeo. Podemos colegir que la finalidad del precio pagado al autor en la primera venta es la remuneración económica adecuada que recibe por su creación. En la materia que nos ocupa, no podemos obviar la referencia a las destacadas cuantías que se están satisfaciendo por dichos activos inmobiliarios digitales. Además, una de los objetivos principales de los adquirentes de este tipo de fincas es precisamente la reventa, recogiendo de hecho esta posibilidad en los términos y condiciones analizados con anterioridad. Igualmente, debemos manifestar que, para afirmar la existencia de una compraventa, la adquisición no ha de reputarse con carácter temporal, como sucede con las licencias de uso digitales, si no por tiempo ilimitado, siendo éste un argumento recogido en la referida sentencia del caso *UsedSoft* y que podría emplearse para fundamentar la exégesis que mantenemos.

Por otra parte y para reforzar nuestra posición, la tecnología *blockchain* permite la trazabilidad de la finca y la inutilización automática de este bien una vez transmitido, no pudiendo por tanto ser disfrutada por el vendedor. Así pues, el *token* se constituye en un certificado de autenticidad de la titularidad de la parcela virtual. De ahí se deriva que solamente un único titular será el que realmente ostente el señorío sobre dicho activo, sin que otros sujetos puedan llevarlo a efecto de forma simultánea. Con ello podríamos convenir que no estaríamos en presencia de un acto de comunicación pública a diferencia de la conclusión postulada en el caso *Tom Kabinet*. En definitiva, no existe un público, según entiende la referida resolución, como un número indeterminado e importante de destinatarios potenciales, que puedan acceder ilimitadamente a la parcela digital. Antes al contrario, existen medios técnicos en la red *blockchain* utilizada en el caso de *Decentraland* que garantizan que el vendedor no pueda utilizar la finca virtual después de transmitirla.

Asimismo, debemos apuntar que la inclusión de la finca digital en el *wallet* sin límite temporal, puede ser considerado como un traspaso posesorio mediante una *traditio ficta*, en este caso de un activo digital⁴². La transmisión de la titularidad de los terrenos

⁴² Sostiene la existencia de *traditio ficta* en la transmisión de la posesión en los supuestos de *tokenización* de fincas reales, dado el automatismo de la transmisión de los *tokens* (Argelich Comelles, C., 2021.a:10).

digitales se asentaría sobre el solo acuerdo de las partes, admitida en nuestro derecho en el art. 1463 del CC y llevada a cabo por el procedimiento de adquisición de estos activos establecido en el respectivo *marketplace*.

Como se puede observar con facilidad, los términos y condiciones analizados de la plataforma *Decentraland*, reconoce la efectiva transmisión de la propiedad de la finca digital, y del correspondiente *token* al comprador, (cumpliendo con ello las expectativas de los adquirentes) una vez satisfecho el precio de la misma, reservándose a su vez, el resto de derechos de propiedad intelectual en favor de la Fundación *Decentraland*. Con arreglo a la postura que propugnamos, la posibilidad de reventa de las fincas digitales adquiridas debería estar incluida expresamente en el Derecho de la Unión Europea, salvaguardando con ello los intereses de los compradores ante posibles términos y condiciones predispuestos que pudieran presentarse contrarios a los mismos.

Por otra parte, debemos indicar que la propuesta MICA podría haber sido utilizada para solventar esta problemática. No obstante, excluye los *tokens* objeto de estudio de su ámbito de aplicación, a menos que resulten fraccionables, posibilidad que para poder ser puesta en práctica ha de ser factible técnicamente sobre las fincas digitales del correspondiente Metaverso⁴³.

Para finalizar este epígrafe, debemos hacer mención a la existencia también en sede digital de los *iura in re aliena*. Con anterioridad hemos comentado que los citados *marketplaces* ofrecen la posibilidad de constituir licencias de uso sobre los contenidos digitales desarrollados por los titulares de las parcelas digitales, de tal manera que en teoría cabrían hipótesis de estos gravámenes, tales como usufructos, servidumbres o derechos reales de garantía sobre los activos digitales que mencionamos.

IV. LA PROTECCIÓN DE LOS TITULARES DE FINCAS VIRTUALES: ¿LA RED *BLOCKCHAIN* COMO EL NUEVO REGISTRO DE LA PROPIEDAD VIRTUAL EN EL METAVERSO?

Las bondades de la tecnología de bloques distribuidos parecen brindar una eficaz protección a los titulares de bienes inmuebles en el Metaverso. Resultan conocidos sus caracteres, tales como la inmutabilidad, integridad, eficacia frente a los *hackers*, transparencia y solución del doble gasto. Asimismo, en los Estados dotados de un sistema constitutivo de adquisición de la propiedad, la red *blockchain* resulta especialmente útil

⁴³ Sobre la posibilidad de fraccionar *NFTs*, véase Palá Laguna, R., 2022: 5.

para la realización de la inscripción obligatoria de las fincas a través de la *tokenización* de las mismas. Mientras que, en ordenamientos como el español, en el que la inscripción registral posee carácter declarativo, dicha tecnología proporciona certeza en relación con el contrato y el pago⁴⁴.

No obstante, se apunta también por la doctrina hacia una serie de dificultades de notable trascendencia que ponen en tela de juicio la eventual protección jurídica que la red *blockchain* puede brindar a los titulares de derechos inmobiliarios⁴⁵. De este modo se destacan los escollos que a continuación citamos. En materia del principio de prioridad temporal, hemos expuesto con anterioridad las dificultades que entraña la necesidad de pago de la tarifa de gas. No parece de recibo que aquel usuario que invierta una cantidad mayor por este concepto obtenga una protección jurídica preferente, dada la desigualdad inadmisibles que entraña. Una problemática sustancial que se vislumbra igualmente es la atinente al control de legalidad de los negocios suscritos, dado que en *blockchain* no se produce ninguna fiscalización normativa de las operaciones que se registran en la misma. Podemos colegir que el empleo de esta tecnología efectivamente supone el surgimiento de una nueva forma de los contratos suscritos por las partes, de naturaleza digital, con arreglo al art. 1280 CC, con las ventajas técnicas que ello conlleva, pero sin que deba ser confundido este aspecto con la existencia de la referida revisión previa del negocio jurídico en *blockchain*⁴⁶. Igualmente, en materia de responsabilidad, se desconoce quién es el sujeto responsable, especialmente cuando nos encontramos frente a una DAO, efectivamente descentralizada, las cuales en nuestro ordenamiento jurídico no tienen reconocida personalidad jurídica⁴⁷. Además, en la actualidad tampoco existe una regulación que impute los eventuales daños a otros sujetos intervinientes como pueden ser los mineros o los desarrolladores. Por su parte, y al hilo de esta cuestión tampoco se ha determinado quiénes son los responsables en materia de protección de datos, no obstante la ingente cuantía de datos personales que se insertan en la cadena de bloques. Finalmente, la defensa de los consumidores y usuarios queda efectivamente en entredicho

⁴⁴ Sobre esta cuestión *vid.* Argelich Comelles, C., 2022.b: 9.

⁴⁵ Destaca los problemas que se exponen en el texto y otros añadidos, como es el caso de la imposibilidad de eliminación de intermediarios, Navarro Gómez-Ferrer, S., 2020: 582 y 592-595.

⁴⁶ Negando que la tecnología *blockchain* pueda ser un registro de derechos, dado que no ha de confundirse la forma del negocio jurídico y la protección registral, Sieira y Campuzano, 2019: 2318.

⁴⁷ El Estado de *Wyoming* en Estados Unidos ha reconocido recientemente personalidad jurídica a las DAO mediante la *Wyoming Senate Bill 38, Decentralized Autonomous Organizations Supplement*, promulgado el 21 abril de 2021 y que entró en vigor el 1 de julio de 2021. Esta norma califica a estas organizaciones como sociedades de responsabilidad limitada.

al no existir un sistema de contratación realmente transparente en el medio virtual, caracterizado por la existencia de contratos de adhesión y cláusulas predispuestas, sin un efectivo control de los algoritmos empleados por las plataformas.

Con arreglo a estas premisas podemos colegir que la adquisición de fincas virtuales a través de la red *blockchain* cuenta con una protección jurídico sustancialmente inferior a la dispensada sobre las fincas físicas por parte del Registro de la Propiedad.⁴⁸ Una posible solución de esta problemática podría venir de la mano de la inscripción registral del *token* que representativo de la finca virtual. Esta vía implicaría necesariamente un cambio sustancial al permitirse la inscripción de fincas intangibles, por ejemplo, en una sección específica del Registro de la Propiedad, con los requisitos y limitaciones que se estimen oportunas en cuanto al acceso a esta institución pública.

Otra opción que podría resultar plausible sería la inscripción de estos activos digitales en el Registro de bienes muebles, de compartirse la naturaleza mobiliaria de estos activos o la creación de un Registro *ad hoc*. Desde la posición que mantenemos, entendemos que resultaría adecuado el aprovechamiento de la infraestructura, así como de la capacitación de los Registradores de la Propiedad para llevar a cabo una adecuada protección de los titulares de estos activos intangibles, cuya apariencia y usos en el metaverso se asemejan en gran medida a la de los inmuebles físicos⁴⁹.

La doctrina especializada se muestra partidaria de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la *tokenización* de fincas físicas, siendo esta una de las formas de transmisión de derechos reales, en este caso de naturaleza digital⁵⁰. Dicho reflejo registral continuaría siendo de carácter voluntario en virtud del art. 6 de la LH (principio de rogación), de tal manera que la ausencia del mismo comportaría los mismos efectos que una adquisición de un derecho real mediante un documento privado. De este modo, se brindarían las garantías jurídicas suficientes a sus titulares, dado que se realizaría el pertinente control de legalidad previo a la inscripción registral con arreglo al art. 18 de la LH, quedando de este modo amparado el titular del derecho real en cuestión por los principios hipotecarios contenidos, entre otros, en los arts. 32 (oponibilidad), 34 (fe pública), 38 (legitimación y exactitud) del mismo texto legal.

⁴⁸ Vid. sobre esta cuestión Jiménez Rubio, M.R., 2022.

⁴⁹ Sobre los proyectos para incorporar la tecnología *blockchain* por parte de los Registradores de la Propiedad vid. Argelich Comelles, C., 2022.b: 9-10.

⁵⁰ En este sentido, Campuzano y Sieira, 2019: 540-542. Igualmente, Argelich Comelles, C., 2021.a: 13; y González y Perteguer, 2022.

Así las cosas, una vez constatadas las ventajas de la inscripción de *tokens* relativos a fincas reales, consideramos plausible la realización del mismo proceso *mutatis mutandis* sobre las fincas virtuales, en principio, en el propio Registro de la Propiedad, concretamente en una sección específica del mismo, donde habrá de inscribirse el *token* representativo de la finca virtual. Para llevar a cabo esta nueva función del Registro de la Propiedad habrá de modificarse, en primer término, los arts. 1 y 2 de la LH, de tal manera que sea posible la inscripción de los derechos sobre los activos digitales consistentes en fincas virtuales adquiridas en el correspondiente Metaverso operativo en *blockchain*.

Igualmente, dicha protección deberá dispensarse respecto de los derechos reales limitados reconocidos en el Metaverso e incluso sobre determinados contratos de arrendamiento, insistimos con las condiciones de acceso registral que se estimen oportunas y realizando las modificaciones legales pertinentes.

V. CONCLUSIONES

A través del estudio realizado hemos podido constatar los innumerables interrogantes que suscita el Metaverso, como tecnología disruptiva, cuyo desarrollo está siendo avalado por las empresas tecnológicas más relevantes del sector digital. Si bien podemos afirmar que su evolución se encuentra en un estadio muy incipiente, no es menos cierto que las cifras de las inversiones en la implementación del Metaverso son realmente significativas. De esta manera, sin ir más lejos, *Meta*, invirtió en 2021 la exorbitada cifra de 10.000 millones de dólares.

A día de hoy, debemos señalar que no existe un Multiverso como tal, sino que existen diversas plataformas no integradas, en las que se requieren los correspondientes avatares y registros para llevar a cabo la experiencia virtual. Asimismo, estos aplicativos presentan diferentes grados de desarrollo, siendo la tónica general la presencia de un buen número de disfunciones en cuanto a las funcionalidades, diseño, acceso al *software* o *hardware* y capacidad computacional de los ordenadores de los usuarios.

No obstante, hemos podido analizar los entresijos de diversas de las plataformas que ofrecen la posibilidad de adquirir parcelas en los referidos mundos virtuales, suscitándose a este respecto innumerables cuestiones jurídicas pendientes de resolución.

Consideramos, en nuestra opinión, que la tradicional distinción entre bienes muebles e inmuebles ha de quedar superada en materia de objetos intangibles, abogando por la inclusión de los activos digitales en el Código Civil, concretamente como una

categoría de los bienes inmateriales. De este modo, la regulación en materia de capacidad para disponer o prescripción adquisitiva, deberá presentar las pertinentes particularidades en función del valor de estos activos inmateriales, no de la naturaleza mobiliaria o inmobiliaria del activo digital.

Igualmente, debemos distinguir el *NFT* como certificado digital de autenticación elaborado de forma automática, respecto del bien que representa. En cuanto al primero, no parece tener sentido hablar de propiedad intelectual sobre el mismo, dada la automaticidad de su creación. Respecto del bien inmueble digital objeto de transmisión, creemos oportuno diferenciar la parcela primigenia ofertada carente de desarrollo, cuya propiedad intelectual recaería en la organización oferente, de aquellas que conllevan una evolución por parte de los usuarios incorporando creaciones a la misma y cuya propiedad intelectual recaería sobre los adquirentes.

Desde la posición que mantenemos en el presente trabajo, consideramos necesaria una reforma legislativa que recoja expresamente la posibilidad de distribución de activos digitales protegidos por los derechos de autor y el agotamiento del derecho de distribución con la primera venta de la finca digital. Esta opción permitiría la reventa de los inmuebles intangibles, cuya equiparación con los inmuebles de naturaleza física no resulta en principio procedente. De este modo se permitiría un justo equilibrio entre el adecuado pago satisfecho al autor por su creación y los intereses del comprador respecto de una transmisión ilimitada en el tiempo, en la que la tecnología *blockchain* permite la utilización exclusiva del titular de la finca mientras ostente dicha condición, no existiendo por tanto acto alguno acto de comunicación pública.

Por lo que respecta a la transmisión de la titularidad de la finca virtual, la misma deberá llevarse a cabo a través de la preceptiva concurrencia del título y el modo, con arreglo al art. 609 del CC. Aplicando este precepto a los supuestos que nos ocupan, se adquiriría la propiedad de estos activos digitales mediante alguno de los procedimientos de adquisición *online* previstos y una *traditio ficta* de la parcela digital convenida por las partes, con arreglo al art. 1463 del CC.

En relación con la red *blockchain* y su capacidad para ofrecer una adecuada protección a los adquirentes de fincas virtuales, debemos colegir que dicha infraestructura de registro descentralizado presenta un grado de protección significativamente inferior al que presta en la actualidad el Registro de la Propiedad sobre las fincas reales.

En nuestra opinión, el escollo fundamental, entre otros de los analizados en el presente trabajo, es la inexistencia del preceptivo control de legalidad en sede de

blockchain y las dificultades para garantizar la igualdad en materia de *prior tempore potior iure*. Esta falta de amparo a favor de los titulares podría quedar suplida mediante la propuesta *de lege ferenda* que mantenemos en este estudio, consistente en la inscripción del *token* representativo de la finca virtual, en el Registro de la Propiedad, concretamente en una sección específica del mismo. Consideramos que esta opción resulta preferible frente a la creación de un Registro *ad hoc*. De este modo, el previo control de legalidad independiente efectuado por el Registrador de la Propiedad, sometido a responsabilidad profesional, permitiría la consecuente inscripción y con ello una adecuada protección al abrigo de los principios registrales en favor del titular de la finca registral. Asimismo, abogamos por el acceso registral de los *iura in re aliena* y de los contratos de arrendamiento que se constituyan sobre las fincas en el Metaverso, si bien con el establecimiento de determinadas condiciones de acceso sobre los mismos.

Bibliografía

- ALONSO, R. (2021): *Los escándalos de Facebook: entre fugas de datos, noticias falsas y desacuerdos de gobiernos*, <https://www.abc.es> (1.6.2022).
- ÁLVAREZ LÓPEZ, C. y CARRASCO PERERA, A. (2022): *¿Qué es el metaverso?*, Gómez-Acebo&Pombo, febrero, <https://www.ga-p.com> (27.5.2022).
- (2022.b) *Operadores y responsabilidad civil en el metaverso*, Gómez-Acebo&Pombo, marzo, disponible en <https://www.ga-p.com> (1.6.2022).
- AMANTEGUI GUEZALA, A. (2021): “Ya hay gente especulando en el metaverso: este terreno se ha vendido por 2 millones de euros”, <https://www.lavanguardia.com> (5.5.2022).
- APARICIO VAQUERO, J.P. (2016): “Propiedad intelectual y suministro de contenidos digitales”, *InDret*, julio 2016, <https://www.indret.com> (28.7.2022).
- ARGELICH COMELLES, C.: (2021) “Hacia una smart property inmobiliaria: tokenización, Internet of things y blockchainización registral”, *Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 30, nº 1, 2021 (pp. 1-20).
- (2022) “El derecho civil ante el Metaverso: hacia un Metalaw europeo y sus remedios en el Multiverso, Derecho Digital e Innovación”, nº 12, abril-junio, *Wolters Kluwer* (pp. 1-26).
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R. (2017): *Manual de Derecho civil Derechos reales*, coord. (R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Bercal, Madrid (pp. 25-44).

- CONTRERAS, S. (2022): *Ventas de inmuebles en el Metaverso podrían llegar a US 1 billón en 2022*, <https://elpaisfinanciero.com> (1.6.2022).
- CAMPUZANO GÓMEZ-ACEBO, J. y SIEIRA GIL, J. (2019): “Legal Tech y función registral”, *Legaltech: la transformación digital de la abogacía*, coord. Barrio Andrés, M., Wolters Kluwer, Madrid (pp. 523-546).
- DESANTES, A./ FERNÁNDEZ-LASQUETTY, J./RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, T. Y FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A. (2022): “Los desafíos del metaverso”, *Informe Fide 2021.2022*, Fundación FIDE, Madrid (pp. 51-67).
- GARCÍA VIDAL, A. (2022): “Metaverso, tokens no fungibles y propiedad intelectual”, *Gómez-Acebo&Pombo*, marzo, <https://www.ga-p.com> (15.7.2022).
- GIL, A. (2022): “Sentir dolor en el Metaverso: el plan de una empresa japonesa”, <https://elpaisfinanciero.com> (1.6.2022).
- GIMÉNEZ, J.A. (2022): “El metaverso en Alicante: ¿Qué zonas están siendo más compradas?”, <https://www.informacion.es> (30.4.2022).
- GOANTA, C. (2020): “Selling LAND in Decentraland: The Regime of Non-fungible Tokens on the Ethereum Blockchain Under The Digital Content Directive”, *Disruptive Technology, Legal Innovation and Future of Real Estate*, (ed) Lehavi A. y Levine-Schnur, R., Springer, Cham (pp. 139-154).
- GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, I. y PERTEGUER PRIETO, R. (2022): “Metaverso, blockchain y Registro de la Propiedad”, *Debate*, Fundación Ramón Areces, 4.7.2022, <https://www.youtube.com/watch?v=uQDNnDVpLgo> (19.8.2022).
- JIMÉNEZ RUBIO, M.R. (2022): “Metaverso y Derecho registral”, *Seminario-webinar Metaverso, NFTs y Blockchain: últimas tendencias de Derecho y Nuevas Tecnologías*, Universidad Autónoma de Madrid, 29.3.2022, <https://noticias.jurídicas.com>, (1.8.2022).
- MONTERROSO CASADO, E. (2009): “La validez de los contratos celebrados en mundos virtuales”, *Revista CEFLEGAL*, nº 106, (pp. 19-62).
- MORENO NAVARRETE, M.A. (2021): “La certeza y simbolización de los derechos subjetivos. Tokens y contratos inteligentes”, *REDS*, nº 18-19, (pp. 57-72).
- NAVARRO GÓMEZ-FERRER, S. (2020): “Blockchain y Registro de la Propiedad”, *Blockchain: Impacto en los sistemas financiero, notarial registral y judicial*, (dir. I. Sánchez Ruíz de Valdivia), (pr L.M. Hinojosa Martínez), Thomson Reuters, Pamplona, (pp. 575-605).
- PALÁ LAGUNA, R. (2022): “Los tokens del metaverso”, *Gómez-Cebo&Pombo*, marzo, <https://www.ga-p.com> (15.7.2022).
- PETOVEL, P. (2021): “Intel cree en el metaverso, pero advierte que hay un gran problema”, <https://elpaisfinanciero.com> (1.6.2022).

RODRIGO, A. (2021): “Facebook riega con miles de millones el metaverso mientras sus ingresos publicitarios caen”, <https://www.abc.es> (5.8.2022).

SIEIRA GIL, J. y CAMPUZANO GÓMEZ-ACEBO, J. (2019): “Blockchain, tokenización de activos inmobiliarios y su protección registral”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 775 (pp. 2277-2318).

ZAHUMENSZKY, C. (2012): *¿Qué es la realidad aumentada?*, <https://xataca.com>, (1.6.2022).

Relación jurisprudencial

STJUE de 3 de julio de 2012, (C-128/1189), TJCE (Gran Sala) 2012/169.

STJUE de 23 de enero de 2014, (C 315/12), TJCE 2014/20.

STJUE de 19 de diciembre de 2019, (C 263/18), TJCE 2019/284.

Sentencia del *Landgericht* de Berlín, de 21 de enero de 2014, *Geschäftsnummer*15-O-56/13, <https://spielerecht.de/wp-content/uploads/LG-Berlin-15-O-56-13-20140121vzbv-vs.-Valve.pdf>, (15.7.2022).

Sentencia del *Tribunal de Grande Instance* de París, de 17 de septiembre de 2019, RG 16/01008, nº Portalis, 352J-W-B7A, CHASA, <http://www.juriscom.net>, (18.8.2022).

LOS INSTRUMENTOS DE AHORRO Y PREVISIÓN: SU INCIDENCIA SOBRE LA LEGÍTIMA

Effects of saving instruments, insurance and pension plans on the Spanish forced heirship (legitim)

M^a PATRICIA REPRESA POLO
patripol@der.ucm.es
Profesora Titular Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

Cómo citar / Citation

Represa Polo, M^a P. (2022).

Los instrumentos de ahorro y previsión: su incidencia sobre la legítima
Cuadernos de Derecho Privado, 4, pp. 80-108

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.32>

(Recepción: 14/10/2022; aceptación tras revisión: 22/12/2022; publicación: 30/12/2022)

Resumen

La posibilidad de transmitir bienes por un canal distinto al testamento y, por tanto, al margen de la sucesión *mortis causa* se plantea desde el momento en el que existen negocios en los que se establecen estipulaciones a favor de tercero para el caso de muerte del contratante. En este estudio se intenta resolver si dichas transmisiones se encuentran sometidas al derecho sucesorio, especialmente, su conexión con las normas que regulan la sucesión forzosa. A tal fin se analiza el artículo 88 de la Ley de Contrato de Seguro, norma que regula la relación del derecho del beneficiario del seguro de vida con el derecho de los legitimarios, así como la posible aplicación del contenido de dicha norma a otros instrumentos de previsión.

Palabras claves

Testamento, contrato a favor de tercero, legítima, seguro de vida, instrumentos alternativos al testamento.

Abstract:

The possibility of transmitting assets through a channel other than the will and, therefore, apart from the *mortis causa* succession arises from the moment in which there are businesses in which stipulations are established in favor of a third party in the event of death of the contractor. It should be considered whether these provisions are subject to inheritance law and, therefore, to the system of forced succession. To this end, article 88 of the Insurance Contract Law is analysed. This norm regulates the relationship between the right of the beneficiary and the legitimaries, as well as the possible application of the content of the norm to other forecast instruments.

Keywords

Will, contract in favor of a third party, legitime, life insurance, will substitute.

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. LA REGULACIÓN DEL SEGURO DE VIDA COMO REFERENCIA DE LOS INSTRUMENTOS DE PREVISIÓN. III. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 88 LCS A OTROS INSTRUMENTOS DE PREVISIÓN Y AHORRO: III.1. Seguros de ahorro de prima única y seguros de renta vitalicia. III.2. Planes de pensiones. IV. Recapitulación. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La sucesión por causa de muerte de una persona puede venir ordenada por ley, por testamento o por pacto sucesorio en aquellos ordenamientos que lo admiten. Pero junto con estas vías convencionales, existen otros negocios que permiten transmitir bienes o derechos al margen de los canales enunciados, que discurren próximos a la sucesión *mortis causa*, pero que funcionan al margen del fenómeno sucesorio. Y ello por cuanto, aun siendo la muerte el momento determinante de la producción de alguno de sus efectos, estos tienen lugar al margen de la misma¹, o bien porque se trata de efectos respecto a terceros de un determinado contrato, en los que el tercero adquiere un derecho que no estaba en el patrimonio del causante, o bien porque así lo dispone la ley, o bien porque la jurisprudencia ha reconocido que quedan al margen del Derecho de sucesiones. Los instrumentos a los que nos referimos englobados bajo la categoría de negocios de ahorro y previsión comprenden figuras como el seguro de vida, el seguro de renta vitalicia, los planes y fondos de pensiones, etc.².

Son muchas las causas que se han apuntado para justificar la proliferación de estos negocios; se ha pretendido también poner de manifiesto que son una consecuencia de la crisis del testamento o de la sucesión *mortis causa*. Pero no debemos confundir la parte con el todo, es decir, que ya prácticamente todos tengamos presente la necesidad de

¹ Serrano de Nicolás, 2022: 66-70. Este autor delimita claramente los negocios en los que la muerte es causa de la atribución de aquellos otros en los que la muerte sólo es el momento de exigibilidad de la prestación. Así puede diferenciarse *disposiciones mortis causa* cuando la muerte es la causa, pero no producen vocación hereditaria (donaciones *mortis causa*); *disposiciones de última voluntad*, cuando la muerte es la causa y además tiene eficacia en la vocación hereditarias (testamento); *disposiciones trans mortem*, que son actos *inter vivos* que producen efectos después de la muerte del otorgante (seguro de vida, hipoteca inversa a favor de tercero); *donaciones inter vivos con efectos trans mortem* (donación de la nuda propiedad y reserva de usufructo vitalicio). Así como otro tipo de disposiciones que produciendo sus efectos antes o después de la muerte, ésta siempre es determinante en la eficacia de los mismos.

² STS, Civil, 274/2021, de 10 mayo (ECLI:ES:TS:2021:1793).

reforma del Derecho Sucesorio, no sólo de las legítimas, no es equivalente a que todo el sistema de sucesiones esté en crisis y deba reemplazarse³. Lo que no puede negarse es que estas disposiciones no sean reflejo de la insuficiencia del régimen hereditario para cubrir en algunos supuestos la verdadera voluntad del sujeto cuando quiere beneficiar o proteger a un tercero, distinto del legitimario. En este sentido, la rigidez del régimen de sucesión forzosa puede potenciar la contratación de estos instrumentos de previsión por el causante.

Sin embargo, no creo que la principal causa de contratación de estos instrumentos sea convertirse en una alternativa al negocio jurídico testamentario, al que la mayoría de las veces complementará, sin descartar que este negocio sea la forma de vehicular la disposición del capital invertido en los mismos⁴. Entiendo que la principal razón para su contratación es un fin previsorio o de inversión; sólo en algunos casos el objetivo principal es beneficiar a un tercero, por cuanto en la mayoría de los supuestos este fin será subsidiario siendo prioritaria la protección futura del propio contratante.

En ocasiones la doctrina emplea el término anglosajón *will substitute* para hacer referencia a una serie de negocios que permiten la transmisión de bienes y derechos con ocasión de la muerte de una persona al margen de la tradicional sucesión *mortis causa*. Tienen en común ambas situaciones que el punto de partida de la transmisión es la muerte de una persona⁵, pero tienen una causa diversa de transmisión, pues en unos casos será el negocio jurídico de atribución y en otros la ley, el testamento o el pacto sucesorio⁶.

³ Rubio Garrido, 2022: 654-656.

⁴ La posibilidad de admitir instrumentos alternativos a la sucesión testamentaria procede del derecho norteamericano, en el que, entre otras razones, la complejidad del procedimiento de tramitación de este tipo de sucesión potenció la contratación de una serie instrumentos que facilitan la transmisión de bienes tras el fallecimiento del contratante. Puede consultarse, para entender el origen y razones de la proliferación de estos contratos, Tarabal Bosch (2016: 175 y ss.). En nuestro país, en cambio, son otras las razones que han impulsado la contratación de estos negocios, y sin duda está como principal el fin previsorio, en el que debe incluirse no sólo el interés de la propia protección del contratante ante futuras contingencias sino la protección de terceros, a quienes no siempre en el testamento se puede beneficiar como se desea, o a los que se les quiere asegurar un patrimonio futuro que no está garantizado en la transmisión hereditaria.

⁵ «La sucesión hereditaria como los *wills substitute* comparten la misma finalidad de transferir la riqueza acumulada en vida tras la muerte» (Vaquer Aloy, 2022:105). En el mismo sentido los explica Albiez Dohrmann (2019: 23) quien señala que «hay una diferencia sustancial respecto al significado de la muerte en aquellos negocios y en los *negocios mortis causa*; en los primeros, la muerte constituye el momento para la atribución definitiva de un bien o un derecho mientras en los segundos, la muerte implica que sólo a partir de entonces se puede producir la transmisión».

⁶ Tarabal Bosch (2022: 30). El autor presenta los *will substitutes* como instrumentos que «se asimilan al testamento porque comparten la función de destinación *post mortem* de bienes y el carácter lucrativo; también porque el otorgante conserva el control del destino *post mortem* de los bienes hasta la muerte. En cambio, por contraposición, no deben cumplir las formalidades testamentarias y su eficacia se encuentra desvinculada de los avatares de la herencia». En el mismo sentido, se había pronunciado Sánchez Aristi

Son muchos y muy variados los negocios que entrarían dentro de los *wills substitutes*: seguros de vida, planes de pensiones, plan individual de ahorro sistemático (PIAS), seguros de renta vitalicia, etc. Son todos ellos instrumentos de previsión en virtud de los cuales el contratante pretende protegerse frente a cualquier contingencia a través del pago de una determinada prima o la inversión de un capital que pretende recuperar en un momento posterior o que se entregue a un tercero en caso de fallecimiento, siendo esta segunda previsión subsidiaria en muchos de los supuestos⁷.

En estos casos, al producirse el fallecimiento del contratante surge la prestación a favor de tercero, prestación que para él tiene carácter gratuito, aunque el negocio en el que tiene su origen pueda ser oneroso para el contratante y el disponente.

Así delimitados, no tendría ni que plantearse su interferencia con la sucesión *mortis causa*, pero si pensamos algunas situaciones reales, surgen una serie de interrogantes que obligan a meditar sobre cuál debe ser el encaje de estos instrumentos dentro de la sucesión *mortis causa* de una persona.

Podemos, por ejemplo, pensar que puede darse el supuesto de que fallecida una persona no haya bienes en su patrimonio hereditario, por lo que no recibirán nada sus sucesores ni los acreedores si los hubiera, mientras que un tercero o, incluso, un sucesor se ve beneficiado por un sustancioso seguro de vida que tenía contratado el causante. Podríamos encontrarnos también que la persona fallecida tuviera contratado una PIA cuyo beneficiario sea su curador, quien se va a ver beneficiado por la cuantía de este seguro de ahorro a largo plazo, mientras que, si hubiera recibido una disposición testamentaria a su favor, ésta sería ineficaz por disposición legal si entra dentro del supuesto del artículo 753 CC. Además, podríamos encontrarnos que el sujeto haya invertido gran parte de su patrimonio en un plan de pensiones, cuyo beneficiario es su pareja de hecho y producido su fallecimiento apenas haya bienes para los hijos legitimarios, mientras que la pareja de hecho recibe un considerable capital como consecuencia del plan de pensiones. Sin descartar la posibilidad de que el hijo desheredado por el padre no reciba nada en concepto de legítima, pero que sea

(2003: 198) cuando señaló que en los negocios *trans mortem* la muerte «es un elemento accidental, una suerte de término *certus an incertus quando* hasta cuyo acaecimiento se aplaza la producción de alguno de sus efectos.

⁷ Tarabal Bosch, 2022: 41. Para este autor esta la posibilidad de transmisión *mortis causa* es circunstancial o secundaria.

beneficiario de un seguro de vida; por no hablar de las posibles contradicciones entre la designación de beneficiario en el contrato de previsión y el contenido del testamento al respecto.

Todas estas situaciones son algunos de los ejemplos que permiten poner de manifiesto las disfunciones que puede crear la concepción de estos *wills substitutes* como una forma de sucesión *mortis causa* al margen del testamento; además, ponen en evidencia que muchos de estos negocios pueden suponer una afrenta al sistema de sucesión forzosa, por lo que surge la necesidad de determinar su encaje en el sistema sucesorio. Para ello, creo que resulta conveniente, como aconseja ARROYO I AMAYUELAS, que el acercamiento a los instrumentos que permiten la transmisión de bienes o de parte del patrimonio en las formas que se denominan «parasucesorias» o instrumentos alternativos al testamento («*will substitute*») no debe hacerse desde la perspectiva del fraude, sino que debe realizarse de una manera objetiva, analizando su validez, su eficacia y la conexión con la tradicional sucesión *mortis causa* con la que va a concurrir⁸.

Para comprobar el encaje de estos instrumentos en el sistema de sucesión *mortis causa* actual, en el que se prevé un modelo de sucesión forzosa cuando concurren determinados familiares a la herencia, deben tenerse claras dos premisas, que por evidentes no deben pasarse de largo. Primero, el carácter imperativo de las normas reguladoras de la legítima no debe conducir a la reconstrucción ficticia del patrimonio hereditario con el fin de asegurar el cobro de aquellas en todo caso. Segundo, debemos partir de que la principal causa de contratación de estos instrumentos no es convertirse en una alternativa al negocio jurídico testamentario, al que la mayoría de las veces complementarían, sin descartar que este negocio sea la forma de vehicular la disposición del capital invertido en los mismos. Más bien la principal razón para su contratación es un fin previsorio o de inversión; sólo en algunos casos el objetivo principal es beneficiar a un tercero, por cuanto en la mayoría de los supuestos este fin será subsidiario siendo principal la protección futura del contratante. Pero, incluso, cuando ese interés o fin de beneficiar a un tercero sea lo principal, como ocurre en el seguro de vida, ello no implica necesariamente defraudar a otro ni perjudicarlo directamente.

Desde este punto de vista, probablemente simplista, pero necesario, he afrontado el estudio de algunos instrumentos de previsión y ahorro. No obstante, la prudencia me

⁸ Arroyo i Amayuelas, 2005: 642.

obliga a advertir que dar una respuesta a la cuestión planteada no se presenta tarea sencilla, por cuanto aunque es fácil identificar actos o negocios jurídicos que suponen una transmisión de bienes con ocasión de la muerte que transcurren por cauces diversos a la sucesión *mortis causa*, sin embargo, la diversa naturaleza de los supuestos que comprende dificulta la posibilidad de extraer reglas generales. Por eso, desde el análisis de algunos supuestos concretos muy extendidos en el tráfico jurídico voy a plantear la repercusión que pueden tener en el ámbito sucesorio, especialmente, en el ámbito de la sucesión forzosa.

II. LA REGULACIÓN DEL SEGURO DE VIDA COMO REFERENCIA DE LOS INSTRUMENTOS DE PREVISIÓN

La regulación del contrato de seguro de vida contenida en los artículos 83 y ss. de la Ley de Contrato de Seguro (LCS) se convierte en régimen supletorio de otros contratos de ahorro y previsión, bien sea porque su normativa reguladora se remite a la misma, bien sea porque la jurisprudencia aplica estos preceptos por analogía, entendiendo que el artículo 2 LCS permite la aplicación del contenido de dicha ley a otras modalidades de seguro para las que no haya previsión legal específica.

La normativa reguladora de la sucesión *mortis causa* prevista en el Código Civil no contiene ninguna mención al seguro de vida, los planes y fondos de pensiones, etc.; pero tampoco resulta necesario, desde el momento en el que recoge de manera general los criterios de validez de los actos del causante cuando prevé que nadie puede disponer gratuitamente de más de lo que puede dar por muerte (artículo 636 CC); y, cuando así sea, una vez computada la masa hereditaria en la manera que indica el artículo 818 CC, si no hay bienes suficientes para pagar la legítima se podrá ejercitar la acción de reducción de donaciones inoficiosas. De este modo, se sientan las bases o principios para su protección, lo que debe servir como pauta para interpretar la validez de los denominados negocios de transmisión *post mortem* distintos o alternativos al testamento, así como se convierte en canon de interpretación del resto de normas que determinen la eficacia de dichos negocios.

En este sentido, las normas señaladas deben ser tenidas en cuenta para interpretar el incomprometido artículo 88 LCS que sí hace referencia al seguro de vida, instrumento

de previsión por excelencia, en su conexión con las legítimas. Digo incomprendido y no incomprensible porque si tenemos en cuenta dichos principios el precepto señalado no requiere interpretación alguna, por cuanto las variadas interpretaciones de la norma dificultan su comprensión. Precisamente, el artículo 88 LCS representa la única norma que disciplina la cuestión, lo que se convierte en referencia, no siempre acertada, del resto de instrumentos.

El artículo 88 LCS contiene dos reglas que debemos conectar: la primera es la denominada inmunidad del derecho del beneficiario y la segunda es la posibilidad de recuperar por parte de acreedores y legitimarios las primas pagadas fraudulentamente. Esta segunda regla, que resulta ser una excepción de la regla general, exige una correcta y coherente interpretación no sólo con la naturaleza del contrato de seguro sino con las normas configuradoras de la legítima.

El seguro de vida aparece como el contrato oneroso a favor de tercero por excelencia, a través del cual el tomador del seguro protege al beneficiario ante la contingencia de su fallecimiento, pactando a su favor una indemnización para el caso de fallecimiento⁹. Precisamente, éste provoca dos efectos: la apertura de la sucesión del fallecido y el derecho a exigir la prestación del seguro por parte del beneficiario. La finalidad del seguro de vida lo convierte en el instrumento de previsión por excelencia. El tomador no busca transmitir sus bienes al beneficiario en caso de fallecimiento, que puede ser también una voluntad coincidente, sino que lo que quiere es protegerle ante la situación patrimonial que pueda derivarse de su muerte contratando a su favor un seguro de vida en el que el asegurador queda obligado a pagarle una indemnización. Es una forma de garantizarle que recibirá bienes a su fallecimiento, pues, aun teniendo el beneficiario también la condición de sucesor, en este caso no puede afirmarse que vaya a recibir algún bien, por cuanto esto dependerá de la existencia de bienes en el patrimonio hereditario y de la inexistencia de deudas que hagan menguar o, incluso, desaparecer el patrimonio hereditario.

Se ha escrito mucho sobre el contrato de seguro de vida, por lo que huelga repetir argumentos sobre la naturaleza del contrato, efectos, sujetos, etc., solo recuperar aquéllos con el fin de poner de manifiesto que el seguro de vida es una modalidad del contrato de

⁹ Espejo Lerdo de Tejada (1999: 110).

seguro en el que se incluye una cláusula a favor de tercero¹⁰. Las partes contratantes y obligadas al cumplimiento de las obligaciones son el tomador, que debe pagar el precio de la prima, y el asegurador, quien debe pagar a la persona designada por el tomador la indemnización cuando se produzca el fallecimiento de aquél. En vida, el tomador tiene obligación de pagar la prima acordada y el derecho a designar al beneficiario, pero no puede exigir contraprestación alguna. Las primas que paga tampoco se consideran un activo de su patrimonio; por lo tanto, el contrato tiene carácter oneroso para él, al suponer una disminución patrimonial a través del pago de la prima o primas. Por su parte, el asegurador, vigente la póliza, tiene derecho a exigir el pago de la prima y asume la obligación de pagar la indemnización en el momento señalado, que es la muerte del tomador; hasta ese instante, las primas van ingresando en su patrimonio. Finalmente, el beneficiario nada tendrá que realizar en vida del tomador¹¹, ya que su derecho a la indemnización no será exigible hasta el momento del fallecimiento del tomador, previa aceptación¹².

Consecuencia del carácter aleatorio del contrato de seguro debe afirmarse que las primas pagadas no se corresponderán con la indemnización, siendo ésta generalmente de importe superior al precio del contrato¹³. El seguro de vida no es un instrumento de ahorro en el que el tomador vaya aportando bienes para asegurar su transmisión en el momento de la muerte; tampoco es un producto de inversión en el que el tomador inyecta parte de su patrimonio con el fin de obtener una rentabilidad, sino que es el instrumento de previsión por excelencia con el que el sujeto se asegura que la indemnización pactada,

¹⁰ Macías Morillo 2020: 582. Esta autora se refiere al seguro de vida como ejemplo por excelencia de estipulación a favor de terceros *post mortem*.

¹¹ En opinión de Cantero Núñez (2005: 683) «El beneficiario en vida del asegurador es, a lo más, titular de una simple expectativa que, de momento, carece de contenido patrimonial». Espejo Lerdo de Tejada (1999: 109), al referirse a los contratos *trans mortem*, definía la situación del tercero señalando que «aunque el tercero beneficiario no tenga certeza de la definitiva adquisición de bienes o derechos concretos es titular de un derecho expectante que puede defender frente al promitente».

¹² De Barrón Arniches (2022: 134) pone de manifiesto lo que, sin duda, es una de las claves para adoptar una solución respecto a la relación de la sucesión de una persona y el seguro de vida contratado por ella cuando señala que «el seguro origina una prestación nueva que obliga a la aseguradora en vista de su relación contractual, de manera que el beneficiario no recibe un capital preexistente que antes hubiera pertenecido al causante».

¹³ Así será en la mayoría de los supuestos, sin olvidar el carácter aleatorio del contrato, que viene determinado por la incertidumbre del momento del fallecimiento del tomador; por ello, cuantos más años viva el beneficiario la diferencia entre las primas pagadas y el importe de la indemnización será menor y viceversa.

que no forma parte de su patrimonio, se entregará al beneficiario¹⁴. Precisamente, en función de la indemnización pactada, así como otras circunstancias concurrentes (edad del tomador, posibles enfermedades, actividades de riesgo para la vida), se calcula el precio del contrato¹⁵. No pueden negarse dos cosas: que el seguro es contrato oneroso y que la indemnización la recibe de manera gratuita el beneficiario, por cuanto no hay contraprestación alguna por su parte. Puede entenderse que es por ello que el art. 88 LCS reconoce la inmunidad de la indemnización frente a la herencia¹⁶.

El contenido del artículo 88 LCS cuando dispone la inmunidad del derecho del asegurado parece obligado, por cuanto la indemnización recibida no procede del patrimonio del causante-tomador, sólo disminuyen el mismo las primas pagadas, lo que determina que el desplazamiento patrimonial tenga para él causa onerosa¹⁷. Por ello, el

¹⁴ Albiez Dohrmann (2005: 23). Es importante, como pone de manifiesto, este autor que la atribución no entra en el caudal relicto del causante, por lo que no es herencia. Como señala Boldó Rueda (2005: 3), entre otros, se trata de un derecho propio del beneficiario.

¹⁵ Artículo 83 LCS: «Son seguros sobre la vida aquellos en que, cumpliendo lo establecido en los párrafos anteriores, la prestación convenida en la póliza ha sido determinada por el asegurador mediante la utilización de criterios y bases de técnica actuarial». La STS 107/2015 de 12 de marzo (ECLI:ES:TS:2015:1411) concreta que «En la determinación del riesgo asegurado, cuya ausencia ha declarado la sentencia recurrida, tienen trascendencia las bases actuariales que tomen en consideración no solo el sexo y la edad del asegurado, como con insistencia afirma la recurrente, sino también otros elementos tales como el estado de salud del asegurado, fundamental para la aplicación de la técnica actuarial mediante la combinación de elementos biométricos, relativos a la duración esperada de la vida, y financieros, como es el tipo de interés técnico. Sin embargo, la hoy recurrente no realiza ninguna referencia concreta a la existencia de tales elementos técnicos actuariales, o de un cuestionario de salud o una revisión médica. Por sí solas, la mención en la póliza al sexo y la edad del asegurado, y la genérica remisión a la “provisión matemática” al regular el valor del rescate, son insuficientes para determinar la existencia de riesgo que justifique la naturaleza de seguro del contrato concertado, teniendo además en cuenta el elevado importe de la prima y de las cuantías aseguradas».

¹⁶ Son muchas las sentencias que han confirmado esta posición del beneficiario, como la STS 243/2003 de 14 marzo (ECLI:ES:TS:2003:1735): «Aquí estamos ante un contrato de seguro de vida sometido a la disciplina de la Ley 50/1980, de 5 de octubre, y hace aplicable el artículo 88, que hay que relacionar con el 7, en cuanto preserva los derechos de los beneficiarios, al disponer imperativamente que la prestación del asegurador deberá de ser entregada al designado beneficiario, el que dispone a su favor de un derecho propio y autónomo frente al asegurador, al ostentar el crédito condición de estar dotado de primacía. Este crédito del beneficiario se manifiesta prevalente y excluyente respecto a los herederos legítimos del tomador, ya que el referido artículo 88 establece que la prestación ha de serle satisfecha *aun* contra las reclamaciones de aquéllos, a los que sólo les asiste el derecho al reembolso de las primas abonadas por el contratante en fraude de sus derechos. El beneficiario es distinto de los herederos, aunque puedan coincidir y las cantidades que como beneficiario del seguro ha de percibir son de su exclusiva propiedad». En el mismo sentido, la SAP Barcelona, Secc. 14ª, 659/2017 de 21 diciembre (ECLI:ES:APB:2017/:12205), sobre imputación en la herencia del dinero recibido por la viuda del progenitor de los demandantes: «Y es que, si se mira bien, esa conclusión o distinción doctrinal y legal cuadra con el concepto mismo de herencia en el art. 659 del CC, comprendiendo todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte, de dónde la condición de beneficiario del seguro de vida no formaba parte de ese patrimonio hereditario del causante fallecido por la simple razón que ese valor patrimonial, la indemnización asegurada, no nació hasta precisamente ocurrir el deceso del asegurado a la vez causante hereditario, y nunca antes».

¹⁷ SAP Barcelona, Secc. 16ª, 297/2010, de 25 mayo (ECLI:ES:APB:2010:5369): «Sentado cuanto antecede, es principio inconcuso de derecho sucesorio que en la operación de determinación del caudal relicto para

negocio está blindado frente a la herencia¹⁸. La configuración de la herencia en nuestro ordenamiento no limita, como no podía ser de otro modo, las disposiciones *inter vivos* del sujeto; la herencia de una persona será el patrimonio que tenga en el momento del fallecimiento, sin que puedan mermarse las facultades dispositivas en vida con el fin de asegurar un contenido mínimo que proteja los derechos de los legitimarios¹⁹. No se limitan, por tanto, ni las disposiciones onerosas ni siquiera las gratuitas, sólo estas últimas se tendrán en cuenta en el momento de calcular las legítimas con el fin de evitar que el sujeto pueda eludir mediante actos dispositivos lucrativos las rígidas normas del sistema de sucesión forzosa, lo que resulta obligado, por otra parte, una vez que la sucesión forzosa es la opción de política legislativa elegida. Por ello, la previsión del art. 88 LCS resulta coherente.

No obstante, ante la posibilidad de que el tomador contrate el seguro no sólo con la idea de beneficiar al tercero sino con la intención de reducir sensiblemente o vaciar su patrimonio para que en el momento de su fallecimiento no queden bienes y, por tanto, los sucesores forzosos no puedan recibir nada o reciban lo menos posible, se establece que cuando el contrato se haya celebrado en fraude de terceros (acreedores o legitimarios) se podrá exigir el reintegro de las primas. Prevé el artículo 88 LCS una acción rescisoria especial, por cuanto se dirige a recuperar el precio pagado por el tomador en caso de fraude, siendo el beneficiario del seguro quien debe reintegrar el precio²⁰.

el cálculo de la legítima global (art. 355, 1ª CS) no ha de incluirse el capital de los seguros de vida, ya que el beneficiario adquiere ese capital en virtud de una relación contractual aleatoria y no por vía sucesoria. Buena prueba de ello es que la propia Ley de contrato de seguro establezca, para los seguros sobre la vida, que en caso de falta de beneficiario designado en el momento de fallecimiento del asegurado, «el capital formará parte del patrimonio del tomador» (art. 84 III LCS), con lo que está indicando que si existe un beneficiario el capital del seguro pertenece a éste por vía contractual y no sucesoria, lo que se corrobora también cuando la propia ley preceptúa que «la prestación del asegurador deberá ser entregada al beneficiario, en cumplimiento del contrato, aun contra las reclamaciones de los herederos legítimos y acreedores de cualquier clase del tomador del seguro (art. 88 I, primer inciso, LCS)».

¹⁸ En este sentido, ni el importe de la indemnización ni siquiera el de las primas computa, ni se imputa ni puede reducirse para el pago de las legítimas (Macías Morillo, 2020: 585).

¹⁹ Represa Polo (2019: 114): «La ausencia de limitación a las facultades dispositivas del causante en vida resulta obvia: primero porque el acto oneroso no entraña ningún riesgo para el patrimonio del causante, el valor de la contraprestación reemplazará el valor del bien transmitido; segundo, porque el legitimario no tienen ningún derecho asegurado sobre el patrimonio del causante, de manera que si se produce la apertura de la sucesión y el patrimonio hereditario es inexistente o muy reducido, pese a que el causante en vida haya disfrutado de un patrimonio considerable, poco podrán hacer los legitimarios». Previamente, ya había confirmado esta idea Cristóbal Montes (1989: 1868). «En efecto, el hecho de ostentar la condición de deudor no supone que el sujeto jurídico sufra ninguna limitación objetiva en cuanto a sus facultades de disposición; el mismo puede seguir realizando toda suerte de actos jurídicos con indiferencia de cómo incidan los mismos en la esfera jurídica de sus acreedores».

²⁰ Arnau Raventós (2022: 157-161), quien califica la acción como acción personal.

La norma señala expresamente la necesidad de que exista fraude, por lo que debe rechazarse el automatismo con el que algunas instancias judiciales aplican la norma, obligando al beneficiario a reintegrar las primas en todo caso con el fin de asegurar el cobro de la legítima²¹. Esta postura judicial supone una ultraprotección de la legítima, ya que determina que el importe de las primas se compute de manera objetiva en todo caso para el cálculo de la legítima. El exceso de protección se refleja también en la postura de REGLERO CAMPOS, quien afirma que cuando el artículo 88.2 LCS exige la concurrencia de fraude, éste debemos referirlo sólo a los acreedores; en el caso de los legitimarios es suficiente el perjuicio objetivo que se da siempre y se corresponde con las primas pagadas²².

Sin embargo, la letra del precepto es clara, y donde el legislador no distingue no debemos hacerlo nosotros otorgando una protección mayor al legitimario que al acreedor. Por lo que en ambos casos será necesario el fraude, que se materializará en la voluntad del tomador de lograr su despatrimonialización a través del pago de las primas, de manera que cuando se produzca su fallecimiento no queden bienes en su herencia, evitando así que los bienes, que de no haber contratado el seguro hubieran quedado en su patrimonio, los reciban los legitimarios²³.

Por tanto, en síntesis, el artículo 88 LCS declara, en primer lugar, la inmunidad del derecho a la indemnización del beneficiario del seguro. Su posición será intocable y tendrá derecho a la indemnización en todo caso: aunque no haya bienes en la herencia

²¹ Tirado Suárez (1999: 1652) interpreta el artículo 88 LCS de una manera errónea, entiendo, por cuanto afirma que «el montante de las primas pagadas satisfechas equivale el fraude, lo que prácticamente lleva a computar en todo caso en la herencia del tomador ese importe. El error reside en que el fraude ni debe presumirse ni está presente en todo acto dispositivo del causante, los legitimarios no tienen asegurado nada en la herencia, ni ningún otro heredero, que haga adoptar medidas asegurativas, o de reintegro o reconstrucción del patrimonio del causante en vida. Concebirlo así supone conceder una protección al heredero forzoso que no está en la mente del legislador. Según se argumenta en la SAP Barcelona, Secc. 14ª, 659/2017 de 21 diciembre (ECLI:ES: APB:2017/:12205): «Derecho que es oponible frente a acreedores y herederos. Ahora bien y, en segundo lugar, el derecho a percibir íntegra la prestación tiene un límite sólo para el caso de fraude. Si ese derecho es oponible a los herederos y solo el fraude de sus derechos puede limitarlo, indudablemente deberá considerarse ese fraude en caso de que el importe de las primas perjudique la legítima». ¿Qué es perjudicar las legítimas? Que no haya dinero para pagarlas, pero en este caso porque se haya dispuesto fraudulentamente del dinero, si no ya está regulada la acción de reducción de carácter objetivo y no se hubiera dicho nada al respecto. En esta sentencia se condena a restituir una parte cuando el tomador había consumido la otra, es decir, si sobrevivió al producto todavía más difícil presumir el fraude.

²² Reglero Campos (1997: 238).

²³ Como explica Arnau Raventós (2022: 157-161), la única diferencia entre acreedores y legitimarios es el momento en el que pueden hacer eficaz su derecho: los primeros podrán impugnar el contrato en vida, una vez prueben el fraude, mientras los legitimarios tendrán que esperar al momento de fallecimiento del tomador y apertura de su herencia.

para los sucesores; pese a que los legitimarios reciban una cuantía en pago de su derecho inferior a la que recibe el beneficiario; también cuando el beneficiario sea sucesor e incluso renuncie a la herencia²⁴. Consecuentemente, recibirá la indemnización, aunque haya sido desheredado o declarado indigno, al menos cuando la designación en la póliza lo sea a título nominativo; cuando, por el contrario, se haya nombrado de manera genérica aludiendo a los herederos, al no tener esta condición ni el indigno ni el desheredado, no podrán recibir la indemnización.

Sin duda, no se escapa al legislador que la contratación del seguro puede ser perjudicial para los intereses de los legitimarios, en el sentido de que las primas pagadas en cierta forma condicionan el patrimonio hereditario, pero, consciente que frente a los actos onerosos del causante sólo se puede actuar en caso de fraude, prevé que, en este supuesto, las primas se reintegren al patrimonio hereditario con el fin de garantizar la neutralidad de la disposición. En este sentido, señala que, no obstante, cuando el tomador haya buscado el fraude con la contratación del seguro, es decir, cuando haya intentado eludir el pago de la legítima o, lo que es lo mismo, ignorar las normas imperativas que limitan la disposición *mortis causa* del causante buscando su despatrimonialización, el legitimario tendrá derecho a recuperar las primas²⁵.

²⁴ La adquisición se produce por derecho propio, autónomo e independiente (Muñiz Espada, 1995: 1688). Veiga Copo (2021: 1056); Reglero Campos (1997: 214).

²⁵ Así lo defiende La Casa García (2015: 131), también López Richart (2003: 284), o Veiga Copo (2006: 217). Por su parte, Boldó Roda (2005: 12) añade «Y es que aun siendo heredero o reuniendo la condición de heredero, acéptese o no la herencia, la condición asimismo de beneficiario no se yuxtapone ni solapa a aquélla, siendo inmune la una de la otra, con independencia de que sobre todo en las designaciones testamentarias de beneficiarios se designe a éstos genéricamente con referencia a «mis herederos» o formas análogas. La condición de beneficiario y la de heredero aun en la misma persona y por mucho que parezcan indisociables la una de la otra no tiene efectos transversales, pudiendo el beneficiario renunciar a la herencia y cobrar íntegramente la suma aseguradora». SAP Islas Baleares de 23 julio 2014 (AC 1279/2014; ECLI:ES: APB:2017:12205): «Se debe tomar en consideración lo establecido específicamente en relación con el seguro de vida en el repetido art. 88 de la Ley de Contrato de Seguro, según el cual, en primer lugar, el beneficiario tiene derecho a percibir íntegramente la indemnización o prestación correspondiente. Derecho que es oponible frente a acreedores y herederos. Ahora bien, y en segundo lugar, el derecho a percibir íntegra la prestación tiene un límite sólo para el caso de fraude. Si ese derecho es oponible a los herederos y solo el fraude de sus derechos puede limitarlo, indudablemente deberá considerarse ese fraude en caso de que el importe de las primas perjudique la legítima. En otro caso no existiría fraude, pues la posibilidad de excluir la colación constituye un derecho que no puede entenderse que perjudique derechos intangibles, salvo el límite de las legítimas. Otra interpretación defraudaría la propuesta principal del mencionado art. 88, cual es que el beneficiario tiene derecho frente a herederos y acreedores a percibir la prestación íntegra. Si se colaciona el importe de las primas no se percibiría la totalidad de la prestación, pues quedaría integrado en el haber del beneficiario y coheredero. Por tanto, desde la propia integración interpretativa del art. 88, sólo en caso de perjuicio de las legítimas, que constituye un derecho intangible, cabe entender que opera la cláusula fraude a la que se refiere el art. 88».

La solución del artículo 88 LCS entendida en estos términos parte de la idea de concebir el contrato de seguro de vida como un contrato oneroso a favor de tercero, cuya eficacia sólo podría atacarse en la medida que se haya celebrado en fraude de legitimarios o acreedores²⁶. Esta posición coincide con la opinión defendida por muchos autores y la jurisprudencia según la cual el derecho del beneficiario es un derecho propio y autónomo, que lo adquiere directamente, una vez acepta la estipulación a su favor, sin que se produzca una transmisión desde el patrimonio del tomador²⁷. Precisamente, esta postura permite justificar que la atribución que recibe el beneficiario sea ajena a la sucesión *mortis causa* del tomador y sólo pueda impugnarse en el caso que prevé el artículo 88 LCS.

Sin embargo, la tesis anterior no es la interpretación que ha asumido toda la doctrina. Así, es posible identificar una posición que pone el foco en la relación de valuta, que subyace en el seguro de vida, entendiendo que el beneficiario adquiere de forma gratuita, lo que no es controvertible por cuanto recibe sin contraprestación alguna en su patrimonio. Esta teoría defiende que en el contrato de seguro de vida existe una verdadera liberalidad; algunos hablan de donación *mortis causa*, además le añaden la condición de

²⁶ La LCS regula esencialmente las relaciones entre las partes del contrato de seguro sin atender a la relación o causa de atribución entre tomador y beneficiario, por lo que la previsión del artículo 88 LCS parecería coherente por contenerse dentro del régimen jurídico del contrato de seguro, en concreto al regularse los derechos y obligaciones de las partes (Cantero Núñez, 2005: 653).

²⁷ En este sentido, lo defienden numerosos autores: Tirado Suárez (1999:1642), Albiez Dohrmann (2005: 631), Martín Bernal (1985: 354), Acosta Mérida (2005: 65), Pérez Conesa (1999:41-42), De Barrón Arniches (2022:132-133), González Pacanowska (2005: 403), Serrano de Nicolás (2022: 844). La jurisprudencia ha entendido que en el seguro de vida o de accidentes, el derecho del beneficiario no depende de su condición de heredero del fallecido, sino de su designación como tal beneficiario en la póliza. En este sentido, la STS 243/2003 de 14 marzo (ECLI:ES:TS:2003:1735) declaró que el artículo 88 LCS otorga al beneficiario un crédito: «Aquí estamos ante un contrato de seguro de vida sometido a la disciplina de la Ley 50/1980, de 5 de octubre, y hace aplicable el artículo 88, que hay que relacionar con el 7, en cuanto preserva los derechos de los beneficiarios, al disponer imperativamente que la prestación del asegurador deberá de ser entregada al designado beneficiario, el que dispone a su favor de un derecho propio y autónomo frente al asegurador, al ostentar el crédito condición de estar dotado de primacía. Este crédito del beneficiario se manifiesta prevalente y excluyente respecto a los herederos legítimos del tomador, ya que el referido artículo 88 establece que la prestación ha de serle satisfecha aún contra las reclamaciones de aquéllos, a los que sólo les asiste el derecho al reembolso de las primas abonadas por el contratante en fraude de sus derechos. El beneficiario es distinto de los herederos, aunque puedan coincidir y las cantidades que como beneficiario del seguro ha de percibir son de su exclusiva propiedad». En la misma dirección, la STS 1158/2007, de 8 noviembre (ECLI:ES:TS:2007:7761) consideró que «el derecho a percibir la indemnización como beneficiario de una prestación prevista para el caso de fallecimiento por accidente conceptualizada como prestación básica a favor del mutualista se encuadra dentro de las relaciones entre éste como tomador del seguro (y asegurado) y la mutualidad como aseguradora, por lo que la determinación de a quién corresponde dicha condición debe regirse por las normas del contrato de seguro, adaptadas a la concurrencia simultánea de la condición de tomador del seguro y asegurado en el mutualista, quien ostenta el derecho a la libre elección de los beneficiarios, con las limitaciones que deriven del orden de prelación establecido en los estatutos, habitualmente previsto para los casos en que falta una voluntad expresa del mutualista».

indirecta, calificación principalmente atribuida a VALLET DE GOYTISOLO²⁸. En este sentido, entender que con la designación de tercero se produce una liberalidad al beneficiario del seguro, al margen del calificativo que le demos, implica afirmar que como tal debe recibir el tratamiento de los actos gratuitos en la herencia del causante²⁹. Esta teoría, además, lleva necesariamente a concebir que se produce una adquisición derivativa de un derecho del patrimonio del tomador al del beneficiario³⁰.

En este caso, defender este planteamiento necesariamente conduce a concluir que el artículo 88 LCS representa una excepción a las normas de computación, imputación y reducción de donaciones, ya que la calificación como indirecta no altera su naturaleza como acto gratuito por lo que debe someterse a aquéllas³¹; de manera que al exigirse el fraude distorsiona el sistema, por cuanto el ordenamiento reacciona frente a los actos gratuitos del causante a través del reconocimiento de la acción de reducción de donaciones inoficiosas, que obliga a computar el importe de las liberalidades en la herencia del causante para el cálculo de la legítima en todo caso, sin que sea necesario que exista voluntad fraudulenta, bastando el perjuicio objetivo, es decir, que no haya bienes para el pago de la legítima³².

Por tanto, si la transmisión se considera acto gratuito no se entiende el contenido del artículo 88 LCS, que se convierte en una excepción a las normas del derecho sucesorio, que declara inmune no sólo la indemnización sino también las primas, exigiendo para su computación y reducción la necesidad de voluntad fraudulenta³³. En

²⁸ Vallet de Goytisoló, 1978: 322.

²⁹ Así Acosta Mérida (2005: 102) o Callejo Rodríguez (2005: 201). Destaca al respecto la posición de Tirado Suárez (1999:652), quien después de afirmar que el derecho del beneficiario es un derecho propio y autónomo califica la transmisión como donación indirecta de las primas, y como tal deben tratarse en la herencia del tomador.

³⁰ Pérez Conesa (1999: 295). La autora critica la postura de quienes entienden que estamos ante una transmisión sucesoria argumentando que la suma asegurada la recibe directamente del asegurador.

³¹ Según Albaladejo García y Díaz Alabart (2006: 64), sólo podemos hablar de donación indirecta en la medida que admitamos la categoría de negocio indirecto, que sería aquél en el que «el fin típico del negocio, también llamado fin indirecto se alcanza mediante el negocio utilizado». Así, pues, el término indirecto sólo significa que se ha perseguido la liberalidad mediante un negocio con el que habitualmente no se obtiene, debiendo diferenciarse la causa del negocio celebrado de los motivos o finalidad que buscan las partes (Ortega Pardo, 1949: 954). De manera que cuando la causa sea verdaderamente el ánimo de liberalidad, aunque se concluya otro negocio nos encontraremos ante una donación sin necesidad de añadir calificativo alguno (Albaladejo García y Díaz Alabart, 2006: 65-66).

³² Represa Polo (2017: 139).

³³ Tarabal Bosch (2022: 48) apuesta por la calificación como donación *mortis causa*, habla de régimen privilegiado del donatario. Egusquiza Balmaseda (2017:693) entiende que a las donaciones indirectas se le aplica las normas de computación, imputación y reducción. Puede consultarse su estudio sobre las donaciones indirectas.

este sentido, la tesis de la donación perdería consistencia por cuanto no siendo necesario el fraude para reducir las donaciones no se entiende que se exija éste para la protección de los legitimarios cuando, precisamente, la dificultad de prueba del fraude disminuye su protección y puede hacer inviable en muchos casos la recuperación de las primas³⁴. Salvo que se sortee el mismo, como hemos visto, como recogen algunas sentencias partiendo del perjuicio objetivo a la legítima.

Precisamente, para salvar estas dificultades, VALLET DE GOYTISOLO afirma que la justificación a esta previsión legislativa debe encontrarse en la necesidad de impulsar el desarrollo del contrato de seguro, ya que si quedara dentro de la órbita de la regulación de las normas de protección de legitimarios el interés en su contratación disminuiría³⁵. En definitiva, el propio fin social que desarrolla el seguro de vida justificaría que la adquisición gratuita del beneficiario quede al margen del derecho sucesorio, por cuanto, precisamente, la finalidad previsora que ofrece el contrato al tomador, asegurando la entrega de un capital al beneficiario en caso de fallecimiento, quedaría cuestionada y con ella el desarrollo del contrato en el tráfico jurídico. El hecho de saber el tomador que está asegurando al beneficiario el pago de la indemnización, al margen de cuál sea el devenir de su herencia, seguramente se convierta en la principal causa de su contratación. Si existiera la posibilidad de que aquélla quedara a expensas de acreedores y legitimarios buscaría la protección del tercero por otras vías y el desarrollo del seguro de vida no hubiera tenido el desarrollo que ha tenido.

Por tanto, si bien es cierto que no puede negarse que el beneficiario adquiere a título gratuito, que recibe el resultado económico del seguro como contrato aleatorio, no es menos cierto que su derecho se fundamenta en un derecho propio u originario³⁶, lo que unido a la indiscutible onerosidad del contrato para el tomador, justifica que se prevea tanto la inmunidad de la indemnización como el sometimiento de las primas a la posible agresión de los legitimarios y acreedores en los casos de fraude.

³⁴ La Casa García (2015: 131), López Richart (2003: 284), Veiga Copo (2007: 217), Boldó Roda (2005: 12).

³⁵ Vallet de Goytisolo (1978: 237). Cantero Núñez (2005: 654), al explicar la evolución del reconocimiento legislativo del seguro de vida, también destaca que el éxito de la institución dependía del reconocimiento del derecho a la indemnización del asegurado como derecho autónomo.

³⁶ En el mismo sentido, lo han defendido autores como De Barrón Arniches (2022: 134), La Casa García (2015: 119) y Tirado Suárez (1999: 1641). Este último autor defiende que nos encontramos ante una adquisición originaria por cuanto el beneficiario adquiere directamente del patrimonio del asegurador.

La acción de reintegro de las primas del seguro en caso de fraude no coincide con la acción de reducción de donaciones inoficiosas. Esta parte de un perjuicio objetivo para el legitimario, no hay bienes suficientes en la herencia para el pago de la legítima debido a que el causante ha dispuesto en vida de más de lo que podría disponer en testamento, en cuyo caso al margen de cual haya sido su voluntad podrá reducirse la donación. Por el contrario, la acción del artículo 88 LCS parte de la intencionalidad del causante, quien ha querido perjudicar a los sucesores forzosos; por lo que cuando el contrato se celebre con esa finalidad y logre probarse el fraude³⁷, aunque haya bienes en la herencia podrá ejercitarse la acción de reintegro de las primas pagadas³⁸.

III. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 88 LCS A OTROS INSTRUMENTOS DE PREVISIÓN Y AHORRO

Más allá del seguro de vida tradicional, al que nos hemos referido, existen distintos negocios desarrollados en la práctica comercial del sector asegurador y financiero, bien para canalizar los ahorros de los sujetos en previsión de diversas contingencias, distintas a la muerte o combinándola con ésta, bien para rentabilizar dichos ahorros para un momento posterior. Sin ser la finalidad de su contratación en la mayoría de los supuestos beneficiar o proteger a un tercero, es cierto que han incorporado en su clausulado la posibilidad de que ante el fallecimiento del titular un tercero adquiera el producto resultante del mismo.

En este sentido, interesa referirse a ellos con el fin de comprobar si estas disposiciones con eficacia tras la muerte del disponente quedan subsumidas dentro del régimen sucesorio o, por el contrario, transcurren de manera alternativa o mejor dicho ajena al mismo.

³⁷ Veiga Copo (2021:1038) reconoce que puede atacarse el derecho del beneficiario si se prueba el fraude. La STSJPV 1277/2010, de 4 mayo (ECLI:ES: TSJPV:2010:1664) considera que las primas pagadas por el causante deben computarse en su herencia al quedar probado el carácter fraudulento de la contratación.

³⁸ «Entender que la donación realizada con la intención de perjudicar los derechos de los legitimarios es nula por ilicitud causal permite dejar sin efecto a aquélla al margen de que las partes consigan su propósito o no, por cuanto ya en vida del donante podrán los potencialmente legitimarios impugnar la donación, sin ni siquiera tener interés legítimo para ello, ya que lo mismo no llegan a convertirse en herederos forzosos o adquiriendo tal condición el donante al fallecer es titular de un patrimonio suficiente para garantizar las legítimas, e, incluso, permitiría al propio donante impugnar la donación y dejarla sin efecto posteriormente alegando esa causa ilícita, lo que en definitiva supondría una revocación de la donación, eludiendo así todas las normas sobre revocación de las donaciones» (Represa Polo, 2017: 139).

Es difícil referirse de forma general a todos estos productos por la diversa configuración de unos y otros³⁹. Estamos pensando en planes y fondos de pensiones, ya de por sí con mucha variedad dentro de la categoría, seguros de prima única en su modalidad ahorro inversión⁴⁰, planes de ahorro a largo plazo, seguros de renta vitalicia, etc. Pero todos parecen tener un denominador común que, en principio, les acercaría al seguro de vida: contener una disposición a favor de tercero para el caso de muerte del disponente.

De acuerdo con lo expuesto, no cabe duda que cuando el titular de un plan de pensiones dispone que en caso de producirse su fallecimiento su voluntad es que adquieran los derechos derivados del contrato sus hijos, o cuando el titular de un seguro de vida en su modalidad de ahorro inversión establece que si fallece antes del tiempo pactado la indemnización se pague a su cónyuge, en ambos casos nos encontramos ante una estipulación a favor de tercero; que nos lleva a diferenciar, de nuevo, entre relación de cobertura y relación de valuta, siendo esta última la que origina la adquisición, generalmente a título gratuito. En este sentido, debemos calificar esa transmisión para determinar si la transmisión es *mortis causa* o, aunque la muerte sea su causa de adquisición, la misma se desenvuelve al margen de aquélla y del régimen sucesorio.

El artículo 2 LCS dispone la aplicación analógica de la ley a aquellos seguros que no aparezcan expresamente regulados en la misma, por lo que cuando el producto o negocio tenga naturaleza asegurativa podrá aplicarse a la transmisión *post mortem* el contenido del artículo 88 LCS. En otros casos es la ley la que se refiere a la aplicación supletoria de la norma y, en otras ocasiones, como es el caso de los planes y fondos de pensiones, la jurisprudencia afirma que la transmisión una vez fallezca el titular queda al margen del Derecho de sucesiones⁴¹.

³⁹ Según Lacasa García «Unos y otros cubren no sólo el riesgo de vida, tanto en lo referente al fallecimiento, como a la supervivencia (que viene referida a la jubilación), sino también otros riesgos sobre las personas, generalmente con carácter adicional, como el de invalidez, en las diversas variantes contempladas, y el de dependencia severa o gran dependencia, como riesgos con sustantividad propia.» (Lacasa García 2015:89).

⁴⁰ Las sentencias de Audiencias, en su mayoría siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo contenida en la STS 1158/2007, de 8 noviembre (ECLI:ES:TS: 2007:7761), rechazan que nos encontremos ante un verdadero seguro y, por tanto, no debe aplicarse la normativa reguladora del mismo. Recientemente la SAP Madrid, Secc. 12ª, 324/2020, de 30 octubre (ECLI:ES:APM:2020:12420).

⁴¹ Precisamente, esta postura encontraría apoyo en el artículo 1.2 del Reglamento (UE) nº 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, norma que recoge la transmisión de los planes de pensiones al margen de la herencia.

Sin embargo, esta postura jurisprudencial varía según el producto ante el que nos encontremos; así se comprueba si nos fijamos en los productos que plantean una mayor litigiosidad: planes y fondos de pensiones, seguros de ahorro e inversión con pago de prima única.

III.1. Seguros de ahorro de prima única y seguros de renta vitalicia

Los seguros de ahorro de prima única, en cualquiera de sus modalidades, permiten al contratante aportar parte o todos sus ahorros como prima única con el fin de lograr una rentabilidad en el plazo pactado, en el que el asegurador deberá devolver la prima pagada y la rentabilidad correspondiente. No obstante, se prevé en el contrato que si el tomador fallece antes del término señalado para la restitución el importe correspondiente se entregue a un tercero. Esta modalidad de seguro ha tenido una alta litigiosidad al ser aprovechada en muchos casos para defraudar los derechos de los legitimarios. En este sentido, existe un supuesto que es repetido en múltiples sentencias de Audiencias Provinciales y del propio Tribunal Supremo, que podríamos resumir en la contratación por un octogenario de un seguro de ahorro inversión con pago de una única prima, ingente podríamos decir, coincidente prácticamente con la totalidad de su patrimonio, pactándose su recuperación en un plazo de 15 años, con una escasa rentabilidad a su favor, y si fallece antes nombra beneficiaria a su actual pareja, sea cónyuge o unión convivencial. Producido el fallecimiento del tomador, generalmente antes de recobrar el importe invertido o al poco de empezar a cobrarlo, es su pareja quien recibe una importante indemnización, mientras que los herederos encuentran que no hay bienes en la herencia por cuanto el patrimonio del causante fue invertido en dicho negocio⁴².

⁴² Como ejemplo del supuesto de hecho descrito pueden citarse los hechos que dan lugar a la STS 107/2015, de 12 de marzo (ECLI:ES:TS:2015:1411) en la que «D. Ezequiel, padre de los demandantes, concertó con la entidad “Cajamar Vida, S.A. de Seguros y Reaseguros” (en lo sucesivo, Cajamar Vida) un contrato denominado «seguro vida ahorro inversión» en cuya virtud entregó una prima única de 2.000.000 euros, fijándose como plazo de vigencia hasta el 9 de diciembre de 2007. Se pactó que, si sobrevivía a esa fecha, percibiría la indemnización de 2.098.428,26 euros, en tanto que, si fallecía antes, la beneficiaria del seguro, D^a Marcelina, recibiría una indemnización de 2.000.600 euros». Producido el fallecimiento de D. Ezequiel por un accidente durante la vigencia de la póliza, sus hijos interpusieron demanda solicitando la nulidad del contrato alegando que no se trataba de un seguro de vida por carecer de los elementos esenciales de aquél, que tenía la naturaleza de producto financiero por lo que el importe pagado debería reintegrarse en la herencia y si se entendía que el contrato era válido se considerase que se había producido una donación a favor de D^a Marcelina, por lo que debería reducirse la misma en cuanto fuera inoficiosa. El TS, asumiendo la calificación de instancia, entiende que la ausencia de riesgo esencial en cualquier seguro de vida determina que no pueda considerarse que existe dicho contrato por lo que «es correcta la apreciación de que la carencia de base técnica actuarial y de aplicación de un interés técnico supone que no hay un

En estos casos, la jurisprudencia entiende que estos contratos son un producto financiero, lo que determina su exclusión del ámbito de contratación de las aseguradoras de acuerdo con el artículo 5.1 a) Ley de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, de manera que su celebración por aquéllas causa su nulidad por ser contrario a una norma imperativa, por lo que la prima pagada pasa a formar parte de la herencia del causante⁴³.

La respuesta judicial resulta incuestionable; pero sin acudir a la falta de competencia de la aseguradora para la celebración del contrato podría llegarse a la misma solución. En este sentido, si estos productos no son seguros de vida sino un producto de inversión, lógicamente, forman parte del patrimonio del tomador por lo que a su fallecimiento integrarán su patrimonio hereditario. Por tanto, no puede aplicarse el artículo 88 LCS ni, por tanto, la inmunidad del derecho del beneficiario que prevé la norma, de manera que el importe invertido en el pago de la prima debe computar en la herencia del tomador. En este sentido, la consecuencia natural de la calificación como producto financiero, cuya titularidad corresponde al causante determina que tras su fallecimiento aquél forme parte del patrimonio hereditario.

Pero, incluso, si entendiéramos que el producto tiene naturaleza asegurativa y que, por tanto, entra dentro de la aplicación de su normativa reguladora, aunque el artículo 88 LCS dejara la transmisión al margen de la herencia, los aparentes indicios de fraude que concurren en todos los supuestos permitirían aplicar la segunda parte del artículo 88 LCS y computar en la herencia la prima pagada.

Precisamente, esta es la solución adoptada en el caso del seguro de renta vitalicia, en el que, partiendo de su naturaleza asegurativa por aplicación del artículo 2 LCS, queda sometido a la aplicación de dicha ley. En estos contratos el tomador puede pactar bien una renta periódica a su favor y para el caso que se produzca su fallecimiento que esa renta la reciba un tercero, durante un tiempo determinado que puede coincidir con la vida del beneficiario, o bien puede pactar las rentas a su favor y en caso de fallecimiento que el tercero reciba una indemnización. En cualquier modalidad, la naturaleza asegurativa del contrato no parece discutirse, por lo que aquél queda sometido a las reglas de la LCS.

desplazamiento del riesgo sobre la vida a la aseguradora que constituya la causa del contrato, con lo que falta este elemento necesario para que el contrato pueda ser considerado como un seguro de vida».

⁴³ SAP Zamora, Secc. 1ª, 201/2017, de 31 julio (ECLI:ES: APZA:2017:337); SAP Madrid, Secc. 18ª, 440/2017 de 21 diciembre (ECLI:ES:APM:2017:17163); SAP Barcelona, Secc. 1ª, 20/2013, de 23 enero (ECLI:ES:APB:2013:29); y SAP Barcelona, Secc. 16ª, 51/2019, de 31 enero (ECLI:ES:APB:2019:606).

Por tanto, las rentas percibidas por el tercero beneficiario de la póliza quedan al margen de la herencia, salvo en los casos de fraude en que deberán computarse las primas pagadas, con el descuento de las rentas que hubiera podido recibir el tomador. Es el caso de la SAP Islas Baleares de 23 julio 2014 (AC 1279/2014; ECLI:ES: APB:2017/:12205), en un supuesto en el que el tomador de la póliza, con 86 años, concierta un seguro de vida modalidad pensión vitalicia, en el que la aseguradora se compromete abonar una renta mensual al tomador cercana a los 1000 euros, y si fallece antes de cumplirse el plazo de 132 meses se designa beneficiaria del seguro a su esposa. Las rentas que se abonan en vida del tomador se ingresan en una cuenta de titularidad conjunta de los cónyuges. En este caso, la Audiencia entiende que el seguro se contrata con el fin único de hacer desaparecer el patrimonio del tomador del seguro, padre del demandante. El seguro y las rentas abonadas eran los únicos bienes de las que el padre era propietario y dadas las malas relaciones paterno-filiales se podía intuir la idea de perjudicar con ello su legítima, haciéndola prácticamente inexistente⁴⁴.

La solución, por tanto, depende de la calificación del instrumento de previsión ante el que nos encontremos, de manera que si no hay duda de su naturaleza asegurativa habrá que aplicar el artículo 88 LCS que conduce a blindar la adquisición frente a la herencia, sólo pudiendo reclamar acreedores y legitimarios en el caso de fraude. Pero, en el caso de determinadas modalidades de seguro que pueden facilitar el fraude, como así ha demostrado la práctica, la reclamación será más fácil que prospere que en el seguro de vida tradicional, en el que cuando su contratación haya sido en un momento distanciado temporalmente del fallecimiento, cuando el importe de las primas sea acorde a los gastos ordinarios de previsión, etc., la intención fraudulenta será más difícil de probar.

⁴⁴ En este sentido, interpreta el tribunal que el artículo 88 LCS «Se trata de una previsión normativa de derecho necesario que acude en defensa de la intangibilidad de la legítima, que de otro modo podría verse fácilmente burlada mediante la total o mayoritaria colocación del capital dinerario del causante en pólizas de vida. Protección de la legítima tanto más acusada en los seguros de prima única que en los de prima periódica, ya que en aquéllos la correspondencia entre el capital asegurado y la prima es mucho mayor que en los segundos; en los seguros sobre la vida para caso de muerte de prima periódica la aleatoriedad es mayor, ya que la prima total satisfecha dependerá a la postre de lo que el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura -fallecimiento del asegurado- diste en el tiempo de la fecha de inicio del seguro. En la póliza de seguro de vida de 27 de diciembre de 2005 se establece claramente que la renta se abonaría al propio asegurado y únicamente después del fallecimiento del mismo se abonaría a la Sra. Bárbara como beneficiaria, si el asegurado fallecía antes de finalizar el período mínimo garantizado. Por ello y teniendo en cuenta que al fallecimiento de D. Luis Manuel el 21 de diciembre de 2010, el capital inicial fue consumido por el propio tomador y asegurado en un 45%, tal como alega la parte demandada, la cantidad a reembolsar por parte de la Sra. Bárbara será de acuerdo con lo prevenido en el artículo 42 de la compilación Balear, la suma de 18.000.- euros».

III.2. Planes y fondos de pensiones

De acuerdo con lo explicado, el criterio para determinar si la prestación que recibe el beneficiario de un producto de previsión, ahorro o inversión queda al margen de las normas sucesorias es la naturaleza del producto contratado, en el sentido de que los contratos que tengan naturaleza asegurativa entran dentro del ámbito del artículo 88 LCS y, por tanto, sólo podrán computar en la herencia del tomador en caso de fraude. Por el contrario, cuando nos encontremos con un producto de carácter financiero cuya titularidad corresponde al estipulante, si se produce su fallecimiento y el producto resultante del mismo debe entregarse a un tercero, como la transmisión del patrimonio del fallecido al del beneficiario es directa, desaparecen las razones que justificaban el artículo 88 LCS, por lo que la transmisión queda sometida a las normas de la sucesión *mortis causa*. Siendo esta solución, en principio, indiscutible quedaría por resolver si integrándose el importe en la herencia, la disposición contractual designándose beneficiario sería eficaz y debería respetarse, salvo en lo que pudiera perjudicar a las legítimas, o, por el contrario, no se debe reconocer validez a la misma por cuanto la disposición contractual no es título para diferir la sucesión.

En cuanto a la naturaleza de los fondos y planes de pensiones, se acerca a los productos de inversión, y como tal las cantidades invertidas forman parte del patrimonio del aportante. En este sentido, producido su fallecimiento, el derecho a rescatar las cantidades aportadas debería computarse en la herencia del aportante. Sin embargo, el planteamiento de la jurisprudencia es distinto: cuando se produce el fallecimiento del titular de un plan de pensiones, el importe que corresponda rescatar del mismo no se integra en la herencia sino que va a parar directamente a la persona designada y sea cuál sea la tramitación de la herencia aquél puede exigir al promotor del plan, obligado al pago, el importe que corresponda.

Esta interpretación se pone de manifiesto en la STS 274/2021 de 10 mayo (ECLI:ES:TS:2021:1793), en la que, aunque se litigaba para resolver la condición de beneficiario y la interpretación de la cláusula contractual de designación, el Tribunal Supremo señala literalmente: «El derecho a las prestaciones correspondientes que se generen en cada plan a favor de los socios o partícipes previstas no se adquiere por vía de transmisión hereditaria; por ello, aun en los casos en que coincida la persona del

beneficiario y del heredero, el derecho a la prestación está sometido a sus propias reglas y no al régimen jurídico de la sucesión»⁴⁵.

Algunos autores, en línea con esta postura, han apuntado que debería aplicarse análogicamente el régimen del seguro de vida⁴⁶, pero no creo que exista la identidad de razón para aplicar a estos casos el artículo 88 LCS y apartar la transmisión del régimen del Derecho sucesorio. Si recordamos la razón que justifica que la indemnización que recibe el beneficiario del seguro de vida no integre la herencia del tomador es porque el derecho a la misma surge *ex novo*, no hay una transmisión directa del patrimonio del tomador al beneficiario, que se convierte en tercero en un contrato que por esencia es a favor de tercero. Sin embargo, en cualquiera de las modalidades de los planes y fondos de pensiones el derecho principal y originariamente surge en cabeza del contratante, pero se dispone que en caso de fallecimiento aquél lo adquiera el beneficiario. Por lo que la muerte de aportante no es sólo el momento a partir del cual surge su derecho sino la causa de la transmisión de un derecho que pertenecía al disponente⁴⁷; por tanto, si se transmite un derecho que estaba en el patrimonio del sujeto, necesariamente nos encontramos ante una transmisión *mortis causa* porque el patrimonio en vida pasa a ser patrimonio hereditario y como tal integrará el activo de la herencia⁴⁸.

Sin embargo, no sucede así en la práctica que se alinea con la postura jurisprudencial. Cuando se produce el fallecimiento del titular de un plan de pensiones, el importe que corresponda rescatar del mismo no se integra en la herencia, directamente lo adquiere la persona designada y sea cual sea la tramitación de la herencia del transmitente puede exigir al promotor del plan, obligado al pago, el importe que corresponda; de hecho, la adquisición ni siquiera tramita por el ISD sino por IRPF al

⁴⁵ El texto de la sentencia continúa reconociendo la aplicación a esta transmisión del artículo 88 LCS cuando dispone «Como de manera análoga se establece para el seguro de vida en el art. 88 de la Ley 5/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, y salvando las diferencias entre ambas figuras, la prestación deberá ser entregada al beneficiario en cumplimiento del contrato aun contra las reclamaciones de los herederos legítimos y acreedores del tomador del seguro, sin perjuicio de la exigibilidad del reembolso de las primas abonadas en fraude de sus derechos».

⁴⁶ Albiez Dohrmann (1998: 239) y Tirado Suárez (1999: 1632).

⁴⁷ Artículo 8.4 Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones: *La titularidad de los recursos patrimoniales afectos a cada plan corresponderá a los partícipes y beneficiarios*.

⁴⁸ Esta postura en parte es compartida por la STS 110/2019, de 20 de febrero (ECLI:ES:TS: 2019:516) en la que, aunque el fondo del asunto debatía sobre las condiciones de información y transparencia de la comercialización de un fondo de pensiones, el Tribunal, en sentencia de Pleno, reconoció que el derecho de reversibilidad a favor de la mujer pactado por el titular del fondo, que había optado por la forma de pago de renta asegurada, es transmisible a sus herederos hasta agotar las primas pactadas.

considerarse un rendimiento de trabajo. Puede, incluso, el beneficiario trasladar los fondos que le corresponden a otro plan de pensiones, de manera que no queda sujeto a la agresión de acreedores y legitimarios.

En este sentido, la situación sería la misma que la derivada del artículo 88 LCS. Sin embargo, el punto de partida no es el mismo, por cuanto en estos supuestos se produce la transmisión de un derecho que antes del fallecimiento ya pertenecía al transmitente⁴⁹.

La postura jurisprudencial sobre la transmisibilidad de la titularidad de los planes y fondos de pensiones al margen del Derecho sucesorio, abre la puerta a admitir la posibilidad de transmitir algunos bienes al margen de las normas de la transmisión *mortis causa*, lo que supone, por una parte, excepcionar el principio de responsabilidad patrimonial universal y, por otra, el principio de unidad patrimonial, al reconocer la posibilidad de transmisión de bienes del patrimonio del causante de manera separada, lo que en el caso de los planes de pensiones reforzaría esta calificación con el dato de que los mismos son inembargables en el período que no son exigibles para el titular⁵⁰. De manera que si nos encontramos con derechos que pertenecen a una persona que no pueden embargarse en vida por deudas presentes y que si fallece aquella se produce una transmisión al margen de la herencia, su naturaleza estaría próxima, como se ha apuntado, a la de los patrimonios especiales y separados, cuya transmisión *mortis causa* no se regula por las normas del Derecho sucesorio⁵¹.

IV. RECAPITULACIÓN

⁴⁹ La Casa García (2015:123) señala respecto a los planes de pensiones que la aplicación analógica del artículo 88 LCS «tiene que ser categóricamente descartada, ya que, mientras en el seguro de vida la prestación proviene del patrimonio de un tercero, el asegurador, frente al que el beneficiario ostenta un mero derecho de crédito, en el caso de los planes de pensiones la prestación que percibe el beneficiario no representa sino la efectividad de un determinado activo, los derechos consolidados, que integra el patrimonio del partícipe, cuya titularidad jurídico-real se atribuye al beneficiario». En el mismo sentido lo defiende Pérez Velázquez (2007: 191).

⁵⁰ Arroyo i Amayuelas (2005: 608) define el patrimonio separado como aquel «patrimonio que se segrega del general del deudor, que ya no responde de las deudas que genera»; en este sentido, en la medida en que la titularidad de los planes de pensiones puede transmitirse al beneficiario al margen del derecho sucesorio, podemos afirmar que nos encontramos ante un patrimonio separado. Afirmación que en el mismo sentido realiza Cantero Núñez (2005:698), quien señala que el artículo 88 LCS «Es una excepción a las normas de responsabilidad patrimonial (art. 1911 CC y a las normas de sucesión hereditaria (art. 661 CC))».

⁵¹ Cámara Lapuente, 2012: 705. Este autor, precisamente, pone de ejemplo de transmisiones similares a las que genera la figura del *trust* los planes de pensiones; destaca, además, la frecuencia con la que se usan la estructura de los patrimonios de afectación para las más variadas finalidades, incluso en los países que responden a la idea de patrimonio único. *Vid.* Arroyo i Amayuelas (2005: 608).

Cuando se habla de la posible existencia de instrumentos alternativos al testamento para transmitir bienes del causante, debe diferenciarse si esta opción hace referencia a la posibilidad de transmitir bienes y derechos al margen del fenómeno sucesorio o si, estando sometida la transmisión de cualquier bien del causante a las normas sucesorias, existe la posibilidad de nombrar al beneficiario de una forma distinta a las reconocidas legalmente para diferir la herencia.

Como se ha expuesto en el trabajo, existen contratos de muy diversa naturaleza, que tienen como denominador común incluir una cláusula a favor de tercero para el caso del fallecimiento del contratante, en virtud de la cual el beneficiario tendrá derecho a exigir la contraprestación correspondiente. El seguro de vida se convierte en modelo de referencia de estos negocios y, su regulación, en régimen supletorio aplicable a aquellos instrumentos que guarden una identidad de razón con el mismo (artículo 2 LCS). En este sentido, el artículo 88 LCS dispone la inmunidad del derecho del beneficiario frente a la reclamación del legitimario, lo que en suma supone dejar al margen de la herencia del tomador el derecho del beneficiario, que sólo deberá responder en caso de contratación fraudulenta por el importe de la prima pagada, que será el sacrificio patrimonial que haya realizado el causante. Se compensan de esta manera los intereses en juego: beneficiario y legitimario, a la vez que se salva la voluntad del causante y se respeta la finalidad del contrato de seguro.

Esta solución resulta posible por cuanto, aun reconociendo que el beneficiario recibe de manera lucrativa la indemnización, es innegable que la misma no proviene del patrimonio del causante, al menos no directamente, ya que sólo es resultado del precio pagado por el mismo. Si a ello le añadimos razones de política legislativa, que exigen que para asegurar la función que el contrato desarrolla se garantice el derecho del beneficiario, puede entenderse la solución prevista en el artículo 88 LCS.

Sin embargo, resulta más difícil entender su aplicación a otros supuestos, que sin compartir la identidad de razón que exige la aplicación analógica de la norma, no tienen naturaleza asegurativa sino que se configuran como productos de inversión, cuya titularidad presente pertenece al contratante. En este sentido, fallecido el titular del plan de pensiones el importe correspondiente debería incluirse en la herencia y repartirse de acuerdo con las normas de la sucesión *mortis causa*, salvo que se diera validez a la

cláusula contractual de designación de beneficiario y se entendiera que el importe del plan de pensiones corresponde a éste, a salvo siempre los derechos de los legitimarios.

A pesar de ello, como se ha puesto de manifiesto, no es esta la solución que se está aplicando a los planes de pensiones, lo que supone concebir los mismos como verdadero patrimonio separado del patrimonio ordinario de su titular.

Para finalizar, debemos advertir que la transmisión de la indemnización del seguro de vida o de los derechos derivados de un plan de pensiones al margen de la herencia será así siempre que la designación de beneficiario no se haga a título de heredero o de legatario⁵². En este sentido, cabe la posibilidad que la designación realizada en testamento señale que se hace a título de heredero o a título de legatario: así, cuando el testador dispone que lega el importe del plan de pensiones o la indemnización del seguro de vida a determinada persona, lo que está haciendo el testador es integrar dicho importe en su herencia y repartir el mismo en la forma que disponga en su testamento, por lo que el beneficiario lo será a título de heredero o legatario, con las consecuencias que implica dicha condición. Podría, incluso, pagarse en concepto de legítima el importe del plan de pensiones o la indemnización del seguro de vida, una vez admitido sin problema que la legítima puede pagarse con dinero extrahereditario⁵³.

⁵² Así se pone de manifiesto en una SAP de Castellón de 2014. En el supuesto de hecho que da origen a la sentencia, el titular del plan de pensiones había nombrado en testamento beneficiario del plan a su actual pareja, señalando expresamente que con cargo al tercio de libre disposición le legaba la titularidad del plan de pensiones, nombrando herederos universales a sus hijos. Cuando fallece el titular del plan de pensiones, los hijos renuncian a la herencia y el legatario acepta y cobra el legado, por lo que es reclamado por el BBVA, acreedor del causante, para que abone un crédito personal titularidad del causante. La Audiencia confirma la condición de legatario del cónyuge interpretando literalmente el testamento y aplicando las normas de derecho sucesorio que le conducen a reconocer que el importe del plan de pensiones debe integrarse en la herencia y responder así de las deudas del causante. SAP Castellón Secc. 1ª, 7/2014, de 31 enero (ECLI:ES:APCS:2014:92): «Sucede, sin embargo, que en el presente caso no es de aplicación el art. 88 LCS, sino las normas del derecho sucesorio, porque no ha sido acreditado que en el contrato de formalización del Plan de Pensiones figurase ya la Sra. Apolonia como beneficiaria, no siendo hasta la fecha del otorgamiento del testamento cuando figura como legataria del mismo, sin referencia alguna a que anteriormente fuese beneficiaria. Consta en las actuaciones que a requerimiento del Juzgado, con la finalidad de que manifestara si aceptó el legado y aportara la documentación acreditativa, compareció la misma el día 18 de octubre de 2001 para manifestar que “aceptó como legado un plan de pensiones del que era titular D. Eduardo”, al tiempo que aportó “copia del resguardo de formalización de prestaciones de fecha 6 de junio de 2007, manifestando asimismo que ha cobrado el importe correspondiente al plan de pensiones”. Nada mencionó respecto a si con anterioridad a la fecha del testamento había sido designada como beneficiaria en la póliza suscrita por el tomador. No cabe, por tanto, hacer supuesto de la cuestión diciendo que “su condición es de Beneficiaria y así puede comprobarse en el contrato de formalización de dicho Plan”, pues ningún contrato obra en las actuaciones en ese sentido. Y si examinamos el “Resguardo de Formalización de Prestaciones”, único documento aportado por la apelante, se puede ver que en el mismo consta “Tipo de Prestación: Heredero” y el término “Beneficiario” sólo hace referencia, sin más, a la persona con derecho a cobrar la prestación».

⁵³ De Barrón Arniches, 2022: 139.

En este último supuesto, si el testador señala que en pago de la legítima le entrega a su hijo mayor el plan de pensiones que tiene contratado con una determinada entidad, el importe del plan de pensiones computará para el cálculo de la legítima y al beneficiario se le imputará en pago de su legítima, de manera que, si no es suficiente para cubrir la lo que corresponda por legítima, el exceso se imputará en la forma que señalan los artículos 818 y 819 CC. Cuando, precisamente, el importe del plan de pensiones o del seguro sea el único bien de la herencia y haya más legitimarios, distintos del beneficiario, aquéllos tendrán derecho a cobrar su legítima con cargo al importe del plan de pensiones o de la indemnización del seguro.

Bibliografía

- ACOSTA MÉRIDA, M.P. (2005): *El seguro de vida y el derecho de sucesiones*, Ed. Dykinson, Madrid.
- ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S. (2006): *La donación*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid.
- ALBIEZ DORHMAM, K.J. (1998): *Negocios atributivos post mortem*, CEDECS, Barcelona.
- (2005) «Disposiciones patrimoniales en vida para después de la muerte» en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, T. II, Ed. Bosch, Barcelona.
 - (2019) *Disposiciones patrimoniales en vida para después de la muerte*, Ediciones OLejnik, Santiago de Chile.
- ARNAU RAVENTÓS, L. (2022): «Seguro de vida y protección de acreedores» en *Previsión y transmisión intergeneracional del patrimonio al margen de la sucesión*, Ed. *Colegi Notarial de Catalunya*, Barcelona.
- ARROYO AMAYUELAS; E. (2005): «Dos principios básicos para la incorporación del *trust* en España: el patrimonio de destino y la limitación de responsabilidad» en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos* (GARRIDO MELERO y FUGARDO ESTIVILL, Coords.) T. II, Ed. J.M^a. Bosch, Barcelona.
- BOLDÓ RODA, C. (1998): *El beneficiario del seguro de vida*, Ed. Bosch, Barcelona.
- DE BARRÓN ARNICHES, P. (2022): «*Wills substitutes* y derechos sucesorios familiares» en *Previsión y transmisión intergeneracional del patrimonio al margen de la sucesión*, *Colegi Notarial de Catalunya*, Barcelona.
- CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2005): *El seguro de vida para el caso de muerte*, Ed. Dykinson, Madrid.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2012): «*Trust* y patrimonios fiduciarios como vías de protección de la persona, la familia y la sucesión» en *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, T. I, Madrid.

- CANTERO NÚÑEZ, F.J. (2005): «El patrimonio y el beneficiario del seguro de vida para el caso de muerte» en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos* GARRIDO MELERO y FUGARDO ESTIVILL, (Coords.) T. II, Ed- J.Mª. Bosch, Barcelona.
- CRISTÓBAL MONTES, A. (1989): «El fraude del deudor en la acción pauliana» en *RCDI*, sept.-oct. 1989 (pp. 1867-1916).
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (1999): *La sucesión contractual en el Código Civil*, Ed. Universidad de Sevilla, Sevilla.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A. (2017): «Donación indirecta» en *Tratado de las liberalidades. Homenaje al Profesor Enrique Rubio Torrano*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (pp. 293-324).
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2005): «Comentario al art. 1257» en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, Dirs.), EDERSA, Madrid.
- LACASA GARCÍA, R. (2015): «Tratamiento sucesorio de los instrumentos de previsión social voluntaria l» en *Anales de la Academia Sevillana Del Notariado*. T. XXVI (pp. 85-132).
- LÓPEZ RICHART, J. (2003): *Los contratos a favor de tercero*, Ed. Dykinson, Madrid.
- MACÍA MORILLO, A. (2020): «El contrato o estipulación a favor de tercero a la luz del derecho comparado y del moderno derecho de contratos» en *Anuario de Derecho Civil* (pp. 559-663).
- MARTÍN BERNAL, J.M. (1985): *La estipulación a favor de tercero*, Ed. Montecorvo, Madrid.
- MUÑIZ ESPADA, E. (1995): «Tratamiento en la herencia del seguro de vida para caso de fallecimiento» en *Anuario de Derecho Civil* (pp. 1633-1708).
- ORTEGA PARDO, G. (1949): «Las donaciones indirectas» en *Anuario de Derecho Civil* (pp. 918-980).
- PÉREZ CONESA, C. (2017): «Contrato a favor de tercero» en *Tratado de las liberalidades. Homenaje al Profesor Enrique Rubio Torrano*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor.
- PÉREZ CONESA, C. (1999): *El contrato a favor de tercero*, Ed. Comares, Granada (pp. 1237-1258).
- PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P. (2015): «Efectos de la revocación testamentaria y de la renuncia de la herencia sobre la designación del beneficiario del plan de pensiones» en *Revista de Derecho Civil* (<http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>), enero-marzo 2015.
- PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P. (2007): *Los planes de pensiones y los planes de previsión asegurados: su inclusión en el caudal hereditario*, Ed. Mapfre, Madrid.
- REGLERO CAMPOS, F. (1997): «Beneficiario y heredero del seguro de vida» en *Revista de Derecho Privado* (pp. 212-225).
- REPRESA POLO, M. P. (2019): *Negocios en fraude de legitimarios*, Ed. Reus, Madrid, Reus.
- RUBIO GARRIDO, T. (2022): *Fundamentos de Derecho Sucesorio*, Fundación del Notariado, Madrid.

- SÁNCHEZ ARISTI, R. (2003): *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post-mortem*, Ed. Comares, Granada.
- SERRANO DE NICOLÁS, A. (2022): «Mecanismos de previsión (*Will substitute*), en su relación con aspectos de las donaciones, seguros y empresa familiar» en *Previsión y transmisión intergeneracional del patrimonio al margen de la sucesión, Colegi Notarial de Catalunya*, Barcelona.
- TARABAL BOSCH, J. (2022): «*Will substitute* estado de la cuestión en España» en *Previsión y transmisión intergeneracional del patrimonio al margen de la sucesión, Colegi Notarial de Catalunya*, Barcelona.
- TARABAL BOSCH, J. (2016): «La transmissió post mortem de béns al marge de la successió. Una aproximació a la regulació nord-americana dels will substitutes» en *Derecho de sucesiones: actualidad práctica, legislativa y jurisprudencial, Revista Jurídica de Cataluña* (PRATDESABA RICART, LAUROBA LACASA, TARABAL BOSCH y MOÍNA VILLAMAYOR). Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor (pp. 175 y ss.).
- TIRADO SUÁREZ, F.J. (1999): «Comentario al artículo 88. El derecho propio del beneficiario y sus límites» en *Comentarios a la ley 50/1980 de 8 de octubre y a sus modificaciones* (SÁNCHEZ CALERO, DIR.), Ed. Aranzadi, Pamplona.
- VALLET DE GOYTISOLO, J.B. (1978): *Estudio sobre donaciones*, Ed. Montecorvo, Madrid.
- VAQUER ALOY, A. (2022): «Cuestiones sobre la designación de beneficiarios de los *Will substitute* en los derechos civiles vigentes en España» en *Previsión y transmisión intergeneracional del patrimonio al margen de la sucesión, Colegi Notarial de Catalunya*, Barcelona.
- VEIGA COPO, A.B. (2021): *Tratado del contrato de seguro*, Ed. Civitas, Cizur Menor.
- (2006) «El registro de seguros de vida con cobertura de fallecimiento y los derechos de los beneficiarios» en *Diario La Ley*, julio de 2006 (pp. 1947-1957).

Relación jurisprudencial

- STS, Civil, 243/2003 de 14 marzo (ECLI:ES:TS:2003:1735)
- STS, Civil, 243/2003 de 14 marzo (ECLI:ES:TS:2003:1735).
- STS, Civil, 1158/2007 de 8 noviembre (ECLI:ES:TS:2007:7761)
- STS, Civil, 1158/2007 de 8 noviembre (ECLI:ES:TS:2007:7761)
- STS, Civil, 107/2015 de 12 de marzo (ECLI:ES:TS:2015:1411).
- STS, Civil, 110/2019 de 20 de febrero (ECLI:ES:TS:2019:516)
- STS, Civil, 274/2021 de 10 mayo (ECLI:ES:TS:2021:1793).
- SAP Barcelona, Secc.16ª, 297/2010, de 25 mayo (ECLI:ES:APB:2010:5369).
- STSJ País Vasco 1277/2010, de 4 mayo (ECLI:ES:TSJPV:2010:1664).
- SAP Barcelona, Secc. 16ª, 297/2010 de 25 mayo (ECLI:ES:APB:2010:5369).
- SAP Barcelona, Secc. 1ª, 20/2013 de 23 enero (ECLI:ES:APB:2013:29).
- SAP Castellón Secc. 1ª, 7/2014 de 31 enero (ECLI:ES:APCS:2014:92).
- SAP Islas Baleares de 23 de julio de 2014 (AC 1279/2014; ECLI:ES:APB:2017/:12205).

SAP Zamora, Secc.1ª, 201/2017 de 31 julio (ECLI:ES:APZA:2017:337).
SAP Barcelona, Secc. 14ª, 659/2017 de 21 diciembre (ECLI:ES:APB:2017/:12205).
SAP Madrid, Secc. 18ª, 440/2017 de 21 diciembre (ECLI:ES:APM:2017:17163).
SAP Barcelona, Secc. 14ª, 659/2017 de 21 diciembre (ECLI:ES:APB:2017/:12205).
SAP Madrid, Secc. 18ª; 440/2017 de 21 diciembre (ECLI:ES:APM:2017:17163).
SAP Madrid, Secc. 20ª; 164/2018 de 16 mayo (ECLI:ES:APM:2018:7472).
AP Barcelona, Secc. 16ª, 51/2019 de 31 enero (ECLI:ES:APB:2019:606).
SAP Madrid, Secc. 12ª, 324/2020 de 30 octubre (ECLI:ES:APM:2020:12420).

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LA DECLARACIÓN DE AUSENCIA A LA LUZ DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS DEL CÓDIGO CIVIL: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA LEY 8/2021

Personal autonomy and the law of missing persons after the last reforms of the Spanish Civil Code (particularly, after Statute n° 8/2021)

MARÍA E. ROVIRA SUEIRO
maria.rovira@udc.es
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de A Coruña

Cómo citar / Citation

Rovira Sueiro, M^a E. (2022).

La autonomía de la voluntad y la declaración de ausencia a la luz de las últimas reformas del CC
Cuadernos de Derecho Privado, 4, pp. 109-147

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.33>

(Recepción: 18/10/2022; aceptación tras revisión: 22/12/2022; publicación: 30/12/2022)

Resumen

La libertad de la persona a la hora de configurar sus relaciones jurídicas y las situaciones a las que se llega como consecuencia de las mismas han experimentado un notable impulso en los últimos años llegando a alcanzar ámbitos hasta hace relativamente poco impenetrables. En el presente estudio se lleva a cabo una reinterpretación de la normativa de la ausencia desde la perspectiva de la reforma operada por la Ley 8/2021. A nuestro juicio los nuevos paradigmas instaurados en el Código civil para garantizar la igualdad de derechos de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica tienen mayor trascendencia que la inicialmente se preveía siendo una buena prueba de ello el contenido de este trabajo.

Abstract

The freedom of individuals to shape their legal relationships and the situations that arise as a result of them, have experienced a significant boost in recent years, reaching areas that were impenetrable until relatively recently. In the present study, a reinterpretation of the absence regulation is carried out from the perspective of the reform brought into operation last year. In our opinion, the new paradigms established in the Civil Code to guarantee the equal rights of persons with disabilities in the exercise of their legal capacity have greater importance than initially foreseen, and the content of this work is a good example of this.

Palabras clave

Declaración de ausencia, poder de administración, poderes preventivos, mandato, representante legal, tutela.

Key words

Declaration of absence, power of administration, preventive powers, legitimate representative, guardianship.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA INCIDENCIA DE LA MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO SUPLETORIO DE LA DECLARACIÓN DE AUSENCIA LEGAL. III. LOS EFECTOS DEL CAMBIO DE PARADIGMA: LA POSIBILIDAD DE ESTABLECER MEDIDAS VOLUNTARIAS EN PREVISIÓN DE DECLARACIÓN DE AUSENCIA LEGAL. IV. CONCLUSIONES. *Bibliografía*

I. INTRODUCCIÓN

La razón de ser de la presente reflexión radica en el paulatino incremento de la autonomía de la voluntad en ámbitos en los cuales, hasta hace relativamente poco, resultaba algo impensable. El Derecho de la persona y el Derecho de familia vienen experimentando notables modificaciones consecuencia del cada vez mayor alcance de la libertad de los sujetos para configurar su esfera jurídica más allá del terreno estrictamente patrimonial, sede en la que por antonomasia alcanzaba su mayor impronta la autonomía privada, en sus dos vertientes preceptiva (negocio jurídico) y fruitiva (derecho subjetivo). Un exponente claro de ello es 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 jurídica¹, que toma en consideración a ultranza la voluntad, deseos y preferencias de la persona. Si trasladamos esta nueva orientación a la regulación de la declaración de ausencia legal, más allá de plantear la conveniencia de su reforma legislativa, nos lleva a preguntarnos si es necesario proceder ya a una relectura o reinterpretación de las previsiones legales y en concreto a formularnos numerosas cuestiones: ¿Es posible aumentar el plazo para solicitarla o incluso evitar total o parcialmente su judicialización si se otorgase un poder más allá de los supuestos previstos y contemplase una futura situación de ausencia? ¿Puede preverse por el propio sujeto afectado en atención a una posible situación de ausencia quién y cómo ejerza la representación legal? En definitiva, ¿puede una persona en ejercicio de su autonomía de la voluntad adoptar medidas en previsión de su desaparición o ausencia que sustituyan o modalicen el régimen legal que, en consecuencia, se convierte en supletorio de dicha voluntad?

¹ BOE núm.132, de 3 de junio de 2021.

En concreto, nuestra investigación, como se puede advertir de lo afirmado, se va a centrar en el régimen jurídico de la declaración de ausencia ya que, por una parte, hemos detectado ciertas incoherencias y lagunas, consecuencia de acometer reformas de gran calado, como ha sido la operada por la mencionada Ley 8/2021 que en el ámbito de la declaración de ausencia obliga a reinterpretar el alcance de las remisiones a instituciones que han sufrido un cambio notable, como por ejemplo la tutela. Por otra parte, más que de resolver un problema, se trataría de desarrollar la reflexión que surge como consecuencia de un análisis detallado de los principios que inspiran las últimas modificaciones del Derecho civil y, en consecuencia, plantear la posibilidad de adoptar medidas voluntarias en previsión de la situación de ausencia y, en especial, otorgar un poder que subsista en caso de ausencia más allá de los términos y plazos del actual art.183 CC o que entre en vigor como consecuencia de dicha declaración.

El mayor nivel de autonomía de la voluntad a la hora de configurar los poderes otorgados por el ausente es algo que nos venimos planteando desde la reforma operada por la ley 41/2003 y que consideramos que se ha visto muy impulsado y reforzado por la Ley 8/2021, que introduce de forma más precisa la efectividad de los poderes preventivos en relación a una discapacidad a través del establecimiento de una regulación más pormenorizada y no tan cautiva de las normas del contrato de mandato. Si ha desaparecido el interés superior de la persona con discapacidad como principio rector de esta materia y se ha sustituido en buena medida por la primacía de su voluntad, deseos y preferencias, aunque evidentemente con los matices y límites que va dibujando su puesta en práctica (*v.gr.*, STS de 8 de septiembre de 2021 [ECLI:ES:TS:2019:502]), consideramos que el interés del ausente, que es al que fundamentalmente se atiene su régimen jurídico, junto con el de otras personas (por ejemplo si concurre alguna especialmente vulnerable como sería la existencia de menores a su cargo) nos ha llevado a cuestionarnos cuando menos la eventual subsistencia del poder más allá del transcurso del plazo previsto en el art.183 CC, pero incluso a dar un paso más y plantearnos la eventual posibilidad no ya de su subsistencia, sino de un apoderamiento preventivo en sentido estricto para el caso de incurrir en un futuro en un supuesto de ausencia legal. Hay que tener presente: 1) que la situación de ausencia no tiene necesariamente que ser provocada de forma voluntaria por la persona, antes al contrario; y, 2) que la regulación de la misma apenas ha sido modificada desde el año 1939, como se verá más adelante, la cual está muy alejada de la voluntad de la persona afectada.

Asimismo, desde otra perspectiva, una relectura crítica de la institución objeto de estudio nos ha llevado a tomar conciencia de que en los últimos tiempos el Derecho de la persona ha sido objeto de un complejo entramado de reformas con un calado incluso mayor, si cabe, que las llevadas a cabo en su día para adaptar nuestro Código Civil a las exigencias del nuevo orden constitucional. Y como suele ocurrir cuando se acometen cambios tan trascendentales, algunas cuestiones quedan olvidadas o simplemente no tienen cabida al amparo de la legislación anterior y otras resurgen o nacen con fuerza, reavivando, en cualquier caso, el inacabado debate de la impronta de la autonomía privada en el terreno de la autodeterminación de la persona. Es precisamente en este ámbito en el que se contextualiza nuestro trabajo. El hecho de que se pueda retrasar la declaración de ausencia si existe una representación, ya sea legal o voluntaria, que abarque todos los negocios de la persona, y el hecho de que en el ámbito de la persona se regule el poder en los términos en lo que se hace, incluyendo su vigencia, a pesar o como consecuencia de una situación de discapacidad, nos lleva a plantearnos seriamente la necesidad de, cuando menos, revisar el contenido actual del régimen jurídico de la ausencia, que se ha mantenido al margen de la última gran reforma lo que, a nuestro juicio, se traduce en un alejamiento notable del juego de la autonomía de la voluntad que, sin embargo, se va abriendo camino para encontrar espacio en terrenos hasta ahora vetados y que poco a poco se han ido ganando en aras de lograr una mejor protección de la persona, que ahora se considera se produce cuando es más acorde con su voluntad, deseos y preferencias.

En efecto, la ratificación de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad ha fructificado en la reforma del año 2021 la cual ocupó una parte importante de los debates jurídicos incluso bastante antes de su aprobación, una vez que trascendió el contenido del anteproyecto de Ley que finalmente se convertiría en la Ley 8/2021. En tal sentido, no puede extrañar que sea precisamente la aprobación de ésta y la convulsión que ha generado en sus meses de vigencia el acicate que nos ha impulsado a estudiar con cierto detalle si alcanza o no de manera mediata otros ámbitos no contemplados y que quizá, a primera vista, resulten inimaginables.

Partiendo de las consideraciones anteriores, analizaremos el régimen jurídico de la ausencia, atendiendo al nuevo paradigma que subyace en el tratamiento de las personas con discapacidad y su traducción en la vigente regulación de los poderes preventivos y la autocuratela, y trataremos de formular y justificar lo que, a nuestro juicio, sería la correcta interpretación *de lege data*, adaptada a la realidad jurídica y legislativa actual, que además podría servir para elaborar una solución de *lege ferenda* respecto de dicha situación.

II. LA INCIDENCIA DE LA MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO SUPLETORIO DE LA DECLARACIÓN DE AUSENCIA LEGAL

La declaración de ausencia está regulada en el Código civil en los arts. 181 a 192. Se trata de una materia que ha sufrido pocas modificaciones, realmente sólo han sido dos de forma directa, y que se mantiene prácticamente en los mismos términos desde el año 1939 hasta el 2015. En efecto el principal cambio se produjo por obra de la Ley de 8 de septiembre de 1939² cuya finalidad era hacer frente a «la necesidad de reformar el Título octavo, Libro primero del Código civil, referente a la ausencia para adaptarlo a las circunstancias actuales, modificación harto desatendida, ya que la revisión decenal del Código, que en el mismo se preceptuaba, no tuvo lugar durante los años transcurridos desde su promulgación. (...)»³. La otra gran reforma se llevó a cabo por la Ley 15/2015, de 2 de julio, *de la Jurisdicción Voluntaria*, que afectó a la gran mayoría de los preceptos⁴ (dejando al margen la reforma puntual del art. 189 CC por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio)⁵.

La razón de ser de la ausencia no es otra que la de proteger los intereses del ausente y así fue puesto de relieve en su día por el profesor DE CASTRO (1952) al hilo de sus caracteres, los cuales, por lo demás, son perfectamente extrapolables a la actualidad a pesar de las reformas sufridas desde entonces. En particular el mencionado autor señala que «todo el funcionamiento de la ausencia legal se regula contemplando la conservación y defensa del patrimonio del ausente»⁶ y añade que «la nueva regulación de la ausencia afirma, de forma aún más terminante que la anterior, la finalidad protectora de la representación del ausente»⁷, toda vez que la declaración de ausencia le afecta directamente en cuanto «significa colocar en administración, sin su voluntad, «*in complexo*», a su patrimonio «presente» mientras que no sea dejado sin efecto el auto de declaración de ausencia»⁸ (hoy en día sería mediante Decreto de declaración de ausencia).

² BOE 19 de octubre de 1939, núm.292, pp. 5846-5851.

³ Y sigue afirmando que «Esta exigencia ha tenido en estos últimos años especial agravación por sumarse a los motivos ordinarios de la Ley, las circunstancias excepcionales porque ha pasado nuestra Nación con su secuela de muertes desconocidas, crímenes reprobables y persecuciones inhumanas, originando situaciones jurídicas inciertas que es preciso resolver» (BOE 19 de octubre de 1939, núm.292, p. 5846).

⁴ Es decir, todos excepto los arts.182, 188 a 192 CC.

⁵ BOE 29 mayo 1981, núm.119, pp.10725-10735.

⁶ De Castro (1952:513).

⁷ *Ibidem*, p.519.

⁸ *Ibidem*, p.513.

Por lo que respecta al tenor literal del Código civil, el vigente art.183 establece que «se considerará en situación de ausencia legal al desaparecido de su domicilio o de su última residencia: Primero. Pasado un año desde las últimas noticias o a falta de éstas desde su desaparición, si no hubiese dejado apoderado con facultades de administración de todos sus bienes. Segundo. Pasados tres años, si hubiese dejado encomendada por apoderamiento la administración de todos sus bienes. La muerte o renuncia justificada del mandatario, o la caducidad del mandato, determina la ausencia legal, si al producirse aquéllas se ignorase el paradero del desaparecido y hubiere transcurrido un año desde que se tuvieron las últimas noticias, y, en su defecto, desde su desaparición. Inscrita en el Registro Civil la declaración de ausencia, quedan extinguidos de derecho todos los mandatos generales o especiales otorgados por el ausente».

Lo cual se completa con el art. 184 CC en el que se nos indican las personas llamadas a ejercer la representación legal del ausente, sea como representantes legítimos o dativos. Así se prevé en dicha norma que «salvo motivo grave apreciado por el Secretario judicial⁹, corresponde la representación del declarado ausente, la pesquisa de su persona, la protección y administración de sus bienes y el cumplimiento de sus obligaciones: 1.º Al cónyuge presente mayor de edad no separado legalmente o de hecho. 2.º Al hijo mayor de edad; si hubiese varios, serán preferidos los que convivían con el ausente y el mayor al menor. 3.º Al ascendiente más próximo de menos edad de una u otra línea. 4.º A los hermanos mayores de edad que hayan convivido familiarmente con el ausente, con preferencia del mayor sobre el menor. En defecto de las personas expresadas, corresponde en toda su extensión a la persona solvente de buenos antecedentes que el Secretario judicial, oído el Ministerio fiscal, designe a su prudente arbitrio».

Por lo tanto, firme la resolución en la que se declara la ausencia de la persona, esto es, probado el transcurso de uno o tres años desde la desaparición o en su caso desde el inicio de la falta de noticias, se nombra un representante legal atendiendo al orden previsto en el art. 184 CC y, dependiendo de la persona en la que recaiga el nombramiento, así será el alcance de sus obligaciones, derechos e incluso retribución.

⁹ Actualmente tras la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, *por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, el Secretario judicial pasa a ser llamado Letrado de la Administración de Justicia (arts. 440 y ss. de la LOPJ), aclaración que no repetiremos por economía del lenguaje.

A la persona que resulte nombrada representante se le conferirá la posesión temporal de los bienes, tal y como prescribe el art. 186 CC¹⁰ pudiendo hacer suyos los productos líquidos en la cuantía que se señale, pero no podrán disponer de los mismos salvo caso de necesidad o utilidad evidente reconocida y declarada por el Letrado de la Administración de Justicia.

Respecto a este punto nos parece especialmente interesante poner de relieve, siguiendo a DÍEZ GARCÍA (2013)¹¹, que lo previsto en el transcrito art. 186 CC no implica que los representantes sean los dueños de los frutos, lo que en realidad se persigue con tal previsión es que los representantes queden indemnes de su cargo, por lo que se trata de una forma, si se quiere peculiar, de ser reembolsados por los pagos que haya podido realizar, o, incluso, de que los reciban en concepto de retribución, remuneración *fructífera*¹², que se admite de manera expresa para el tutor en el art. 274 CC¹³. Por otra

¹⁰En concreto el mencionado artículo establece que «los representantes legítimos del declarado ausente comprendidos en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 184 disfrutarán de la posesión temporal del patrimonio del ausente y harán suyos los productos líquidos en la cuantía que el Secretario judicial señale, habida consideración al importe de los frutos, rentas y aprovechamientos, número de hijos del ausente y obligaciones alimenticias para con los mismos, cuidados y actuaciones que la representación requiera, afecciones que graven al patrimonio y demás circunstancias de la propia índole. Los representantes legítimos comprendidos en el número 4.º del expresado artículo disfrutarán, también, de la posesión temporal y harán suyos los frutos, rentas y aprovechamientos en la cuantía que el Secretario judicial señale, sin que en ningún caso puedan retener más de los dos tercios de los productos líquidos, reservándose el tercio restante para el ausente, o, en su caso, para sus herederos o causahabientes. Los poseedores temporales de los bienes del ausente no podrán venderlos, gravarlos, hipotecarlos o darlos en prenda, sino en caso de necesidad o utilidad evidente, reconocida y declarada por el Secretario judicial, quien, al autorizar dichos actos, determinará el empleo de la cantidad obtenida».

En su momento se discutió el alcance de esa posesión temporal, en tal sentido De Castro en relación a la misma sostuvo que al añadirse el término posesión temporal se cuestionó si ello implicaba un cambio en la naturaleza de la representación, la similitud de palabras posesión provisional y posesión temporal podría llevar a considerar la incorporación en nuestro derecho de la figura de la posesión provisional propia del derecho francés, sin embargo ello no ocurre así tal y como el propio autor lo explica vid (De Castro, (1952:518 -519.).

¹¹ Díez García (2013:1986-1987).

¹² *Ibidem* p.1988.

¹³ Se refiere al anterior art.274 CC, en la actualidad la tutela se limita al ámbito de los menores de edad y por lo que respecta a su retribución está recogida en el art. 229 CC «El tutor tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio del menor lo permita, así como al reembolso de los gastos justificados, cantidades que serán satisfechas con cargo a dicho patrimonio.

Salvo que los progenitores hubieran establecido otra cosa, y sin perjuicio de que dichas previsiones puedan modificarse por la autoridad judicial si lo estimase conveniente para el interés del menor, corresponde a la autoridad judicial fijar su importe y el modo de percibirla, para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes.

Podrá también establecerse que el tutor haga suyos los frutos de los bienes del tutelado a cambio de prestarle los alimentos, si así lo hubieren dispuesto los progenitores. La autoridad judicial podrá dejar sin efecto esta previsión o establecerla aun cuando nada hubiesen dispuesto los progenitores, si lo estimase conveniente para el interés del menor». Por su parte la retribución del curador, que es el régimen de apoyo que sustituye a la tutela en relación a las personas con discapacidad, se regula en el art. 281 CC: «El curador tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita, así como al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización de los daños sufridos sin culpa por su parte en el ejercicio de su función, cantidades que serán satisfechas con cargo a dicho patrimonio.

parte, aunque el art. 186 CC no alude a los representantes dativos, con mayor razón habría que entenderlos incluidos y reconocérseles el derecho a una retribución con cargo al patrimonio del ausente. En este sentido ya se había pronunciado en su día DE CASTRO (1952)¹⁴.

Precisamente, en relación a esta última clase de representantes les serán de aplicación, por expresa remisión legal, las normas de la tutela en cuanto se adapten a su especial representación (art. 184 CC *in fine*), lo cual ya en su día planteó la cuestión de que «*inclusio unius exclusio alterius*» se pueda negar la aplicación analógica de las reglas de la tutela a la representación legítima¹⁵; sin embargo, como puso de relieve el maestro DE CASTRO (1952), existen razones de mayor peso para afirmar lo contrario: «La remisión directa en el caso de la representación dativa se explica, porque en ésta hay obligación de prestar fianza, rendir cuentas y límite inferior de remuneración; coincidencias con la tutela que no se dan en el representante privilegiado. Luego, por descuido de redacción, no se tuvo en cuenta la equiparación general entre el representante dativo y el hermano y no se advirtió que al decir «para ellos» en el último párrafo del artículo 185, se refería a los representantes dativos, la adaptación de las causas de inhabilidad, excusa y remoción de los tutores. No obstante, no ha de haber duda sobre la aplicación de tales causas a todos los representantes del ausente; y ello no sólo por la evidente analogía de las situaciones, sino porque a esta conclusión ha de llegarse respecto a los casos de más interés, conforme a la letra del artículo 184 CC, que autoriza al Juez para que por «motivo grave» deje de nombrar a los llamados a la representación legal, ya sea por inhabilidad, ya sea por alegarse excusa digna de ser estimada».¹⁶

El hecho de que se remita a la tutela y que ésta haya sufrido una importante modificación como consecuencia de la Ley 8/2021 es lo que la convierte en uno de los temas claves de nuestro trabajo y acapare buena parte del contenido de este epígrafe e incluso del siguiente.

Corresponde a la autoridad judicial fijar su importe y el modo de percibirlo, para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes.

En ningún caso, la admisión de causa de excusa o la decisión de remoción de las personas físicas o jurídicas designadas para el desempeño de los apoyos podrá generar desprotección o indefensión a la persona que precisa dichos apoyos, debiendo la autoridad judicial actuar de oficio, mediante la colaboración necesaria de los llamados a ello, o bien, de no poder contar con estos, con la inexcusable colaboración de los organismos o entidades públicas competentes y del Ministerio Fiscal (...).

¹⁴ De Castro (1952:519).

¹⁵ Serrano y Serrano (1943:159) quien también afirmó que: «en contra de todo eso, podemos citar que, conforme a lo que decimos en este capítulo, la representación dativa atrae a gran parte de su régimen a los representantes legítimos hermanos del ausente»

¹⁶ *Cfr.* De Castro (1952:519-520).

Ahora bien, en cualquier caso, es preciso poner de manifiesto que el régimen jurídico actual de la ausencia no se agota con las previsiones del Código civil, sino que debe completarse con lo establecido en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. En primer lugar, nos encontramos con las previsiones específicas respecto de la declaración de ausencia legal (arts. 70 a 77), en las que, junto con las medidas provisionales que pueden acordarse *ex art.72 LJV* y la necesidad de elaborar el inventario de los bienes al que hace referencia el art. 185 CC¹⁷ (art.73 LJV)¹⁸, destaca el art. 71 LJV que regula el expediente para el nombramiento del representante del ausente y hace un llamamiento a las normas de la tutela «sobre nombramiento de los tutores, la aceptación, excusa y remoción de su cargo, la prestación de fianza y la fijación de su retribución, así como la obtención de autorizaciones y aprobaciones para la realización de determinados actos referidos a bienes y derechos del ausente, y su rendición de cuentas una vez concluida su gestión, que se tramitarán y decidirán por el Secretario judicial». Esta remisión se efectúa, en principio, respecto de los representantes dativos, pero en este punto cabe reproducir lo indicado en su día por DE CASTRO respecto del Código civil en relación a que, pese a la letra de la norma, debe aplicarse la remisión a los legítimos en aquellos aspectos en que sea necesaria la integración normativa¹⁹.

En todo caso, como puede advertirse, se trata de una regulación aparentemente muy concisa, en la medida en que utiliza la técnica de la remisión a la normativa de la tutela, en virtud de la cual resultarán también de aplicación a la ausencia las disposiciones de la Ley de Jurisdicción voluntaria sobre la materia (arts. 43 a 52 y 61 a 65 de la LJV), las cuales siguen regulando conjuntamente la tutela y la curatela, junto con, en algunos extremos, la administración de los patrimonios protegidos (*vid.* art. 61 LJV) y la guarda de hecho (art. 52 LJV), ya que constituye el régimen general para los expedientes relativos a las medidas de protección de las personas. Esta normativa ha tenido que ser redactada de nuevo como consecuencia de las modificaciones introducidas por la Ley 8/2021, al limitar la tutela al ámbito de la minoría de edad y ampliar el contenido de la curatela, configurando ésta como medida judicial de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y conferirle facultades no meramente

¹⁷ En concreto el art.185 CC establece que: «El representante del declarado ausente quedará atenido a las obligaciones siguientes: Primero. Inventariar los bienes muebles y describir los inmuebles de su representado. (...)».

¹⁸ Inventario que incluya las deudas y obligaciones pendientes del ausente, en tal sentido Cabanillas Sánchez, A (2016:410).

¹⁹ *Vid. supra* nota 14.

asistenciales sino también representativas, en casos excepcionales, es decir, en aquéllos en los que no sea posible conocer ni reconstruir la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

Llegados a este punto inevitablemente se suscita la cuestión de cómo afecta lo expuesto anteriormente a la regulación de la declaración de ausencia legal. Para responderla no podemos obviar que nos encontramos ante una situación especial constituida por una «titularidad interina, que confiere la administración de un patrimonio en situación de pendencia: que no es creada para atender de modo exclusivo (sólo principalmente como desvalido) el interés individual del ausente (de cuya existencia precisamente se duda), sino también para atender el interés objetivo de la conservación del patrimonio en favor de quien resulte ser el titular definitivo; lo que han de tener en cuenta tanto el representante como el Juez».²⁰ En relación al papel de la autoridad judicial hay que tener presente que tras la *Ley de Jurisdicción Voluntaria*, en materia de ausencia la competencia ya no le corresponde a él, sino que ha sido atribuida al Letrado de la Administración de Justicia.

Teniendo en cuenta lo afirmado hasta el momento se puede concluir, sin incurrir en excesos que, si bien parece evidente que, en principio, la regulación de la ausencia legal se habría mantenido ajena a los efectos de la reforma operada por la Ley 8/2021, la percepción cambia si procedemos a un análisis más pormenorizado del que resulta que sí le afecta notablemente. Al respecto, baste reparar en el mero hecho de que el régimen legal de la ausencia se remita a las normas de la tutela²¹ y que ésta haya cambiado ostensiblemente en cuanto medida de protección, hasta el punto de desaparecer respecto a las personas con discapacidad (art. 199 CC), en relación a las cuales se acude ahora en último término y de forma excepcional a la curatela cuando no existan otras medidas de apoyo eficaces, que son concebidas como preferentes, lo cual constituye un primer indicio del impacto de la Ley 8/2021, en esta materia, a pesar de ser de forma indirecta y que la remisión sea justamente la inversa, es decir, que las normas de la curatela constituyan el régimen supletorio de la tutela, a las que ésta se remite.

Para profundizar en esta materia nos parece conveniente centrarnos en un aspecto concreto, como es la retribución de los representantes de los ausentes, para posteriormente desde dicho supuesto inducir una regla de aplicación más general.

²⁰ De Castro (1952:520).

²¹ Cuando la tutela era el régimen general de protección de las personas con la capacidad judicialmente modificada.

Antes de la reforma de 2021 la tutela contaba con una regulación más pormenorizada, de ahí que las normas de la curatela se remitiesen a la tutela para su aplicación supletoria, tal y como se recogía expresamente en los antiguos art. 290 y 291 CC. En consecuencia, se regulaba la retribución del tutor en el anterior el art. 274 CC, junto con el art. 220 CC, si bien este último, como puso de relieve GARCÍA GARNICA (2013), con muy escasa aplicación en la práctica²², y dicha retribución resultaba también de aplicación supletoria a los curadores. Prueba de ello era la regulación conjunta en la *Ley de Jurisdicción Voluntaria*. Así el anterior art. 48 LJV establecía que «1. Si se solicitare por el tutor o curador el establecimiento de una retribución y no estuviera fijada en la resolución que hubiera efectuado su nombramiento, el Juez la acordará siempre que el patrimonio del tutelado o asistido lo permita, fijará su importe y el modo de percibirla, atendiendo al trabajo a realizar y al valor y la rentabilidad de los bienes, después de oír al solicitante, al tutelado o asistido si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, al menor si fuera mayor de 12 años, al Ministerio Fiscal y a cuantas personas considere oportuno. Tanto el Juez como las partes o el Ministerio Fiscal podrán proponer las diligencias, informes periciales y pruebas que estimen oportunas».

En la actualidad la curatela ha desplazado a un segundo plano a la tutela, que queda reducida al ámbito de los menores no emancipados, siendo una muestra clara la inversión en la remisión normativa, así, según el actual art. 223 CC, las causas y procedimientos de remoción y excusa de la tutela serán los mismos que los establecidos para la curatela y, según el art. 224 CC «serán aplicables a la tutela, con carácter supletorio, las normas de la curatela».

Por otra parte, tras la reforma de la Ley 8/2021, el Código civil regula de forma separada y expresamente la retribución del tutor y la del curador, en concreto a la del tutor se refiere el art. 229 CC²³ y a la del curador alude el art. 281 CC²⁴, consiguientemente

²² García Garnica, M^a C. (2013:..2079).

²³ En concreto el mencionado artículo establece que «El tutor tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio del menor lo permita, así como al reembolso de los gastos justificados, cantidades que serán satisfechas con cargo a dicho patrimonio. Salvo que los progenitores hubieran establecido otra cosa, y sin perjuicio de que dichas previsiones puedan modificarse por la autoridad judicial si lo estimase conveniente para el interés del menor, corresponde a la autoridad judicial fijar su importe y el modo de percibirla, para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes. Podrá también establecerse que el tutor haga suyos los frutos de los bienes del tutelado a cambio de prestarle los alimentos, si así lo hubieren dispuesto los progenitores. La autoridad judicial podrá dejar sin efecto esta previsión o establecerla aun cuando nada hubiesen dispuesto los progenitores, si lo estimase conveniente para el interés del menor.»

²⁴ Literalmente prevé que «el curador tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita, así como al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización de los daños sufridos sin culpa por su parte en el ejercicio de su función, cantidades que serán satisfechas

cabe colegir que, en el presente, en materia de retribución no hay remisión alguna entre ellas y cada una, tutela y curatela cuentan con su propia previsión legal. Sin embargo, la *Ley de Jurisdicción Voluntaria*, a pesar de haber sido modificada en esta materia por la Ley 8/2021, sigue regulando conjuntamente los expedientes en materia de tutela y curatela y, por lo tanto, también para la fijación de la retribución de tales cargos. En efecto el actual art. 48 LJV establece que «1.- Una vez firme la resolución por la que se constituya la tutela o se haya dictado sentencia en el procedimiento de provisión de apoyos, si el tutor o curador solicitare la retribución a que tienen derecho, el Juez la acordará, fijando su importe y el modo de percibirla tomando en consideración la complejidad y la extensión de las funciones encomendadas y el valor y la rentabilidad de los bienes del interesado. La decisión se adoptará después de oír al solicitante, a la persona con discapacidad, al menor si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, al Ministerio Fiscal y a cuantas personas considere oportuno. Tanto el Juez como los interesados o el Ministerio Fiscal podrán proponer las diligencias, informes periciales y pruebas que estimen oportunas. El auto a que se refiere este artículo se ejecutará sin perjuicio del recurso de apelación, que no producirá efectos suspensivos. 2. El mismo procedimiento se seguirá para modificar o extinguir dicha retribución». Lo cual, no obsta, para que la concreta retribución que se fije dependerá de si se trata de un tutor o un curador, por cuanto habrá que supeditar lo previsto en la *Ley de Jurisdicción Voluntaria* al régimen sustantivo previsto en los arts. 229 o 281 CC según se trate de uno u otro.

Sentado lo anterior, podemos ya entrar a analizar si estos cambios repercuten en la retribución de los representantes del ausente, debiendo añadirse que trataremos conjuntamente bajo ese concepto la estricta retribución los representantes dativos como la asimilada atribución de frutos, rentas y aprovechamientos de los representantes legítimos.

A tal efecto debemos partir de que el art. 185 *in fine* CC establece que «serán aplicables a los representantes dativos del ausente, en cuanto se adapten a su especial

con cargo a dicho patrimonio. Corresponde a la autoridad judicial fijar su importe y el modo de percibirlo, para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes. En ningún caso, la admisión de causa de excusa o la decisión de remoción de las personas físicas o jurídicas designadas para el desempeño de los apoyos podrá generar desprotección o indefensión a la persona que precisa dichos apoyos, debiendo la autoridad judicial actuar de oficio, mediante la colaboración necesaria de los llamados a ello, o bien, de no poder contar con estos, con la inexcusable colaboración de los organismos o entidades públicas competentes y del Ministerio Fiscal. No concurrirá causa de excusa cuando el desempeño de los apoyos haya sido encomendado a entidad pública».

representación, los preceptos que regulan el ejercicio de la tutela (...)», entre los cuales está el art. 229 CC antes citado, y que el párrafo 2º del art. 71 de la LJV establece que «serán aplicables a los representantes dativos del ausente, en cuanto se adapten a su especial representación, las disposiciones establecidas en los Capítulos IV y VIII sobre nombramiento de los tutores (...) y la fijación de su retribución (...), que se tramitarán y decidirán por el Secretario judicial», por lo que el art. 48 LJV también resulta de aplicación.

Centrándonos primero en la remisión del art. 71 LJV, parece lógico sostener que el expediente regulado en la *Ley de Jurisdicción Voluntaria* conjuntamente para tutela y curatela será también el cauce adecuado para todos los supuestos de representación del ausente, tanto cuando proceda fijar su retribución, como es el caso de los representantes dativos, como cuando deba establecerse la cuantía de los frutos, rentas y aprovechamientos que harán suyos, como es el caso de los representantes legítimos.

También parece claro que a quien compete la tramitación del expediente será siempre el Letrado de la Administración de Justicia. Es verdad que, en una primera aproximación podría plantearse que, dado que el art. 186 CC no contempla la competencia del Secretario Judicial al respecto, la remisión genérica que efectúa el art. 185 CC *in fine* al art. 229 CC podría hacernos pensar que la competencia para fijar la retribución de los representantes dativos debería corresponder a la autoridad judicial, al igual que sucede con la fijación de la retribución de los tutores²⁵. Pero dicha remisión sustantiva debe completarse con la que específicamente contiene la *Ley de Jurisdicción Voluntaria* en sede de declaración de ausencia, pues en el art. 71 LJV, tras una remisión a las disposiciones establecidas en los Capítulos IV y VIII, se indica con toda claridad que «se tramitarán y decidirán por el Secretario judicial», por lo que tales normas se aplicarán en cuanto regulen la tramitación, pero no en lo relativo a la determinación de la autoridad competente.

Mayor dificultad presenta determinar cuáles son las reglas sustantivas que debe seguir el Letrado de la Administración de Justicia para fijar la retribución de los representantes dativos. El art. 186 CC establece con claridad las normas para los representantes legítimos, con una diferencia entre los de los apartados 1º a 3º y el apartado 4º del art. 184 CC, pero omite toda norma respecto de los dativos. Por ello tenemos que acudir nuevamente a la remisión a la tutela. Esta tutela es la regulada antes de la reforma

²⁵ Vid. arts. 229 CC. y 48 LJV.

operada por la Ley 8/2021 y, por tanto, una tutela que estaba concebida como régimen de guarda común a menores y personas con discapacidad, en concreto las que tenían modificada judicialmente su capacidad y tenían un menor grado de autogobierno. Sin embargo, en la actualidad, como hemos indicado, ese régimen se ha dividido entre la tutela de los menores y la curatela, asistencial o representativa, como medida de apoyo de las personas con discapacidad, por lo que contamos con tres artículos del CC que se ocupan de la retribución, por una parte están los arts. 229 y 230 CC, que sustituyen parcialmente al anterior art. 274 CC, que era en puridad el que formaba parte del régimen jurídico de la tutela y que ahora se aplica a la tutela de los menores, y, por otra parte, el art. 281 CC, que recoge también parcialmente la previsión anterior del art. 274 CC, que resultaba aplicable a la curatela por la remisión que se hacía en los anteriores arts. 290 y 291 CC y que ahora constituye el régimen propio de la curatela de discapaces; a lo que se suma que, como antes indicamos, actualmente es el régimen jurídico de la tutela el que se completa con lo previsto respecto de la curatela²⁶.

Si damos un paso más y examinamos su contenido, podemos señalar que, con todo, los arts. 229-230 y 281 CC son bastante parecidos en cuanto a su tenor literal en el sentido de que, en ambos, por una parte, se hace depender la retribución de que el patrimonio de la persona lo permita y para la determinación de su cuantía fundamentalmente el juez tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y rentabilidad de los bienes, y, por otra parte, se reconoce un derecho a reembolso de los gastos que se hayan realizado y a la indemnización de los daños sufridos sin culpa por su parte en el ejercicio de su función. La principal diferencia estriba, por lo que a este contexto interesa, en que el art. 230 CC prevé que la indemnización solo proceda con carácter subsidiario «de no poder obtener por otro medio su resarcimiento», exigencia que no presenta el art. 281.

Aun siendo menor la diferencia, la pregunta es cuál de dichos artículos es el que procede aplicar para determinar los derechos de retribución y compensación de los representantes dativos del ausente. En principio parecería evidente la respuesta ya que, si el art 185 se remite a la tutela y el primero de ellos, el art. 229 CC, es el propio de la retribución del tutor, podría pensarse que *in claris no fit interpretatio*. Pero esta claridad desaparece, si tenemos en cuenta los antecedentes de esta representación legal, puestos en

²⁶ Conviene la doctrina en la menor regulación de la tutela en el Código civil actual, en tal sentido *vid.* Álvarez Álvarez (2021:369).

su día de manifiesto por DE CASTRO²⁷, más próximos en la actualidad a la curatela que a la tutela, dado el cambio de contenido que han experimentado ambas instituciones, a lo que se añade, como dijimos, que el régimen jurídico marco es ahora el de la curatela por la remisión de la tutela a las normas de la misma²⁸. Por ello, con apoyo en estos argumentos, nos inclinamos por defender la aplicación supletoria del art. 281 CC a los representantes dativos del ausente, lo que, además, se refuerza si examinamos las diferencias en su retribución frente a los representantes legítimos dado que parece establecerse una especie de progresión en la protección de los representantes a medida que se aleja el vínculo personal con el ausente.

A este respecto, antes de la reforma operada por la Ley 8/2021, el art. 274 CC, que constituía por remisión el régimen propio de los representantes dativos, establecía que «el tutor tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio del tutelado lo permita. Corresponde al Juez su importe y el modo de percibirlo, para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes, procurando en lo posible que la cuantía de la retribución no baje del 4% ni exceda del 20% del rendimiento líquido de los bienes²⁹». Por lo tanto, se establecía de forma expresa una limitación de la eventual retribución del representante dativo, algo que en la actualidad no sucede por cuanto el vigente art. 281 CC, más allá de la aplicación del parámetro de la suficiencia del patrimonio, no establece ni otros criterios de fijación ni limitación porcentual alguna³⁰.

Por otra parte, el art.186 CC no ha sido objeto de modificación alguna por lo que sigue previendo que los representantes legítimos comprendidos en los números 1.º, 2.º y 3.º del art.184 disfrutarán de la posesión temporal del patrimonio del ausente «harán suyos los productos líquidos en la cuantía que el Secretario judicial señale, habida

²⁷ En tal sentido De Castro afirma que «El legislador español, en todas las disposiciones dictadas sobre la ausencia, ha mantenido celosamente –frente a la concepción francesa de la ausencia- la doctrina tradicional de que el «propincuo» recibía los bienes del ausente en concepto de «*curator bonorum*». El Código civil, al eliminar de su terminología la curatela, utiliza el término de administración, que claramente evidencia el mantenimiento del contenido de la curatela de bienes. Este hecho, y el de conferir la administración de los bienes del ausente por el orden que establece el artículo 220 (art.187), es decir, a las mismas personas llamadas a la tutela de locos y sordomudos, hizo pensar a los tratadistas que le eran aplicables, por analogía, las disposiciones generales sobre la tutela, incluso en lo referente a la obligatoriedad de su ejercicio», sin embargo como justifica a continuación el «representante no recibe la guarda de la persona y bienes, sino sólo la de los bienes del ausente. La pesquisa no da un poder sobre el ausente, sino que mana del deber creado por la ley para averiguar si vive el desaparecido y, en tal caso, ponerse en comunicación con él, (...)» (Cfr. De Castro, 1952:517 y 518). En un sentido semejante se había manifestado Serrano y Serrano (1943:196).

²⁸ Es más, la regulación del ejercicio de la tutela precisamente comienza con tal remisión en el art. 224 CC.

²⁹ El subrayado es nuestro.

³⁰ Como tampoco lo hace el art. 229 CC.

consideración al importe de los frutos, rentas y aprovechamientos, número de hijos del ausente y obligaciones alimenticias para con los mismos, cuidados y actuaciones que la representación requiera, afecciones que graven al patrimonio y demás circunstancias de la propia índole. Los representantes legítimos comprendidos en el número 4.º del expresado artículo disfrutarán, también de la posesión temporal y harán suyos los frutos, rentas y aprovechamientos en la cuantía que el Secretario judicial señale, sin que en ningún caso puedan retener más de los dos tercios de los productos líquidos, reservándose el tercio restante para el ausente, o, en su caso, para sus herederos o causahabientes».

Teniendo en cuenta lo anterior (independientemente del concepto en el que se recibe dicha retribución) parece que el margen de discrecionalidad del Letrado de la Administración de Justicia a la hora de fijar la retribución y, probablemente con ello, la cuantía de la misma, se incrementa a medida que se aleja la vinculación personal entre el representante nombrado y el ausente. Por ello, podría resultar mayor la cantidad a recibir por parte de la persona solvente y de buenos antecedentes que el Juez, oído el Ministerio fiscal, designe a su prudente arbitrio, que la que podrían recibir los demás representantes que guardan un vínculo familiar con el ausente³¹. En esta misma línea encaja mejor para tales representantes un régimen donde no solo tenga una retribución acorde al patrimonio y se le reembolsen los gastos justificados, sino también se le indemnice con cargo al patrimonio del ausente de forma inmediata por daños sufridos sin culpa por su parte en el ejercicio de su función, independientemente de que sea posible su resarcimiento de otro modo. Resarcimiento, que, lógicamente, dada la obligación que le incumbe de protección y conservación del patrimonio del ausente, deberá intentar, pero *a posteriori* tras haber recibido previamente su indemnización con cargo al mismo.

Examinado el supuesto concreto, cabe preguntarse si las conclusiones a que hemos llegado en el ámbito de la retribución son extrapolables a los restantes ámbitos en que, por remisión, procede aplicar el régimen de la tutela; o, dicho de otra forma, si se puede afirmar que, tras la reforma del Código civil por la Ley 8/2021, el marco regulador supletorio de la representación legal del ausente es la curatela y, en concreto el de la curatela representativa, y no la tutela.

³¹ Obsérvese que en este punto difiere la regulación de la ausencia legal en Aragón, puesto que no establece diferencia alguna entre los representantes a la hora de fijarse su retribución, disponiendo en todos los casos el Juez de gran libertad para su determinación (*Vid.* arts. 46, 49 y 51 Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas) (BOE núm.67, de 29 de marzo de 2011).

Nos inclinamos por una respuesta positiva porque a los argumentos ya apuntados se suma otro que, en nuestra opinión, parece inclinar definitivamente la balanza en esa dirección. Un primer elemento esencial de distinción entre las actuales tutela y curatela es el que podemos calificar de principio inspirador que se convierte en el parámetro principal para medir el adecuado ejercicio del cargo. En la tutela dicho principio es el «interés del menor, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos» (art. 227 CC); mientras que en la curatela, configurada como medida de apoyo a las personas necesitadas de ello, la actuación del curador deberá respetar la máxima autonomía de la voluntad de la persona que necesite el apoyo, atender a su voluntad, deseos y preferencias, y, solo excepcionalmente, cuando estas no puedan ser determinadas, representarla en la toma de decisiones, pero, aún en este caso, debiendo tener en cuenta «la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación» (arts. 249 y 268 CC).

Un segundo elemento distintivo, consecuencia lógica del anterior, es el carácter supletorio de la medida judicial de la curatela frente a cualquier medida voluntaria dispuesta por la persona necesitada de apoyo. En tal sentido es rotundo el art. 249 CC al señalar que «las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate». En consecuencia, el establecimiento en escritura pública por la propia persona de una medida de apoyo voluntaria, como es el caso típico del poder general preventivo, excluye que la autoridad judicial pueda constituir una curatela (art. 269 CC). Por el contrario, no cabe evitar la tutela de menores mediante ninguna medida voluntaria establecida por ellos mismos o por sus progenitores. Estos últimos podrán proponer quién deba ejercer la tutela (art. 213 CC), designando incluso una pluralidad de tutores y proponiendo su forma de actuación (art. 218 CC), fijar una retribución al tutor (art. 229 CC), pero no retrasar ni evitar el establecimiento del régimen tutelar. La razón de esta imposibilidad radica en que tratándose de menores, dado que carecen de capacidad de obrar general, más allá de supuestos concretos y sin perjuicio de que, en su caso, deban ser oídos en la toma de decisiones que les afecten, las medidas voluntarias no pueden ser establecidas por los mismos y, por tanto, no procederán de la persona que necesite el apoyo, que es aquella cuya voluntad debe ser preferente, sino de quien también ostenta una representación legal como es la patria potestad.

Es verdad que, como hemos dicho y afirmó en su día DE CASTRO³², la representación del ausente no persigue exclusivamente el interés individual del ausente, sino también el interés objetivo de la conservación de su patrimonio en favor de quien sea el titular definitivo del mismo, pero no es menos cierto que el régimen jurídico de la ausencia legal es supletorio, al menos temporalmente, de la voluntad expresa del propio ausente, toda vez que la existencia de un apoderado con facultades de administración de todos sus bienes difiere hasta tres años que pueda considerársele en situación de ausencia legal y durante dicho tiempo, y aun pasado ese plazo, el apoderado puede y, para cumplir con su encargo, debe seguir administrando el patrimonio hasta que se inscriba la declaración de ausencia en el Registro Civil³³. Puede considerarse así, que la existencia de un régimen de administración establecido por la persona desaparecida de su domicilio es preferente al régimen legal. En consecuencia, la representación legal solo operará cuando no se haya dispuesto una representación voluntaria o cuando la misma devenga ineficaz o se extinga por cualquier causa, incluida la inscripción en el Registro Civil de la propia declaración de ausencia, lo que consideramos se produce por una presunción legal³⁴ de la voluntad del poderdante de la no subsistencia del poder de haber conocido su ausencia por período tan prolongado.

Por ello un régimen de apoyo como el de la curatela representativa, en el que las instrucciones y medidas dispuestas por el interesado son prevalentes a las de origen legal o judicial³⁵ es más adecuado para integrar el de la ausencia que la tutela en que no cabe el establecimiento de dichas medidas. Esta interpretación es además congruente con la función del representante del ausente que, recordemos, debe ser no solo la general representación del declarado ausente sino, específicamente, la de conservación, defensa, protección y administración de sus bienes y el cumplimiento de sus obligaciones, a la vez que obtiene del patrimonio los rendimientos normales de que sea susceptible³⁶.

Por todo lo dicho se puede concluir que la regulación de esta materia, pese a no haber sido objeto de modificación directa por la Ley 8/2021, sí se ha visto afectada de forma notable como consecuencia de la aplicación como supletorio del régimen de la

³² De Castro (1952:520).

³³ Téngase en cuenta que el art. 181 CC, que regula la situación del desaparecido hasta que se produce la declaración de ausencia legal (*vid.* también el art. 72 LJV), es claro a la hora de establecer que no cabe nombrar un defensor del desaparecido si éste estuviese «legítimamente representado o voluntariamente conforme al artículo 183».

³⁴ Luego examinaremos si *iuris tantum* o *iuris et de iure* y, en consecuencia, el carácter imperativo o dispositivo del régimen legal.

³⁵ *Vid.* arts. 249 y 271 y ss. CC.

³⁶ *Vid.* arts. 184 y 185 CC y art. 71 LJV.

tutela, remisión que debe entenderse hecha actualmente al régimen de la curatela representativa de las personas con discapacidad³⁷. Es más, si a esta remisión sumamos la existente en sede de la actual tutela³⁸ e incluso la remisión integrativa de los poderes preventivos³⁹, parece claro que el régimen jurídico de la curatela representativa se convierte en el régimen general de referencia en sede de representación legal, lo que conlleva que se pueda plantear que las regulaciones preexistentes deban ser reinterpretadas de acuerdo con sus principios inspiradores, especialmente en cuanto se trate de personas con capacidad jurídica en las que concurra dificultades para su ejercicio. Así, en el caso de la representación del ausente parece lógico plantear una reinterpretación de la normativa existente y estudiar la posibilidad de dar más relevancia a la voluntad, deseos y preferencias de ausente, sin perjuicio de combinarlo con un parámetro específico de su «especial representación» (art. 185 *in fine* CC) como es la búsqueda de la conservación y defensa del patrimonio, cuestión que trataremos en el siguiente epígrafe.

No obstante, antes de tratar esa materia, consideramos oportuno, hacer una breve referencia al Derecho civil de Galicia que, tanto en la Ley 4/1995, de 24 de mayo⁴⁰, como en la actual Ley 2/2006, de 14 de junio⁴¹, regula la llamada situación de ausencia no declarada, considerando como tal aquella en que se encuentra la persona cuyo paradero se ignora o que no puede localizarse de modo transitorio, pudiendo acreditarse esa situación mediante acta de notoriedad tramitada por notario hábil, en la cual se hará constar la persona a la que corresponde la representación y defensa de los intereses del ausente.

Nos interesa destacar esta figura por cuanto el legislador, siguiendo la línea apuntada, da clara prevalencia a la voluntad del ausente, no sólo por el hecho de que no procedería tal situación si estuviese debidamente representado⁴², algo similar a lo que ocurre en el CC en esa fase previa a la declaración legal (art. 181 CC), sino porque también se alude a la previsión expresa que el ausente haya podido hacer respecto de una eventual ausencia, lo cual no es baladí o casual puesto que no se encontraba en la versión

³⁷ Lógicamente no cabe aplicar las especialidades de una curatela asistencial al representante del ausente cuando por hipótesis no es posible asistir a una persona que no está presente, solo siendo posible suplirla en la toma de decisiones.

³⁸ *Vid.* art. 224 CC.

³⁹ *Vid.* art. 259 CC.

⁴⁰ Ley 4/1995, de 14 de mayo (BOE núm.152, de 27 de junio de 1995).

⁴¹ Ley 2/2006, de 14 de junio (BOE núm.191, de 11 de agosto de 2006), en adelante LDCG.

⁴²El que el ausente no estuviese legítimamente o voluntariamente representado se considera como uno de los presupuestos básicos de la ausencia de hecho en la LDCG. En este sentido *vid.* Nieto Alonso (2008:263).

de 1995⁴³. En tal sentido no deja lugar a dudas el art. 48 LDCG: «En la situación de ausencia no declarada, salvo previsión expresa del ausente⁴⁴, corresponde al cónyuge no separado legalmente o de hecho, a los descendientes mayores de edad y a los ascendientes, por este orden, la representación del ausente de hecho en todos los actos y negocios jurídicos de administración ordinaria que no puedan demorarse, la obligación de velar por los intereses de este, así como instar el acta a que se refiere el artículo anterior. De entre los descendientes, la preferencia corresponde al de mayor edad. Entre los ascendientes al más joven. 2. En cualquier caso, quedarán a salvo las facultades de representación que fueran conferidas por el ausente de hecho⁴⁵».

III. LOS EFECTOS DEL CAMBIO DE PARADIGMA: LA POSIBILIDAD DE ESTABLECER MEDIDAS VOLUNTARIAS EN PREVISION DE DECLARACIÓN DE AUSENCIA LEGAL

Aceptado el cambio experimentado por efecto de la Ley 8/2021 en el régimen supletorio aplicable a la regulación de la ausencia, la siguiente pregunta que se suscita es si, en realidad, no debe considerarse que también, de manera refleja, se ha producido un cambio en toda la normativa de la representación del ausente alterando sus principios rectores e incluso su naturaleza jurídica. ¿Hasta qué punto las variaciones introducidas en la representación legal de la persona con discapacidad pueden desdibujar los caracteres esenciales de otras representaciones legales que participaban de su misma naturaleza? O dicho de otro modo, ¿tiene sentido mantener la interpretación clásica de la normativa de la ausencia cuando han desaparecido la tutela y la patria potestad prorrogada y rehabilitada en el ámbito de la discapacidad tal y como se concebía hasta la reforma de 2021? ¿Asistimos a una paulatina desaparición de los supuestos de representación legal? ¿Quedará, con carácter general, la representación legal como una alternativa residual fuera de los supuestos de la menor edad? ¿Cabe dar mayor margen a la autonomía de la

⁴³En efecto en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia, los arts.6 a 8 se limitaban al siguiente contenido: Art.6. En la situación de ausencia no declarada judicialmente, para los actos y negocios de administración que no admitan demora, el cónyuge no separado legalmente, los descendientes y los ascendientes, por este orden, con capacidad jurídica plena, mayores en edad en relación con los de su grado, representarán al ausente en tanto la citada situación permanezca. Art.7.Los bienes del ausente a que se refiere el artículo anterior serán aprovechados por el cónyuge y, en su defecto, por las personas referidas en ese artículo, de acuerdo con la misma prelación y con la obligación de rendir cuentas. Y art.8 En los casos referidos anteriormente, el representante del ausente percibirá, como mínimo, el 25 por 100 de los frutos netos de los bienes que gobierne.

⁴⁴ El subrayado es nuestro.

⁴⁵ El subrayado es nuestro.

voluntad con una interpretación menos literalista de la normativa de la declaración de ausencia legal y más acorde con el principio hodierno del Derecho del art. 3 CC?

Dar respuesta a estas cuestiones y las consecuencias que de ellas se derivan es a lo que dedicaremos el contenido de las siguientes páginas.

Comenzaremos recordando cómo se concibe la ausencia legal en nuestro ordenamiento jurídico, para lo que debe destacarse que se trata, por esencia, de una situación transitoria, destinada a finalizar por la aparición del ausente, la prueba de su muerte o su declaración de fallecimiento. Situación que genera la necesidad de nombrar una persona que se encargue de la pesquisa de la persona del ausente y que, a la vez y de forma especial, vele por el cumplimiento de sus obligaciones, para evitar perjuicios a terceros y al propio desaparecido, y por la protección y administración de sus bienes, con la finalidad de conservarlo, sea para el propio ausente, si reaparece, o para sus herederos, si concurren los supuestos para abrirse su sucesión. El cumplimiento de su encargo conlleva que al nombrado se le atribuya la representación del ausente para poder realizar actuaciones en su esfera jurídica patrimonial y para ello surge la regulación de la ausencia. Con otras palabras, la normativa de la declaración de ausencia tiene por objetivo garantizar que el ausente tenga un representante que pueda atender a tales necesidades de pesquisa de la persona y, especialmente, de administración y conservación de su patrimonio.

Ahora bien, la necesidad de gestionar y proteger los intereses del ausente y, en consecuencia, la existencia de una representación no surge cuando se declara la ausencia legal sino desde el momento mismo en que la persona desaparece de su domicilio o del lugar de su última residencia sin haberse tenido de ella más noticias. La regulación del Código civil permite realmente distinguir dos o, más exactamente, tres fases o etapas en el establecimiento de medidas de protección de dicha persona o quizá, más exactamente, de su patrimonio. La primera corresponde al período comprendido entre que la persona desaparece y se cumplen los requisitos del art. 183 CC; la segunda, desde la finalización de la anterior hasta la inscripción en el Registro Civil de la declaración de ausencia por el Letrado de la Administración de Justicia; y la tercera, desde dicha inscripción hasta el cese de la situación de ausencia legal por las causas antes apuntadas.

La respuesta del legislador para la primera etapa se contiene en los arts. 181 CC y 72 LJV, donde prevé una representación legal limitada a través de «un defensor que ampare y represente al desaparecido en juicio o en los negocios que no admitan demora sin perjuicio grave» nombrado por el Letrado de la Administración de Justicia, quien

además podrá «adoptar, según su prudente arbitrio, las providencias necesarias a la conservación del patrimonio» o cualesquiera otras medidas de carácter provisional. Ahora bien, según resulta del art. 181.I CC *in fine* esta representación legal no procede cuando el desaparecido estuviese legítima o voluntariamente representado conforme al art. 183 CC. Esta afirmación supone, por un lado, que no proceda el nombramiento de defensor del desaparecido cuando exista apoderado voluntario con facultades de administración de todos los bienes y, por otro, que el defensor cese en el cargo cuando se nombre a un representante legal del declarado ausente, lo que tendrá lugar al dictarse el Decreto de declaración legal de ausencia por el Letrado de la Administración de Justicia (art. 71 LJV), es decir, cuando se inicie la tercera de las fases apuntadas.

Algo más de duda presenta la segunda etapa, es decir, desde que concurren las circunstancias del art. 183 CC y, por tanto, se considere en situación de ausencia legal al desaparecido (art. 183 CC *ab initio*) hasta que dicha situación se declare formalmente y se inscriba en el Registro Civil, es el período que podemos llamar de ausencia legal no declarada. El hecho de que se afirme que el desaparecido se considera ya en situación de ausencia legal desde que concurren los requisitos y que posteriormente solo se trate de una declaración por el Letrado, es decir, una resolución declarativa y no constitutiva, nos podría llevar a pensar que el régimen de la ausencia legal opera desde dicho momento, pero en realidad no es así. Existen claros argumentos en contrario: el art. 183 CC señala que solo quedan extinguidos los mandatos generales o especiales otorgados por el ausente desde la inscripción registral de la ausencia declarada; el art. 72 LJV determina que se pueden seguir adoptando medidas provisionales hasta que se ultime el expediente de ausencia; el art. 46 LJV (aplicable por la remisión del art. 71 LJV) determina que será el momento de aceptación y toma de posesión del cargo, formalizado en acta otorgada ante el Letrado de la Administración de Justicia, en el que el nombrado asume la obligación de cumplir los deberes de su cargo conforme a las leyes, cuando se le confieren las facultades establecidas en la resolución que acordó su nombramiento; y, finalmente, los arts. 184 a 186 CC claramente se refieren a los representantes legítimos no del que está en situación de ausencia legal sino del que ha sido declarado ausente. Pero, además de todos estos argumentos, resulta evidente que el régimen de esta segunda fase es una prolongación del de la primera, en cuanto el defensor nombrado seguirá actuando en defensa del desaparecido en situación de ausencia legal no declarada, salvo en el supuesto

en que exista un apoderado general con facultades de administración de todos sus bienes en el que será éste el que se encargue de dicha defensa⁴⁶.

Por otro lado, antes de examinar la tercera etapa, nos parece oportuno destacar que durante las dos primeras, independientemente de que exista defensor nombrado por el Letrado de la Administración de Justicia o apoderado general que excluya su nombramiento, siguen en vigor los mandatos/poderes especiales otorgados por el ausente, por lo que la actuación de aquellos debe coordinarse con la de los apoderados especiales, quienes, en cuanto el poder sea manifestación de un contrato subyacente de mandato, están obligados a darle cumplimiento a éste mediante el uso de las facultades representativas conferidas a través del poder. Es más, parece claro que la existencia de estos poderes especiales puede determinar la innecesariedad de que el Letrado adopte otras medidas provisionales para la conservación del patrimonio complementarias al nombramiento de defensor. Pero incluso cabe pensar que su existencia tenga un mayor alcance. Así, por un lado, podría plantearse que la existencia de uno o varios poderes especiales que posibiliten que el apoderado ampare y represente al desaparecido en juicio o en los negocios que no admitan demora sin perjuicio grave excluya, por innecesario, el nombramiento de un defensor del desaparecido; y, por otro, que la articulación de varios poderes especiales que cubra la administración de todos los bienes del desaparecido no solo origine que no se nombre el defensor del art. 181 CC sino que también retrase la situación de ausencia legal, por cuanto la exigencia del art. 183 CC no debe entenderse en el sentido de que sea necesario que se trate de un único apoderado sino de que exista apoderado respecto de la administración de todos y cada uno de los bienes del ausente.

De todo lo dicho resulta claro que durante las dos primeras fases, sin perjuicio de que exista una solución supletoria constituida por una representación legal, el legislador *de lege data* considera preferente la respuesta establecida por la voluntad del propio ausente, a través de poderes generales o incluso especiales, independientemente de que dichos poderes no hayan sido dados en atención a su posible desaparición.

Entrando ya en la tercera etapa, esto es, declarada la ausencia legal, la solución que, con una interpretación literal, aporta el legislador a la necesidad de dotar de un representante al ausente es la extinción de cualquier clase de representación voluntaria y el establecimiento de una representación legal en la que la persona del ausente no ve

⁴⁶ Obsérvese que así lo da por sentado el legislador gallego ya que la LDCG, en sus arts. 46 a 50, bajo el epígrafe «de la situación de ausencia no declarada», regula de forma conjunta las dos primeras etapas.

modificado su estado civil ni su capacidad. Como puso de manifiesto el profesor DE CASTRO (1952) da lugar fundamentalmente a una «desconexión entre la persona y el patrimonio entregado a la administración del representante; afecta reflejamente a la capacidad de obrar del ausente (que vive), en cuanto se le imponen como propios los actos que lícitamente realiza el representante en cuanto no puede obtener la posesión de sus bienes ni ejercitarse con plenitud sus derechos...»⁴⁷. Por lo tanto, la situación de ausencia se concibe en nuestro ordenamiento jurídico, en principio, como uno de los pocos reductos en que opera un supuesto de auténtica representación legal.

Para seguir avanzando es importante recordar, como en su día advirtió el profesor Díez-Picazo (1968) al examinar la representación legal y voluntaria, que «las diferencias que existen entre ambas figuras son, como decíamos, evidentes y numerosas, tanto en orden a sus presupuestos como al modo de su funcionamiento y a los efectos que producen. Ello, sin embargo, no autoriza, a nuestro juicio, para romper con la doctrina tradicional que sitúa la representación legal en el seno de una teoría general de la representación. Dos son a nuestro juicio, las razones decisivas. La primera, que por encima de esas evidentes diferencias de régimen jurídico parece existir un hilo conductor común consistente en que en ambos casos hay una persona –el representante- que gestiona o tutela los asuntos y los intereses de otra, y en ambos casos es posible que esa actuación de gestión del representante produzca sus efectos de manera directa en el patrimonio o en la esfera jurídica del representado. La segunda razón consiste en que, si se separa la denominada representación legal de la teoría general de la representación, es menester construir una figura jurídica autónoma –a la que podríamos llamar ya representación- para englobar en ella todos los casos de poder de configuración de la esfera jurídica de un incapacitado o de una persona inhabilitada para regir su patrimonio. Con este fin se ha propuesto en la doctrina la idea de «oficio de derecho privado», pero prescindiendo ahora de que esta idea está, hoy por hoy, huérfana del necesario desarrollo, no parece posible a través de la idea de «oficio de derecho privado», que normalmente quiere situarse en la órbita del Derecho de familia, llegar a la precisión que se persigue, porque ni todos los casos de representación legal pertenecen, estrictamente hablando, al derecho de familia (v.gr., representación legal de un quebrado o de un ausente), ni hay tampoco inconveniente, si la idea de «oficio de Derecho privado» se saca del Derecho de familia y se la conceptúa como una situación de atribución de un poder jurídico en interés y

⁴⁷ Cfr. De Castro (1952:529-530).

beneficio de otra persona, para configurar también como un «oficio» o como una «función» el poder de representación en la llamada representación voluntaria»⁴⁸.

En este sentido, en un trabajo posterior, Díez-Picazo (1979)⁴⁹ afirmó que, a pesar de su diferente punto de partida y de las consecuencias del punto de llegada, puede afirmarse que la representación voluntaria y la legal constituyen en esencia un mismo fenómeno, lo cual no excluye que existan importantes diferencias en su régimen jurídico. Así clásicamente se consideraba que la característica más sobresaliente de la representación legal, que marcaba su diferencia con la voluntaria, era, además de la heterogeneidad de los supuestos, la heteronomía. Mientras que la representación voluntaria es un cauce para ampliar el campo de actuación de la persona en el ejercicio de su autonomía privada, que sigue conservando, en la representación legal la persona representada queda sustituida por el representante cuyas decisiones se imponen en la esfera jurídica y patrimonio del primero con todas sus consecuencias⁵⁰, se nos presenta como el único medio para poder actuar con eficacia jurídica.

Ahora bien, esta situación ha ido cambiando notablemente y, en especial, tras la reforma del Código civil por la Ley 8/2021 con el cambio de paradigma que la misma ha introducido.

En primer lugar, se ha producido una progresiva reducción del ámbito de la representación legal. Así, en primer lugar, baste con pensar en el ejercicio de la patria potestad, donde el art. 162 CC excluye de la misma: «1.º Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo (...) 2.º Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo y 3.º Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres». Asimismo, han desaparecido del Código civil la patria potestad prorrogada y rehabilitada y la tutela, entendida ésta como mecanismo general de protección de las personas con discapacidad, quedando relegada a los menores de edad no emancipados, tal y como establece el art. 199 CC. Pero además en la nueva regulación de las medidas de apoyo a las personas que lo necesitan para el ejercicio de su capacidad jurídica, la curatela representativa es de expreso carácter excepcional (art. 249 CC), por lo que la representación legal tan presente en el contexto de la discapacidad tendencialmente dejará de estarlo a medida que se

⁴⁸ Cfr. Díez-Picazo (1968.a:160-161).

⁴⁹ Díez-Picazo (1979.b:289).

⁵⁰ Díez-Picazo (1979.b:289).

aplique la Ley 8/2021⁵¹ y se revisen las medidas ya acordadas por aplicación de su Disposición transitoria quinta.

En segundo lugar, también debemos tener en cuenta que, aun en los casos en que excepcionalmente se confieren al curador facultades de representación, configurándose como una auténtica representación legal clásica, sigue existiendo un importante ámbito de aplicación de la autonomía de la voluntad fruto de la preferencia de las medidas voluntarias a las legales y judiciales y de la necesidad de ajustarse en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, lo que determina que las normas sean en gran medida dispositivas, como se puede apreciar con claridad en el actual régimen jurídico de la autocratela (arts. 271 y 272 CC).

En tercer lugar, debe destacarse que la medida judicial de la curatela representativa no solo tiene carácter excepcional, siendo el régimen general la asistencial, sino que también tiene expresamente carácter subsidiario, por cuanto solo procede su aplicación cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad (art. 269 CC), siendo en consecuencia preferentes las medidas voluntarias (art. 249 CC)⁵², que además pueden ser relativas a su persona o bienes o a ambos (art. 255.I CC)⁵³.

En consecuencia, en la jerarquía de las medidas de apoyo de las personas con discapacidad ocupa un lugar preferente la representación voluntaria frente a la legal, siendo el cauce que el legislador tipifica para configurar esa representación voluntaria los poderes y mandatos preventivos. Después de la reforma operada por la Ley 43/2001⁵⁴ y antes de la del año 2021, la regulación del poder en general y la de los poderes preventivos en particular, era más bien escasa y fragmentaria, adolecía de falta de un régimen jurídico completo, el cual se configuraba, dentro del marco general del reconocimiento de un amplio juego a la autonomía de la voluntad, con la combinación de las previsiones de los preceptos relativos al estado civil de incapacitado y al contrato de mandato.

Hoy en día, con la nueva regulación, los poderes preventivos no sólo se convierten en la medida voluntaria típica, con una normativa mucho más prolija, sino que también se modifica su ubicación puesto que se ha desplazado de la sede contractual al Libro I de

⁵¹ Incluso a situaciones anteriores por aplicación del régimen transitorio (*Vid.* DT2^a Ley 8/2021).

⁵² E incluso, en opinión de la mayoría de la doctrina, la informal constituida por la guarda de hecho.

⁵³ «Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes».

⁵⁴ En concreto se trata de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

la persona Título XI. En concreto, actualmente, las posibilidades que ofrece el apoderamiento preventivo se contemplan en los arts. 256 y 257 CC, así se establece en el primero que «el poderdante podrá incluir una cláusula que estipule que el poder subsista si en el futuro precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad» y en el segundo que «el poderdante podrá otorgar poder solo para el supuesto de que en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad. En este caso, para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se estará a las previsiones del poderdante». Por tanto, como puede advertirse del tenor literal de los artículos que estamos comentando, en ambos casos se contempla como supuesto de hecho de este tipo de poderes una eventual y futura situación de necesidad de apoyo de la persona poderdante para el ejercicio de su capacidad jurídica, pero, para la adopción de medidas voluntarias en previsión de tal situación se presentan dos posibilidades: por un lado, otorgar un poder vigente desde el primer momento o a partir de cierto plazo y que incluya una cláusula para que mantenga su eficacia a pesar de la posterior discapacidad del poderdante (art.256 CC) y, por otro lado, el poder preventivo en sentido estricto que entraría en vigor sólo cuando fuesen precisas las medidas de apoyo (art.257 CC), poder denominado también *ad cautelam*. Este último tipo de poder preventivo es de eficacia eventual, tal vez no llegue a entrar en vigor nunca porque puede que nunca se produzca la situación de necesidad de apoyo. El poder preventivo con cláusula de subsistencia significa que el poder existe y está en vigor como un apoderamiento ordinario antes de que se dé la situación de necesidad de apoyo, momento a partir del cual funciona como una medida de apoyo voluntaria. En todo caso, con el otorgamiento de un poder se está legitimando la actuación de una persona en una esfera jurídica ajena y con el otorgamiento de un poder preventivo, como se ha puesto de relieve en numerosas ocasiones se busca el mismo efecto, pero o bien se difiere a un momento posterior su entrada en vigor y, por lo tanto, la legitimación que confiere queda pospuesta al futuro o bien se persigue, por expresa voluntad del poderdante, que dicha legitimación siga desplegando sus efectos aun cuando concurra la situación de discapacidad.

Lo dicho se debe poner en relación con las causas de extinción del poder reguladas en el actual art.1732 CC, en sede de regulación del mandato. Señala el citado precepto que se acaba: «1.º Por su revocación. 2.º Por renuncia del mandatario. 3.º Por muerte o por concurso del mandante o del mandatario. 4.º Por el establecimiento en relación al mandatario de medidas de apoyo que incidan en el acto en que deba intervenir en esa condición. 5.º Por la constitución en favor del mandante de la curatela representativa

como medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, a salvo lo dispuesto en este Código respecto de los mandatos preventivos». Por un lado, debe señalarse, como ya había puesto de manifiesto DÍEZ-PICAZO (1979), que tales causas de extinción no son exhaustivas, no son únicas aunque sean típicas,⁵⁵ y así, por ejemplo, cabe añadir la que se deriva de la legitimación del cónyuge del ausente para solicitar la separación y el divorcio produciendo que el poder se extinga en virtud del art. 102 CC, lo que ahora se completa con lo dispuesto en el art. 258.I CC al indicar que «cuando se hubieren otorgado a favor del cónyuge o de la pareja de hecho del poderdante, el cese de la convivencia producirá su extinción automática, salvo que medie voluntad contraria del otorgante o que el cese venga determinado por el internamiento de este». Por otro lado, debe destacarse que la concurrencia de una situación de necesidad de apoyo no es, por sí sola, causa de extinción de los poderes que una persona haya otorgado con anterioridad, cualquiera que sea la clase de los mismos; no obstante, si esa situación determina la constitución de una curatela representativa debe entonces diferenciarse: a) si se trata de un poder ordinario, se producirá la extinción *ex lege* del mismo y b) si se trata de un poder preventivo, entonces la curatela representativa no le afecta, tanto si es específico como general, salvo que proceda la aplicación del art. 258.IV CC, *in fine*⁵⁶, que, no obstante, deja a salvo lo que hubiere previsto el poderdante. Finalmente, también se reconoce un amplio margen a la autonomía de la voluntad en la extinción de los poderes preventivos, no solo para evitar su extinción, sino para regular los casos en que tenga lugar puesto que el art. 258.III CC, *in fine*, señala expresamente que el poderdante «podrá también prever formas específicas de extinción del poder».

De todo ello podemos extraer como principio rector que la representación legal como medida de apoyo para las personas con discapacidad es excepcional y subsidiaria, en cuanto está siempre supeditada a la voluntad de la persona, tanto en lo relativo a su misma existencia, ya que no nacerá la representación legal si la hay voluntaria, como en lo referente a su régimen de funcionamiento en caso de que exista, así en lo relativo a quién lo desempeñe y a la forma de desempeñarla.

En este punto, si a todo lo dicho sumamos lo defendido con anterioridad en relación a que la representación legal del ausente participa más de la naturaleza jurídica

⁵⁵ Díez-Picazo (1979.b:293).

⁵⁶ «Cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos y el curador, si lo hubiere, podrán solicitar judicialmente la extinción de los poderes preventivos, si en el apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador, salvo que el poderdante hubiera previsto otra cosa».

y caracteres de la curatela representativa que de la tutela de menores, podemos no solo plantear *de lege ferenda* la necesidad de proceder a una revisión de la regulación de la ausencia legal para adaptarse al nuevo paradigma, sino preguntarnos si *de lege data* no cabe reinterpretar la normativa para darle un mayor margen de juego a la autonomía de la voluntad en la tercera etapa de la situación del ausente, la de la declaración de ausencia legal.

La respuesta positiva parece lógica si tenemos en cuenta que, al igual que sucede con la representación de los discapaces, con la normativa de la ausencia se trata de establecer unas medidas de apoyo para una persona que, por su ausencia, precisa de un representante legal para el ejercicio de su capacidad jurídica, la cual, por hipótesis, mantiene mientras no se pruebe su fallecimiento o se declare el mismo. Se trata, en definitiva, de la respuesta del ordenamiento a una situación imprevista, la desaparición y ausencia de la persona, que genera la necesidad de establecer unas medidas de protección de la persona y, especialmente de su patrimonio, en atención a la inexistencia de medidas adoptadas por la propia persona en previsión de darse tal situación.

En una primera aproximación, una lectura del Código civil ya pone de manifiesto el carácter subsidiario o supletorio de la solución legal al establecer que la existencia de un poder general de administración retrasa la declaración de ausencia y el nombramiento de representante durante el plazo de tres años. Pero incluso se puede apuntar que al establecer la extinción de los poderes por la inscripción de la declaración de ausencia lo que hace el legislador es tipificar una presunción de voluntad del ausente⁵⁷, no solo al establecer, por proximidad de vínculo, a quien corresponde el nombramiento de representante (art. 184 CC), sino especialmente al considerar que la voluntad del poderdante sería que transcurrido un plazo de tres años sin noticias⁵⁸ el poder general ordinario de administración se extinga porque ya no responde a la finalidad para la que fue otorgado, quedando sustituido por una representación legal *ad hoc*.

Pero, creemos que se puede ir bastante más allá si reinterpretamos la normativa de la ausencia dando entrada al reseñado principio rector de supeditación a la autonomía de la voluntad, y que cabe defender que lo que hemos dicho es aplicable a los poderes ordinarios pero no a aquellos que se han otorgado expresamente en atención a la posible

⁵⁷ Presunción que consideramos *iuris tantum* en cuanto, como seguidamente expondremos, cabe la prueba en contrario de ser otra la voluntad del ausente lo que se produce cuando conste de forma expresa tal voluntad.

⁵⁸ Y, en concreto, tras declararse la ausencia legal e inscribirse en el Registro Civil (art. 183 CC, *in fine*).

situación de ausencia⁵⁹ y que, en consecuencia, la normativa tiene carácter dispositivo, pudiendo excluirse su aplicación por la voluntad del interesado mediante el establecimiento de una solución voluntaria alternativa. En tal caso, opinamos que puede trasladarse a la ausencia lo establecido para los poderes preventivos en el ámbito de la discapacidad y así, por una parte, la existencia de un poder general de administración de todos los bienes⁶⁰ dado expresamente en previsión de la ausencia podría no solo retrasar sino hacer improcedente el nombramiento de un representante legal por falta de la situación de necesidad de representación que constituye su supuesto de hecho y, por otra parte, la existencia y vigencia de los poderes preventivos especiales podría no cesar por la inscripción en el Registro Civil de la declaración de ausencia de la persona, de forma que el ámbito de actuación del representante legal nombrado sería el no cubierto con tales poderes especiales expresamente establecidos por el ausente como el medio preferente de protección de su persona y/o bienes en caso de que se produzca su desaparición y ausencia.

Retomando lo dicho, conviene insistir en que para que se produzca ese efecto de exclusión del régimen legal resulta imprescindible que tal posibilidad se infiera del contenido del poder, es decir, que la representación voluntaria esté atribuida expresamente en previsión de la situación de ausencia o quizá más exactamente, de la desaparición y/o ausencia. Consideramos además que caben también los dos tipos de poderes preventivos, esto es, los dados solo para el caso de situación de desaparición y/o ausencia, que entrarán en vigor cuando concurren las circunstancias previstas en los art. 181 o 183 CC, respectivamente, y los establecidos con cláusula de subsistencia, es decir, que sigan produciendo sus efectos, aunque se produzca la situación de desaparición y ausencia. Respecto de los segundos parece lógico sostener que si se establece su subsistencia en previsión de la ausencia deben conservar su vigencia tanto durante la situación de desaparición como la de ausencia, antes y después de que se declare la misma, por cuanto no tendría sentido que cesase durante las dos primeras etapas de desaparición y ausencia no declarada y resurgiese tras la declaración de la ausencia legal. Por el contrario, si solo se establece su subsistencia en previsión de la situación de

⁵⁹ Téngase en cuenta que no se trata de un supuesto de laboratorio por cuanto personas que realicen actividades de riesgo (militares, marinos, etc.) podrían plantearse prever la adopción de medidas para tal situación.

⁶⁰ Señalar que por economía del lenguaje nos referiremos a este poder en lo sucesivo como poder preventivo general sin especificar que baste con que sea un poder general con facultades de administración de todos los bienes.

desaparición, solo excluiría el nombramiento de defensor del art. 181 CC pero no el de representante legal con la declaración de ausencia legal del art. 183 CC.

Por otra parte, de los arts. 256 y 257 CC se podría concluir que los poderes preventivos, denominados también *ad cautelam*⁶¹, precisarían la acreditación de la circunstancia que motiva su entrada en vigor, mientras que los poderes ultraactivos o con cláusula de subsistencia no requerirían ningún tipo de acreditación de la situación de necesidad de apoyos y seguirían funcionando como antes sin ninguna formalidad o paso adicional. Sin embargo, en opinión de RIBOT IGUALADA, no parece que sea ésta la interpretación adecuada porque si bien en virtud del art. 257 CC el apoderado no está legitimado para actuar y comprometer la esfera jurídica del poderdante hasta ese momento, en el caso del poder con cláusula de subsistencia se podría afirmar que el poder se prorroga pero la prórroga sería a partir del momento en el que se produce la necesidad de apoyo en la persona del poderdante y ello impedirá que se desencadenen las medidas propias de dicha situación precisamente debido a la existencia del poder con esa cláusula, por lo tanto parece que resulta determinante que se acredite la concurrencia de la situación que da lugar a la prórroga⁶². No obstante, en la práctica, si en los poderes ultraactivos no existen diferencias en las facultades concedidas antes y después de la situación de necesidad de apoyo, no será necesaria ninguna acreditación para su ejercicio, sin perjuicio de su relevancia a efectos de integrar lo no previsto en el poder por aplicación del art. 259 CC.

Si llevamos este régimen al terreno de la ausencia parece claro que podría ser la propia declaración de ausencia o, más precisamente, su inscripción en el Registro Civil, la que implicase la subsistencia o bien la entrada en vigor del poder preventivo, con lo que procedería realizar la misma, pero sin que se nombre un representante legal, ya que esto último solo procederá en aquellos supuestos en los que no se haya otorgado poder o éste sea ordinario. Ahora bien, también nos parece posible plantear que la concurrencia de la situación de ausencia y, en consecuencia, la subsistencia o entrada en vigor del apoderamiento en previsión de la misma se acredite conforme «a las previsiones del propio poderdante» y, en concreto, a través de un acta notarial de notoriedad (*ex art. 257 CC*)⁶³; lo cual no solo refuerza el respeto a la voluntad de la persona sino que permitiría

⁶¹ En este sentido De Salas Murillo (2021:484-485).

⁶² Ribot Igualada (2021:590-591).

⁶³ Como ya antes señalamos, el acta notarial es también el medio empleado por el legislador gallego en relación a la ausencia de hecho no declarada en concreto en el art. 47 de la LDCG prevé que «la situación de ausencia efectiva del domicilio habitual podrá acreditarse mediante acta de notoriedad tramitada por

avanzar en la desjudicialización⁶⁴ de esta materia, objetivo buscado e implementado en el ámbito de las personas con discapacidad en la tan aludida reforma operada por la Ley 8/2021, pero que es común a todo el ámbito del Derecho de la persona⁶⁵ y que no es ajeno a la ausencia legal, pues no es otro al que responde el traslado de competencias del Juez al Letrado de la Administración de Justicia y la posposición de la declaración de ausencia si la persona está debidamente representada, retrasando la intervención de la autoridad hasta que se considera imprescindible.

Como consecuencia de lo anterior podemos plantear si lo que resulta inviable por improcedente como consecuencia del establecimiento de una medida voluntaria de previsión es el nombramiento de un representante legal o la declaración de ausencia legal en sí misma. En principio, parece claro que si se otorga un poder preventivo cuya entrada en vigor o subsistencia de efectos se hace depender de la declaración de ausencia y/o su inscripción en el Registro Civil, lo que no procede es el nombramiento de representante legal, pero sí la declaración de la situación de ausencia legal, por cuanto, la voluntad del interesado solo excluye aquella pero no la tramitación del expediente de jurisdicción voluntaria y consiguiente constatación y declaración de la ausencia legal que constituye la forma en que la persona ha querido que se acredite que concurren las circunstancias para la eficacia del poder, lo que es especialmente relevante en los poderes *ad cautelam*, porque en los poderes con subsistencia de facultades la vigencia inmediata de los mismos hará que en muchas ocasiones no se acuda a promover la declaración de ausencia por falta de necesidad de la medida, pese a la obligación establecida en el art. 182 CC⁶⁶ que se mantendría. Por el contrario, en cuanto de lo dispuesto por la propia persona resulta que la acreditación de la situación de ausencia legal puede efectuarse por una vía distinta a la declaración de ausencia, parece que la prevalencia de la medida voluntaria sobre la legal, debe llevar a hacer innecesaria la misma declaración de ausencia, salvo que por cese de o insuficiencia de la medida voluntaria⁶⁷ proceda acudir a la misma⁶⁸.

notario hábil, en la cual se hará constar la persona a la que corresponde la representación y defensa de los intereses del ausente».

⁶⁴ Entendida en el presente caso como exclusión de la necesidad de tramitar un expediente de jurisdicción voluntaria en el Juzgado, aunque sea ante el Letrado de la Administración de Justicia.

⁶⁵ *Vid.* así la reforma operada por la LJV con la atribución de competencias a los notarios en ámbitos no contenciosos que antes eran estrictamente judiciales.

⁶⁶ Ya en el régimen anterior a la Ley 8/2021 la existencia de los poderes preventivos con subsistencia de facultades hacía que no se acudiese a la preceptiva modificación judicial de la capacidad.

⁶⁷ *Vid.* art. 249 CC.

⁶⁸ De todo lo dicho resulta que es muy importante ser preciso a la hora de conformar la voluntad anticipada y redactar el poder preventivo y señalar con claridad si se quiere que entre en vigor como tal cuando concurren las circunstancias del art. 183 CC sin que hayan sido declaradas o si dependerá de la declaración

Admitida la posibilidad y eficacia de otorgar un poder preventivo para el supuesto de incurrir en situación de ausencia, debe estarse a los límites a la autonomía de la voluntad para fijar su contenido y alcance, considerando que en el presente caso un límite sería la propia finalidad de la institución que, recordemos, radica principalmente en proteger el patrimonio del ausente en interés del mismo, que es el principal beneficiario y destinatario de las medidas que se adopten, pero también en interés de quien por sucesión pueda ser el titular definitivo del mismo, dado que el ausente podría estar fallecido y ser ya en ese momento el patrimonio del sucesor⁶⁹. No obstante, es un límite en gran medida irrelevante, porque parece lógico pensar que, salvo en supuestos muy excepcionales, el interés del poderdante y el de su eventual sucesor al tiempo de conformarse el poder preventivo no son contrapuestos sino concurrentes, por cuanto el poderdante lógicamente elegirá a un apoderado, le conferirá unas facultades, establecerá las medidas u órganos de control, las condiciones e instrucciones para el ejercicio de las facultades, las salvaguardas para evitar abusos, conflictos de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión que estime oportunos, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias, pero orientándolo todo a la mejor administración de su patrimonio, lo que implicará la conservación y defensa del patrimonio y la obtención de los rendimientos normales de que fuesen susceptibles (art. 185 CC).

Por otro lado, en lo relativo a la retribución y la indemnización de los daños que se le ocasionasen al representante cabría ya que se prevean en el propio poder y, en el caso de que no fuese así, consideramos que serían de aplicación, en la medida en que resultasen compatibles, las normas del contrato de mandato puesto que, como resulta del art. 262 CC al señalar que «lo dispuesto en este capítulo se aplicará igualmente al caso de mandato sin poder», la regla general es que también los poderes preventivos tengan como sustrato un mandato. Esta es también la solución seguida en el Derecho civil de Galicia en el que la propia normativa reguladora de la situación de ausencia de hecho hace una remisión expresa y con carácter general a las normas del mandato en el art. 49 LDCG al establecer que «el representante obligará al ausente de hecho en todos los actos y negocios realizados con arreglo al artículo anterior, siéndoles de aplicación, en cuanto a derechos y obligaciones, las reglas del mandato, sin otras excepciones que las contempladas en

de ausencia por el Letrado de la Administración de Justicia o incluso de la inscripción de la misma en el Registro Civil, siendo todo ello posible al amparo de la autonomía de la voluntad.

⁶⁹ Lógicamente, una vez acepte la herencia.

estos preceptos», lo cual resulta muy útil cuando la retribución prevista en el art. 50 LDCG no es suficiente, puesto que se entiende aplicable el art. 1729 CC⁷⁰.

Es evidente que la existencia de estos apoderamientos preventivos de la ausencia no genera que se mantenga a perpetuidad esa situación por cuanto pueden concurrir circunstancias que produzcan la extinción del poder manteniéndose la situación de ausencia, con la consiguiente necesidad de proceder en tal caso al nombramiento de un representante legal o incluso a la declaración formal de ausencia cuando no hubiese sido procedente⁷¹, o bien, que produzcan la extinción del poder pero también paralelamente el cese de la situación de ausencia legal.

En tal sentido, partiendo de que consideramos también trasladable a esta materia lo establecido respecto de los poderes otorgados en previsión de la discapacidad con las adaptaciones y exclusiones necesarias⁷², podemos enumerar como supuestos de extinción del poder preventivo de la ausencia⁷³ los siguientes:

I.- Dentro de los que determinan paralelamente el cese de la situación de ausencia legal: a) la aparición del ausente (realmente en este supuesto solo se extingue el poder *ad cautelam*, no el que tenga cláusula de subsistencia que exigirá la revocación por el poderdante reaparecido, porque de otra forma seguiría desplegando sus efectos como antes de la situación de ausencia); b) la muerte del ausente; y c) la declaración de fallecimiento del ausente *ex arts.* 193 y ss. CC, puesto que no creemos que pueda establecerse una medida voluntaria que excluya la posibilidad de proceder a dicha declaración, por cuanto el fundamento de la misma no radica en la protección de la persona del declarado fallecido sino en la de los terceros afectados como herederos o cónyuge, por lo que la regulación de sus efectos resulta ajena a la voluntad de aquél.

II.- Dentro de los que su concurrencia determina la necesidad de proceder al nombramiento de un representante legal, previa la declaración formal de ausencia en su

⁷⁰ En concreto el art.1729 CC «Debe también el mandante indemnizar al mandatario de todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato, sin culpa ni imprudencia del mismo mandatario». En este sentido *vid.* Nieto Alonso (2008:284) y Álvarez Lata (2015:110-111).

⁷¹ Nos vamos a centrar en el supuesto del poder general preventivo con facultades de administración de todos los bienes que determina la exclusión de nombramiento de representante legal o de la declaración de ausencia; no obstante, las causas que citemos serán también aplicables, en su caso, a los poderes preventivos especiales determinando la extensión del ámbito de actuación del representante legal.

⁷² No son de aplicación todas las causas pues lógicamente no resultan compatibles con la situación a la que estamos haciendo alusión la revocación, el concurso del poderdante, ni la prevista en el art. 1732.5º referida a la adopción de medidas de apoyo del poderdante, en cuanto presuponen la presencia del mismo.

⁷³ Nos referimos a los supuestos de extinción durante su vigencia y, por ello, no incluimos su revocación salvo en caso de reaparición. Evidentemente, sí cabe la revocación por el poderdante en cualquier tiempo y circunstancia.

caso: a) la renuncia⁷⁴, muerte o declaración de concurso del apoderado; b) por el establecimiento en relación al apoderado de medidas de apoyo que incidan en el acto en que deba intervenir en esa condición; c) por decisión judicial si en el apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador, salvo que el poderdante hubiera previsto otra cosa⁷⁵; y d) por las formas específicas de extinción del poder previstas por el poderdante⁷⁶, entre las que puede destacarse la caducidad del mandato a que también se refiere el art. 183 CC.

Para finalizar este punto, queremos destacar que los poderes preventivos se erigen en instrumentos cada vez más importantes en el tráfico jurídico, en cuanto combinan el respeto a la voluntad de la persona con una innegable utilidad práctica por su sencillez y flexibilidad.

Ahora bien, la influencia de la Ley 8/2021 en la normativa de la ausencia legal no acaba con los poderes preventivos. Debe también plantearse la relevancia de la voluntad del ausente respecto de la configuración de la representación legal cuando proceda la constitución de la misma. En principio, respecto de la elección del representante parece resultar irrelevante la voluntad del titular del patrimonio puesto que, tal y como se recoge en el art.184 CC en el orden de prelación que contiene, no hay referencia alguna a la persona designada por el ausente ni de forma presunta, por la vía de haberle dado un poder ordinario⁷⁷, ni tampoco de forma expresa.

No obstante, todos los argumentos apuntados para considerar que la representación voluntaria preventiva debe ser preferente a la legal son perfectamente trasladables para considerar también dispositiva la normativa reguladora de la representación legal del ausente y, por tanto, supeditada a la voluntad expresa del mismo, que no sea contraria a la esencia de la institución, lo que en el presente caso conlleva que no impliquen disposiciones contrarias a la conservación y adecuada explotación del

⁷⁴ Obsérvese que el inciso inicial del último párrafo del art. 183 CC respecto de la extinción del poder ordinario que retrasa la declaración de ausencia alude a la «renuncia justificada», lo que creemos que debe ponerse en relación con el art. 1736 CC y la imposibilidad de ponerlo en conocimiento del poderdante, por lo que el parámetro de que funde su renuncia en la imposibilidad de continuar desempeñando el poder sin grave detrimento suyo parece encajar con esa idea de renuncia justificada.

⁷⁵ Vid. art. art. 258.IV CC.

⁷⁶ Vid. art. 258.III CC, *in fine*.

⁷⁷ En la línea de considerar que si el ausente le dado un poder ordinario de general administración debería ser nombrado en cuanto es el preferido por la propia persona para que se encargue de su patrimonio tras, eso sí, pasar el filtro del Letrado de la Administración de Justicia para comprobar que no hay motivo grave para no nombrarlo.

patrimonio en interés de quienes puedan ser sucesores en el mismo, en atención a que, sin saberlo, puedan ya estar llamados a ser titulares del mismo.

En tal sentido nos parece viable, al amparo del principio general de la autonomía de la voluntad, un negocio jurídico de corte similar a la actual autotutela⁷⁸, que podríamos llamar «autorrepresentación del ausente», con un alcance próximo al de aquella. Así podrá tener por objeto la propuesta de nombramiento o la exclusión de quien vaya a ser nombrado por el Letrado de la Administración de Justicia para ostentar la representación legal. En este punto, existe incluso en la letra del Código civil un cauce para reconocer la eficacia de tal propuesta pues no debe olvidarse que el art. 184 CC supedita la jerarquía del listado de las personas que sean nombradas a que no exista «motivo grave apreciado por el Secretario judicial» y la existencia de un previsión expresa del propio ausente parece ser un motivo grave para alterar el orden del precepto o incluso excluir a todos los enumerados en el mismo, con lo que se consigue una eficacia similar a la que le atribuye a la autotutela el art. 272 CC. También consideramos que esa autorrepresentación podría extenderse a otros aspectos como son establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la misma y, en especial, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del representante curador, obligación de hacer inventario o su dispensa y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo, por cuanto si puede establecer un poder preventivo que excluya la representación legal también podrá modalizar el régimen de la misma. En todo caso, parece lógico aplicar también, por la teoría general de los negocios jurídicos, un régimen similar al previsto en el art. 272 CC y que, por tanto, exista una posibilidad de revisión por el Letrado de la Administración de Justicia de las medidas voluntarias adoptadas siempre que concurren circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración sobrevenida de las causas o circunstancias que expresa o presumiblemente se tuvieron en cuenta para establecer tales disposiciones.

Es verdad que, *de lege ferenda*, sería conveniente introducir de forma expresa esta supeditación a la voluntad del ausente, por la vía de la regulación, directa o por remisión, de los poderes preventivos de la ausencia y del negocio jurídico de modalización del régimen legal, pero ello no excluye que defendamos que existen ya importantes argumentos para una reinterpretación de los preceptos que permita en la actualidad reconocer relevancia a dicha voluntad con el alcance que hemos expuesto.

⁷⁸ Antes autotutela.

IV. CONCLUSIONES

I.- La entrada en vigor de la Ley 8/2021 ha supuesto nuevos paradigmas que llevados al ámbito de la declaración de ausencia legal, en nuestra opinión, no sólo permiten, sino que obligan a reinterpretar el papel de la voluntad de la persona en el diseño de dicho régimen jurídico.

II.- En la actualidad la curatela ha desplazado a un segundo plano a la tutela, que queda reducida al ámbito de los menores no emancipados, sin embargo, la ausencia legal sigue manteniendo la remisión a las normas de la tutela. hoy en día hay que entender dicha remisión a la curatela. Existen numerosos argumentos que apuntan en tal dirección y así lo hemos demostrado no sólo en lo que respecta al régimen aplicable al derecho a una retribución del representante legal sino también en general. A título ilustrativo se puede argumentar lo afirmado en los distintos principios rectores de una y otra, así como la supletoriedad de la curatela frente a cualquier medida voluntaria dispuesta por la persona necesitada de apoyo, algo que no es posible en la tutela pues ésta no puede evitarse mediante medida voluntaria alguna ya fuese establecida por los propios menores o sus progenitores.

III.- Es necesaria una reinterpretación de la normativa existente y estudiar la posibilidad de dar una mayor relevancia a la voluntad, deseos y preferencias de ausente, sin perjuicio de combinarlo con el parámetro específico de su «especial representación» (art. 185 in fine CC) esto es, como es la búsqueda de la conservación y defensa del patrimonio.

IV.- Se asiste a una progresiva reducción del ámbito de la representación legal (desaparición de la patria potestad prorrogada y rehabilitada) al concebirse la curatela representativa no sólo como excepcional sino como subsidiaria. En efecto, se modifica la jerarquía de las medidas de apoyo de las personas con discapacidad y ocupa un lugar preferente la representación voluntaria frente a la legal, siendo el cauce que el legislador tipifica para configurar esa representación voluntaria los poderes y mandatos preventivos.

V.- Se configura un nuevo principio rector de la representación legal la cual en cuanto medida de apoyo para las personas con discapacidad es considerada como excepcional y subsidiaria, consiguientemente está siempre supeditada a la voluntad de la persona, tanto en lo relativo a su misma existencia, ya que no nacerá la representación legal si la hay voluntaria, como en lo referente a su funcionamiento en caso de que exista, incluida la designación de la persona que la desempeñe y la forma de desempeñarla.

VI.- Existen diferentes argumentos y de diversa índole que avocan a la extrapolación de dicho principio al ámbito del régimen jurídico de la ausencia. Incluso partiendo de que el Código civil sólo permite que la existencia de un poder general de administración retrase la declaración de ausencia, considera eficaz el nombramiento de un representante durante un plazo de tres años y su extinción por la inscripción de la declaración de ausencia (lo que a nuestro juicio supondría atender a una presunción de voluntad del ausente), consideramos que es posible la exclusión del régimen legal siempre que así se infiera del contenido del poder, es decir, que la representación voluntaria esté atribuida expresamente en previsión de la situación de ausencia o quizá más exactamente, de la desaparición y/o ausencia.

VII.- Si se otorga un poder preventivo cuya entrada en vigor o subsistencia de efectos se hace depender de la declaración de ausencia y/o su inscripción en el Registro Civil, no procedería el nombramiento de representante legal, pero sí la declaración de la situación de ausencia legal.

VIII.- El poder preventivo para el supuesto de incurrir en situación de ausencia debería respetar los límites a la autonomía de la voluntad para fijar su contenido y alcance, los cuales en este contexto vendrían dados por la propia finalidad de la institución que, recordemos, radica principalmente en proteger el patrimonio del ausente en su propio interés. Límite, por lo demás, en gran medida irrelevante, toda vez que el poderdante lógicamente elegirá a un apoderado teniendo en cuenta la mejor administración de su patrimonio.

IX.- Es posible dar un paso más y reconocer relevancia de la voluntad del ausente respecto de la configuración de la representación legal cuando proceda la constitución de la misma. En un principio, respecto de la elección del representante parecería irrelevante su voluntad puesto que, tal y como se recoge en el art.184 CC, en el orden de prelación que contiene, no hay referencia alguna a la persona designada al efecto por el ausente, pero sí está supeditado el orden del llamamiento a que no exista «motivo grave apreciado por el Secretario judicial», y es precisamente en ese inciso en el consideramos que podría tener cabida la existencia de un poder en el sentido indicado.

Bibliografía

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021), «Comentario al art.223» (C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación*

- civil y procesal en materia de discapacidad*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (pp. 368-375).
- ÁLVAREZ LATA, N. (2015), «Capítulo III. Derecho de la persona» (J. M. BUSTO LAGO, Dir.), *Curso de Derecho civil de Galicia*, Ed. Atelier, Barcelona (pp.107-111).
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (2016), «Comentario al art.73», A. Fernández de Buján (Dir.), *Comentarios a la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (p. 410).
- DE CASTRO, F. (1952), *Derecho Civil de España. Parte General. Derecho de la persona*, T. II, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid (pp.478-556).
- DÍEZ GARCÍA, H. (2013), «Comentario al art.186» en la obra colectiva *Comentarios al Código Civil* (R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Dir.), T. II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 1970-2011).
- DÍEZ-PICAZO L. (1968.a) «El concepto jurídico de representación en el Derecho Privado (Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 15 de junio de 1964)», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 16, 1968 (pp. 133-175).
- (1968.b) *La representación en el Derecho Privado*, Ed. Civitas, Madrid (pp. 285-290).
- GARCÍA GARNICA, M^a C. (2013), «Comentario al art.220», *Comentarios al Código Civil* (R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Dir.), T. II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (pp.2076-2079).
- NIETO ALONSO, A. (2008), «Comentario del art.46» y «Comentario al artículo 50», Ángel Rebolledo Varela (coord.), *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor (pp. 259-285).
- RIBOT IGUALADA, J. (2021), «Comentario a los artículos 256 y 257 CC», *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Dir.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor (pp. 578-604).
- DE SALAS MURILLO, S. (2021), «Comentario al art.257», *Comentarios al Código Civil* (R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor (pp. 484-485).
- SERRANO Y SERRANO, I. (1943), *La ausencia en el Derecho español*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid (pp.159, 164 y 195).

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL (IV): AGOSTO-DICIEMBRE 2022

JOSÉ-RAMÓN GARCÍA VICENTE

Letrado del Gabinete técnico del Tribunal Supremo, *Civil*
Catedrático de Derecho Civil (en excedencia)

Cómo citar / Citation

García Vicente, J. R. (2022).

Cuadernos de Derecho Privado, 4, pp. 148-182

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.34>

(Recepción: 16/12/2022; aceptación: 22/12/2022; publicación: 30/12/2022)

Resumen:

Esta crónica recoge un periodo especialmente fructífero de la sala primera del Tribunal Supremo en materias bien dispares entre sí. En particular, se da cuenta de las sentencias de Pleno 579/2022, de 26 de julio (Rafael Sarazá Jimena), sobre los principios de justicia rogada y congruencia en los pleitos de consumo; 747/2022, de 14 de octubre (Antonio García Martínez), sobre el control de los comentarios en *Facebook*; y la sentencia 771/2022, de 10 de noviembre (José Luis Seoane Spiegelberg) relativa a desahucio por precario y alegación de la Ley 1/2013 por el precarista.

Palabras clave

Justicia rogada, desahucio por precario, responsabilidad civil en Internet

Abstract:

This report covers a fruitful period of case-law development of the private law division of the Spanish Supreme Court in different matters. Three plenary judgements are particularly analysed in the report: Judgement 579/2022, July 26 (reporting judge, Rafael Saraza) on the party disposition principle and the consistency rule in consumer protection cases; judgement 747/2022, October 14, (reporting judge, Antonio García) on control of the users' comments by Facebook, and judgement 771/2022 (reporting judge, Jose Luís Seoane) on eviction of tenants and the efficacy of alleging statute 1/2013 by the tenant.

Keywords

Party disposition principle, eviction of tenants, liability for on-line misconduct.

1.- Antes de examinar las sentencias que obligan a una más detenida dación en cuenta, refiero ahora algunas cuantas que repiten doctrinas sabidas o que apuntan lejos. Veámoslas.

(i) La sentencia de Pleno [669/2022, de 14 de octubre](#) (José Luis Seoane Spiegelberg) nos recuerda una útil enseñanza, en su fundamento de derecho 3.º, apartado 3:

“Como precisan las sentencias de esta Sala n.º [327/2010, de 22 de junio](#) [Antonio Salas Carceller]; n.º [362/2011 de 7 de junio](#) [Rafael Giménez-Bayón], son irrecurribles los argumentos ex abundantia; n.º [344/2018, de 7 junio](#) [Eduardo Baena Ruiz], y n.º [453/2018, de 18 de julio](#) [Antonio Salas Carceller]; no constituyen jurisprudencia los argumentos obiter dicta, a “mayor abundamiento” o “de refuerzo”, sino la fundamentación de la resolución que tenga carácter decisivo o determinante del fallo; es decir, que constituya su ratio decidendi (SSTS n.º [1238/2007, de 27 de noviembre](#) [Antonio Salas Carceller]; n.º [1348/2007, de 12 de diciembre](#) [Ignacio Sierra Gil de la Cuesta]; n.º [43/2008, de 25 de enero](#) [Clemente Auger Liñán]; n.º [38/2008, de 25 de enero](#) [Clemente Auger Liñán]; y n.º [597/2008, de 20 de junio](#) [Clemente Auger Liñán], entre otras).”

Hay una estrechísima conexión entre cuál sea asunto o materia al que debe referirse el recurso de casación -la que sea determinante para el fallo- y lo que configura la doctrina de la sala -el interés casacional-. Ambos asuntos desembocan en la *ratio decidendi* de la sentencia, que es lo que importa y no las cuestiones accesorias que se hayan debatido, por largos desarrollos que haga la sala sobre tales aspectos secundarios. Sobre la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta* recuerdo de nuevo -y no estoy seguro de que sea la última vez que lo haga- el trabajo de José Puig Brutau: “Cómo ha de ser invocada la doctrina civil del Tribunal Supremo”, *Revista Jurídica de Cataluña* (1953), pp. 40-57.

(ii) La sentencia [758/2022, de 7 de noviembre](#) (Antonio García Martínez) se pronuncia sobre los informes periciales y abunda, con otro lenguaje, en los elementos que deben considerarse para valorarlos así como en la llamada “sana crítica” a que debe someterse (art. 348 LEC). Lo cierto es que no está muy claro en qué consiste la labor de sujetar a crítica racional lo que diga un informe pericial. Así en su fundamento de derecho 2.º, apartado 3:

“Es cierto, como dice la Audiencia Provincial, que el juzgado se aparta de las recomendaciones del equipo psicosocial, pero el informe del equipo psicosocial sirve para auxiliar al tribunal y, como recordamos en la sentencia [705/2021, de 19 de octubre](#) [M.ª Ángeles Parra Lucán], con cita de la [318/2020, de 17 de junio](#) [Eduardo Baena Ruiz], que, a su vez, cita otras, “[...] tales informes deben ser

analizados y cuestionados jurídicamente por el tribunal, como ocurre con los demás informes periciales [...]".

Y ello, porque no son instrumentos retóricos, sino herramientas epistémicas adecuadas para suministrar información sobre los hechos relevantes del proceso cuyo mérito y calidad debe establecer el tribunal a través de un proceso de valoración racional, intersubjetivamente controlable. De ahí, que su valoración crítica no se pueda eludir ni reputar innecesaria, pues quien lo emite, por muy experto que sea, no es el juez del caso, por lo que la recepción acrítica y automática juridificación de sus conclusiones a través de su simple incorporación a la sentencia judicial, sin mayor comentario, no se puede considerar adecuada, y menos aún, cuando se trata de establecer lo más conveniente para el interés de las menores"

(iii) En algún momento deberán racionalizarse los estándares probatorios, esto es, cuándo y de qué manera un hecho que es determinante para el fallo es "altamente probable" o "altamente improbable": así, la sentencia [622/2022, de 26 de septiembre](#) (Antonio García Martínez).

Me hago dos preguntas: por un lado, ¿por qué decidir que un hecho solo se acredita si es "altamente" probable y no cuando es sencillamente probable? La conjetura, la hipótesis y el juicio de probabilidad -que confirme aquella- son elementos que construyen justamente la "presunción judicial" como deducción "lógica" (art. 386.1 LEC). Los estándares de prueba son un asunto de la mayor importancia y exigiría una larga, muy larga, reflexión: un apunte preliminar, muy interesante, como suele, Marina Gascón Abellán: "Estándares de prueba y motivación", en *Argumentación jurídica*, Marina Gascón (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 426 y ss.

Por otro lado y al hilo de la cuestión de fondo que resuelve la sentencia: ¿qué debemos hacer con la pensión compensatoria? ¿derogarla? Sobre esta cuestión me parece que la cosa va para largo: véanse, sino, las sentencias 838/2022, de 28 de noviembre (José Luis Seoane Spiegelberg) que fija una pensión de duración indefinida o la sentencia 837/2022, de 28 de noviembre (María de los Ángeles Parra Lucán) que refiere la "pérdida de oportunidades" como razón última de ser de la pensión.

(iv) La rivalidad, el enconamiento, el enfrentamiento mutuo entre los sucesivos litigantes amplía la crítica acerba que cabe admitir así como el margen de tolerancia frente a improprios o ácidas críticas: véanse las sentencias [620/2022, de 22 de septiembre](#) (*comunidad de propietarios*; Francisco Javier Arroyo Fiestas) y [623/2022, de 26 de septiembre](#) (*departamento universitario*; Francisco Javier Arroyo Fiestas).

(v) Las expresiones manifiestamente ofensivas y ultrajantes son siempre innecesarias y lesivas y no merecen amparo, se repudian incluso aunque guarden relación con la noticia o el hecho que se difunde y la valoración de esta. La sentencia [630/2022, de 27 de septiembre](#) (Rafael Sarazá Jimena) en su fundamento de derecho 7.º señala:

“3.- El requisito de la proporcionalidad supone que ninguna información, ni la valoración que acompañe a la misma, puede manifestarse mediante frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan o con la noticia que se comunique y, por tanto, innecesarias en cuanto carentes de justificación a tales propósitos (sentencias [572/2022, de 18 de julio](#) [M.ª Ángeles Parra Lucán]; [252/2019, de 7 de mayo](#) [Francisco Marín Castán]; [338/2018, de 6 de junio](#) [Francisco Marín Castán]; [156/2018, de 21 de marzo](#) [Francisco Marín Castán]; y [685/2017, de 19 de diciembre](#) [Francisco Marín Castán]).

4.- Lo relevante para determinar el carácter meramente ofensivo u oprobioso de una expresión es su vinculación o desvinculación con la información transmitida y el juicio de valor emitido (sentencia [252/2019, de 7 de mayo](#) [Francisco Marín Castán]), dado que ni la información ni la opinión o crítica pueden manifestarse con frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con la noticia que se comunique o con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, innecesarias a tales propósitos. La transmisión de la noticia o reportaje y la expresión de la opinión no pueden sobrepasar, respectivamente, el fin informativo o la intención crítica pretendida, dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado, debiendo prevalecer en tales casos la protección del derecho al honor (sentencias [481/2019, de 20 de septiembre](#) [Eduardo Baena Ruiz] y [370/2019, de 27 de junio](#) [Eduardo Baena Ruiz]).”

(vi) El humor o el sarcasmo no es lo que parcialmente considere el medio de comunicación o el periodista -por más público que jalee su verbo florido-, sino lo que lo sea objetivamente y no se le ve la gracia -sí la desgracia- al hecho de sugerir la vinculación de una persona con el terrorismo: así, la sentencia [646/2022, de 5 de octubre](#) (*titirietarras*, Juan María Díaz Fraile).

(vii) También debe destacarse la favorable acogida a las libertades de expresión e información que propone el Tribunal que ni reduce ni estrecha el campo de juego del debate o la controversia, como parecen pedir los recurrentes.

Véanse, así, las sentencias [577/2022, de 19 de julio](#) (*grupo musical Triana*; Ignacio Sancho Gargallo); [585/2022, de 26 de julio](#) (controversia entre facciones, *Federación de Los Verdes*; Rafael Sarazá Jimena); [588/2022, de 26 de julio](#) (*Candidatura d'Unitat Popular*, la CUP, Rafael Sarazá Jimena) y la sentencia Pleno [593/2022, de 28 de julio](#) (*El programa de Ana Rosa*, José Luis Seoane Spiegelberg) sobre libertad de información en relación con el derecho a la propia imagen y que hace unas prolijas consideraciones sobre el derecho a la propia imagen en la sociedad digital (fundamento de derecho 3.º, apartados 4 y 5).

(viii) Otras sentencias constatan la naturaleza menguante de la intimidad de los personajes que participan en la crónica social, en uno u otro lado de las controversias, según los casos. Así las sentencias [759/2022, de 7 de noviembre](#) (*Sálvame de luxe*; Francisco Javier Arroyo Fiestas) y [793/2022, de 18 de noviembre](#) (*Lecturas*, Francisco Javier Arroyo Fiestas).

Tal vez la disputa judicial sea una pieza más del entramado de descarnada exposición pública de la intimidad de los protagonistas en un buen número de resoluciones judiciales. Y hayan pasado los tribunales y sus resoluciones a enriquecer el entretenimiento de tirones o troyanos.

(ix) En fin, se reitera que la expulsión de asociados no se somete, en general, a los límites y reglas propias del Derecho sancionador: sentencia [755/2022, de 3 de noviembre](#) (*Club de Campistas El Garbí, SC*, Rafael Sarazá Jimena).

(x) O, por último, qué tengo que creer para ser coherente con mi partido o qué disidencia es posible o, desde otra perspectiva, qué convicciones se imponen por la pertenencia a un partido -o cómo conciliar libertad de conciencia con adopción y sujeción al programa del

partido. Es el caso de la sentencia [682/2022, de 18 de octubre](#) (*Podemos*; Rafael Sarazá Jimena).

Son de interés dos pronunciamientos de esta sentencia que resuelve, en suma, un caso de eficacia horizontal de los derechos fundamentales o *Drittwirkung*. En el primero se recuerda (fundamento de derecho 6.º, apartado 4) el alcance del control de las decisiones disciplinarias de los partidos políticos -distintos, por su posición cualificada en la participación política, art. 6 de la Constitución, a otras asociaciones o agrupaciones-:

“Como ya hicimos en la sentencia [412/2020, de 7 de julio](#) (Rafael Sarazá Jimena), hemos de partir de que la STC [226/2016, de 22 de diciembre](#) (Adela Asua Batarrita, con votos particulares), ha supuesto un punto de inflexión respecto de la jurisprudencia anterior, pues ha introducido importantes modificaciones en el control judicial de la actuación disciplinaria de los partidos políticos. Al considerar que los partidos políticos son asociaciones constitucionalmente cualificadas, que ocupan una posición dominante en el ámbito de la participación política, el Tribunal Constitucional ha afirmado que el control judicial de la regularidad de los acuerdos disciplinarios puede extenderse al análisis material de las causas de la sanción.”

El juicio de ponderación se materializa en el fundamento de derecho 8.º que da cuenta de las razones para estimar el recurso interpuesto por los afiliados -y pertenecientes también a la Escuela *Prometeus*- respecto al partido:

“1.- En alguna ocasión (sentencia [412/2020, de 7 de julio](#) [Rafael Sarazá Jimena]) hemos declarado que los afiliados a un partido político no dejan su libertad de expresión en la puerta de la sede del partido cuando se afilian a él, por más que la afiliación suponga algunas limitaciones a dicha libertad, que no sufren los no afiliados. Esta afirmación es también sustancialmente aplicable a la libertad religiosa o de creencias.

*2.- Los partidos políticos son organizaciones con un claro componente ideológico que articulan a una pluralidad de individuos y convierten esa diversidad en una expresión ordenada y unitaria capaz de traducirse en decisiones políticas concretas. En consecuencia, es lógico que cada partido exija a sus afiliados una coherencia ideológica, un compromiso con el ideario (que en *Podemos* se denomina*

"documento ético") y el programa del partido, sin perjuicio de permitir el debate interno e incluso la disidencia, dentro de los márgenes razonables en torno a esa ideología y ese programa. Como declara la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia) en sus Lineamientos sobre la regulación de los Partidos Políticos adoptados en su 84.ª sesión plenaria, "[e]l derecho individual de libre asociación no se extiende a requerir que un partido político exija aceptar a miembros que no comparten sus creencias y valores fundamentales".

3.- Ahora bien, en lo que no sea incompatible con esa ideología y ese programa, los afiliados conservan su libertad de creencias sin que por razón de esas creencias puedan ser expulsados o ver limitado su derecho de participación en la organización y la vida interna del partido, incluida la posibilidad de ocupar un cargo en el partido o presentarse a las elecciones primarias para integrar las candidaturas del partido a las diversas elecciones en las que participe.

4.- En la resolución del consejo ciudadano en la que se denegó la validación de la candidatura de los demandantes para participar en las elecciones primarias de Ahora Madrid, las razones de fondo de dicha decisión, a las que ha quedado circunscrito el debate procesal, se basan en la no conformidad de dicha candidatura con dos de los principios enunciados en el "documento ético" de Podemos.

5.- El primer principio con el que sería incompatible la candidatura de los demandantes sería "el compromiso de [...] abstenerse de optar a cargos electos con el objetivo de representar intereses personales, económicos o políticos ajenos a los que correspondan en cada caso al cargo electo en cuestión".

6.- La consideración de que la mera adscripción de un afiliado a una confesión religiosa o a una institución en la que se canalice la dimensión externa y colectiva de una determinada creencia de otra naturaleza (como es el caso de una escuela esotérica para quienes profesan esas creencias esotéricas) supone que, en caso de ostentar un cargo electo, el afiliado defenderá "intereses personales, económicos o políticos ajenos a los que correspondan en cada caso al cargo electo en cuestión", con la consecuencia de que no pueda participar en los procesos de elecciones primarias del partido político, constituye una restricción excesiva e injustificada de la libertad de creencias del afiliado. Sin ningún otro dato

complementario, no está justificado que se identifique la adscripción del miembro del partido a una confesión religiosa o a unas creencias de otra naturaleza con que su participación en unas elecciones primarias esté motivada por el interés de anteponer sus intereses "personales, económicos o políticos" a los propios del cargo al que opta.

7.- El otro principio del "documento ético" de Podemos con el que, según el partido demandado, sería incompatible la candidatura de los demandantes y que justificó la negativa del consejo ciudadano a validarla, sería el de "impulsar el laicismo, promoviendo un sistema democrático fundado en la libertad de conciencia, sin apoyar ningún culto o religión".

8.- En el contexto del llamado Documento Ético de Podemos, en que se recogen sus principios ideológicos, ha de entenderse por laicismo la promoción de una sociedad organizada aconfesionalmente, esto es, de forma independiente y ajena a las confesiones religiosas, y la secularización del Estado. Por tanto, el mero hecho de profesar una religión o, de un modo más amplio, unas creencias, no supone por sí solo infringir ese principio.

9.- Pues bien, ni en el acuerdo adoptado por el órgano del partido demandado ni en las alegaciones que dicho partido ha hecho en este litigio existe una explicación o justificación de que la Escuela Prometeus, que se define como iniciática (sic) y esotérica, propugne que la organización social y, más concretamente, la organización política de la sociedad se ajuste a las exigencias de esas creencias.

10.- Esas creencias pueden tener una dimensión que afecte exclusivamente al ámbito individual, personal, pero que no supongan necesariamente una exigencia de adaptación de la organización política a determinadas directrices impuestas por tales creencias.

11.- Sin una justificación razonable de la contradicción entre las creencias de los afiliados y los principios ideológicos y programáticos del partido, que en este caso no se ha producido, limitar el derecho de participación de los afiliados en el funcionamiento y la organización interna del partido, en concreto en las elecciones primarias, por profesar unas creencias, constituye una limitación relevante de sus derechos de participación que afecta negativamente a su libertad de

creencias, pues son estas creencias la causa por la que han visto limitados sus derechos, sin que ello esté justificado por la necesidad de coherencia ideológica del partido político.

12.- Por tanto, lo relevante no es que el acuerdo del partido político que restringió los derechos de participación de los demandantes dijera apoyarse en los estatutos, sino comprobar que, efectivamente, los estatutos amparaban la medida adoptada en dicho acuerdo; lo relevante no es que el acuerdo declarara que la pretensión de los demandantes de participar en las elecciones primarias era contraria al ideario del partido político sino comprobar que, efectivamente, existía una base razonable de que tal contradicción se producía y que no se restringían los derechos fundamentales de los afiliados más allá de lo que la coherencia ideológica y política del partido político exigía.”

2.- Las sentencias de Pleno de este periodo -agosto, diciembre- han sido las siguientes. alguna de ellas no merece un examen separado al consolidar la doctrina de la sala: así la sentencia [669/2022, de 14 de octubre](#) (José Luis Seoane Spiegelberg), relativa a la interpretación de la Disposición Transitoria 3.ª B) apartados 3, 4, 5 y 6 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, *de arrendamientos urbanos*, en que no se aparta de la doctrina de la sala (sentencias [863/2021, de 14 de diciembre](#) [Antonio García Martínez], y [279/2022, de 31 de marzo](#) [Antonio García Martínez]).

Exponemos especialmente las sentencias [579/2022, de 26 de julio](#) (Rafael Sarazá Jimena), *sub* (i); [747/2022, de 14 de octubre](#) (Antonio García Martínez), *sub* (ii); y [771/2022, de 10 de noviembre](#) (José Luis Seoane Spiegelberg), *sub* (iii).

(i) Sentencia Pleno [579/2022, de 26 de julio](#) (Rafael Sarazá Jimena). El asunto trae causa -o es efecto- de la cuestión prejudicial que planteara el propio Tribunal y que resume en los apartados de su antecedente de hecho 3.º (ni que decir que un asunto del mayor interés en los autos que formulan la cuestión prejudicial es la determinación o explicación de cuál sea el Derecho aplicable, asunto sobre el que debe ilustrar el que pregunta):

“5.- Tras una primera deliberación del recurso y tras un trámite de audiencia a las partes, el [27 de noviembre de 2019](#) se dictó un auto [Pleno, Rafael Sarazá Jimena] en el que se formuló una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del siguiente literal: “El artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, ¿se opone a la aplicación de los principios procesales de justicia rogada,

congruencia y prohibición de reformatio in peius, que impiden al tribunal que conoce del recurso interpuesto por el banco contra una sentencia que limitó en el tiempo la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor a consecuencia de una “cláusula suelo” declarada nula, acordar la restitución íntegra de dichas cantidades y empeorar con ello la posición del recurrente, porque dicha limitación no ha sido recurrida por el consumidor?”

6.- *El [17 de mayo de 2022 la Gran Sala del Tribunal de Justicia \[L contra Unicaja Banco, asunto C 869-19\]](#) dictó una sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: “En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara: “El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de principios procesales nacionales en cuya virtud un tribunal nacional que conoce de un recurso de apelación contra una sentencia que limita en el tiempo la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor a consecuencia de una cláusula declarada abusiva no puede examinar de oficio un motivo basado en la infracción de dicha disposición y decretar la restitución íntegra de esas cantidades, cuando la falta de impugnación de tal limitación en el tiempo por el consumidor afectado no puede imputarse a una pasividad total de este”.*

La cuestión estriba en cómo se corrige la errada doctrina del Tribunal Supremo de 2013 por la sentencia [123/2017, de 24 de febrero](#) [Pleno, Pedro J. Vela Torres] sobre la limitación de los efectos restitutorios de la nulidad que declaró el propio TJUE, Gran Sala, en su [sentencia de 21 de diciembre de 2016](#) (*Gutiérrez Naranjo*, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15).

En particular cuando, como era el caso, el consumidor “no” había recurrido la limitada restitución y, por tanto, si es posible la condena a su pago íntegro porque suponía -supone- prescindir de las reglas relativas a la prohibición de la *reformatio in peius*, la congruencia y la justicia rogada (se da más de lo pedido en detrimento de la posición que ocupara el recurrente antes de su recurso). O, desde la perspectiva con que lo aborda el TJUE, cuál es el alcance del principio de efectividad.

Así en el fundamento de derecho 3.º la sentencia, en escrupulosa aplicación de la doctrina sentada por el TJUE -art. 4 bis 1 LOPJ-, dice:

“3.- En la fundamentación de la sentencia, el TJUE afirma que, en las circunstancias del presente asunto, el hecho de que un consumidor no haya interpuesto recurso en el plazo oportuno puede imputarse a que, cuando dictó la [sentencia de 21 de diciembre de 2016](#) (C-154/15, C-307/15 y C-308/15) ya había transcurrido el plazo en el que se podía interponer recurso de apelación o impugnar la sentencia en virtud del Derecho nacional. Por tal razón, el TJUE declara que no cabe considerar que el consumidor haya mostrado una pasividad total al no cuestionar ante un tribunal de apelación la jurisprudencia hasta entonces mantenida por el Tribunal Supremo. En estas circunstancias, el TJUE concluye que la aplicación de los principios procesales nacionales de justicia rogada, de congruencia y de prohibición de reformatio in peius, al privar al consumidor de los medios procesales que le permiten hacer valer sus derechos en virtud de la Directiva 93/13, puede hacer imposible o excesivamente difícil la protección de tales derechos, vulnerando de este modo el principio de efectividad.

4.- Dada la contestación del TJUE a la cuestión prejudicial planteada por esta sala, procede estimar el recurso de casación formulado por la prestataria, revocar la sentencia de la Audiencia Provincial, desestimar el recurso de apelación, acordar la estimación de la pretensión principal de la demanda y condenar a Unicaja a restituir a la demandante la totalidad de las cantidades que cobró por la aplicación de la cláusula suelo declarada nula, así como condenarla al pago de las costas.”

Después de esta sentencia de Pleno, hay ya un cuerpo de sentencias que recogen y aplican su doctrina: así, entre otras, las sentencias [702/2022, de 25 de octubre](#) (Ignacio Sancho Gargallo); [815/2022, de 16 de noviembre](#) (Juan María Díaz Fraile) -que trata de fijar un espacio más restringido a la doctrina al vincular la posibilidad del ejercicio exorbitante de tales facultades por el tribunal de apelación a la constatación de la pasividad del consumidor o de lo que hubiera podido hacer y no hizo-; [813/2022, de 22 de noviembre](#) (Rafael Sarazá Jimena); o las sentencias [814/2022, de 22 de noviembre](#) y [817/2022, de 22 de noviembre](#), ambas con ponencia de Pedro J. Vela Torres.

La efectividad -principio que es como la nitroglicerina: inestable, impreciso, explosivo- exige que no sea imposible o “excesivamente difícil” proteger los derechos conferidos. Cuáles sea la dificultad excesiva y cuándo, sin más, dificultad u obstáculo, es algo que queda en los borrosísimos márgenes de la discreción judicial.

(ii) Sentencia Pleno [747/2022, de 14 de octubre](#) (Antonio García Martínez). Podríamos titular su supuesto de hecho “los trapos sucios ya no se lavan en casa” o “nada como orear al público el rencor y la rabia”.

La parte más relevante (no lo es, aunque pudiera parecerlo, la de que no constituye en el caso intromisión en el derecho al honor que se llame a la recurrida “*esa cara de bollo de pan de 5 kg.*”) es la referida al control del que tiene abierta una cuenta en *Facebook* sobre los comentarios que terceros suban a tal cuenta y que la sala conecta con la propia forma de organizarse esta red social y los poderes de los titulares de las cuentas sobre ellas, su propia conducta anterior y el carácter evidente de la lesión al honor. Así en el fundamento de derecho 4.º, apartado 2:

“2. El motivo segundo se introduce con el siguiente encabezamiento: “Infracción del artículo 20. 1.º a) y d) en relación con el artículo 18 de la CE y los artículos 2.1 y 7.7 de la Ley Orgánica 1/82. Infracción de la jurisprudencia que establece los criterios de ponderación del ejercicio de los derechos fundamentales en colisión: “libertad de expresión versus derecho al honor”, todo ello en relación con la incorrecta aplicación del derecho y Jurisprudencia aplicable a la responsabilidad civil de mi representado respecto del ejercicio de la libertad de expresión de terceras personas”.

En su desarrollo, el recurrente alega que no está legitimado para proteger ni para restringir la libertad de expresión de las terceras personas que han realizado comentarios en una red social frente al derecho al honor de los demandantes, puesto que el derecho a la libertad de expresión tiene carácter subjetivo; que, consecuentemente, tampoco está legitimado para responder por la intromisión ilegítima que tales comentarios puedan suponer en el derecho al honor de aquellos; que no existe disposición legal que le obligue a vigilar o a supervisar los comentarios realizados por terceras personas en el ejercicio de su libertad de expresión ni está legitimado para ello, puesto que tal legitimación recae, exclusivamente, sobre el prestador de servicios web, Facebook, y sobre los propios demandantes, que tienen los mecanismos necesarios para denunciar ante el prestador de servicios los comentarios que consideren ofensivos para que sean eliminados de la red social, sin necesidad de actividad alguna por su parte; que exigirle una labor de

control y supervisión de los comentarios realizados por terceras personas de forma voluntaria, libre y espontánea, sobre las que no se encuentra en una situación de prevalencia, supondría obligarle a llevar a cabo una auténtica labor de censura de comentarios, realizando una ardua labor de ponderación entre dos derechos fundamentales; y que tal ponderación no parece una labor sencilla para un particular, ya que más bien se trata de una labor propia del ámbito jurisdiccional.

La tesis del recurrente no es acorde con la esencia y funcionamiento de Facebook, que es una red social de vínculos virtuales que tiene por objeto conectar a las personas y que estas puedan compartir contenidos, y en la que los usuarios disponen de un amplio poder para administrar y controlar sus cuentas. Además, tampoco se compadece con su propio comportamiento.

Las facultades de administración y control que tiene el recurrente sobre su perfil de Facebook son de una gran amplitud. Puede bloquear el perfil de alguien para que no pueda ver ni comentar sus publicaciones; reaccionar a los comentarios de ellas que se publiquen en su perfil; darles contestación; ocultarlos; denunciarlos; marcarlos como spam; bloquear el perfil o la página que los ha publicado; e incluso eliminarlos. Por lo tanto, no puede desentenderse sin más de lo que se publica en su perfil por otros usuarios, por la única y simple razón de no corresponderle a él, sino a otros, la autoría de lo publicado, y considerar, por ello, que estos son los exclusivos responsables de lo manifestado o dado a conocer y los únicos que deben cargar con sus consecuencias.

Pero es que, además, y como decimos, esa idea, que en la práctica se traduciría en una actitud puramente pasiva o abstencionista, tampoco se compadece con sus propios actos, pues, tal y como ha reconocido, eliminó el comentario del testigo al que antes nos hemos referido (D. Vidal), y no solo, sino también todas las contestaciones a dicho comentario «[...] por haberse iniciado una discusión online que [...] consideró que no era su perfil personal el lugar idóneo para que se produjese sin más».

El recurrente no ha cuestionado que las expresiones y frases que menciona la sentencia recurrida («gentuza», «sinvergüenzas», «incultos», «basura», «garrulos», «moscas cojoneras», «garrapatas hambrientas», «asquerosos», «yo los

liquidado y acabamos antes», «contrata a un matón», «unas ostias bien dadas y después a saber quién ha sido», «yo les pego un tiro al padre, a la madre y al hijo»), incluidas en comentarios publicados en su perfil público por terceros, aludiendo o refiriéndose a los recurridos, supongan un ataque grave a su dignidad y constituyan una intromisión abierta y claramente ilegítima en su derecho fundamental al honor. Y ha quedado probado que dichos comentarios no le pasaron desapercibidos y que tuvo conocimiento de su contenido, pese a lo cual no los eliminó, sino que se limitó a contestar a la mayoría y a agradecer las intervenciones.

La Audiencia Provincial considera que el recurrente es responsable. Y nosotros también, porque permitió que los comentarios publicados por los terceros en su perfil público de Facebook permanecieran en él, en vez de eliminarlos, que es lo que debía haber hecho al tener no solo un cabal y completo conocimiento de su contenido, manifiestamente atentatorio contra el honor de los recurridos, sino también un poder de control y decisión sobre su perfil que le legitimaba, igual que había hecho con otros, para borrarlos.

En un caso como el presente, en el que se produce una intromisión ilegítima de carácter evidente en el derecho al honor de los recurridos por los comentarios publicados por terceros en el Facebook del recurrente, la responsabilidad de este por no eliminarlos de su perfil público, una vez conocidos, no puede ser excusada por falta de legitimación, peligro de censura o dificultades de ponderación, puesto que existe un deber de diligencia reactiva y cuidado que le obliga, ejercitando su poder de control, a su borrado inmediato. Y si no actúa y se desentiende, incumple ese deber, convirtiéndose en responsable de los daños y perjuicios causados a título de culpa por omisión derivada de dicha falta de diligencia y cuidado.”

(iii) Sentencia Pleno [771/2022, de 10 de noviembre](#) (José Luis Seoane Spiegelberg). El asunto que aborda puede exponerse del siguiente modo: ¿puede el adquirente -que lo es como ejecutante o por cesión de remate en una ejecución hipotecaria- emprender un procedimiento de desahucio por precario frente al ocupante cuyo título ha decaído en virtud de la ejecución, sin que éste pueda oponer en tal caso las condiciones que predica del ejecutado la Ley 1/2013, de 14 de mayo, *de medidas para reforzar la protección de los*

deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social -que permite paralizar el lanzamiento en ciertos casos pero, parece, siempre “dentro del procedimiento de ejecución hipotecaria”, arts. 1.1, 2 párrafo primero-?

En el caso el motivo único de casación era justamente la vulneración del art. 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, puesto que consideraba que el que el propietario hubiera emprendido el procedimiento de desahucio “sucesivo” a la ejecución hipotecaria -en la que no se instó el lanzamiento- tenía como propósito exclusivo eludir lo previsto en la citada ley (sucesivamente modificada, RDL 1/2015, de 27 de febrero; Ley 25/2015, de 28 de julio; RDL 5/2017, de 17 de marzo y RDL 6/2020, de 10 de marzo).

La cuestión no estriba en si el propietario -lo sea bajo el título que lo sea- es libre de elegir el modo de defender su derecho o invocar su tutela, sino si el modo empleado elimina una ventaja de la que debía gozar el deudor ejecutado, sucesivamente poseedor sin título -o precarista-. Aunque no se alega como norma infringida, para el recurrente está en juego el fraude de ley puesto que al amparo de una ley -o libertad- se elude otra.

El pleno considera que el asunto tiene interés casacional en razón de la divergencia entre Audiencias provinciales (fundamento de derecho 2.º, apartado 2.2.) y decide finalmente lo siguiente:

(i) El ejecutante o adjudicatario debe instar el desalojo en el procedimiento de ejecución hipotecaria (fundamento de derecho 3.º, apartado 3.2); (ii) cuestión distinta es el caso de que se ejerza la pretensión de desalojo por quien no es parte ni tuvo intervención alguna en el juicio de ejecución hipotecaria (fundamento de derecho 3.º, apartado 3.3) siempre, debemos añadir, que sea un “tercero de buena fe”, esto es, que no actúe en connivencia con ejecutante o adjudicatario para evitar la aplicación de la Ley 1/2013. En este caso -aunque después en el apartado 3.4 no se pueda establecer con certidumbre qué facultades asisten al ejecutado para hacer valer la Ley 1/2013 fuera del procedimiento de ejecución, conforme al fundamento de derecho 3.º, apartado 3.3:

“En dicho procedimiento, el demandado podrá, además, hacer valer su título a permanecer en la posesión de la cosa, mediante la aportación del auto de suspensión del lanzamiento o contrato de arrendamiento obtenidos al amparo de la Ley 1/2013.

A tal posibilidad de oposición, nos referimos, expresamente, en la sentencia [502/2021, de 7 de julio](#) [Juan María Díaz Fraile], así como en [la 719/2021, de 25](#)

[de octubre](#) [Juan María Díaz Fraile], en las que no se planteó, y, por lo tanto, no se resolvió, la cuestión debatida, en el presente recurso, sobre la idoneidad de la vía del juicio de precario. En cualquier caso, en dichas resoluciones declaramos: "Esta suspensión constituye, por tanto, una medida procesal que afecta a la ejecución del lanzamiento de los ocupantes sin título (los propietarios ejecutados perdieron el dominio de la finca como consecuencia de su adquisición por el adjudicatario en la subasta). En la medida en que el lanzamiento queda en suspenso, se suspende también correlativamente el derecho del adjudicatario de obtener la posesión del inmueble (no se genera una situación de "coposesión") y, en consecuencia, el ejecutado conserva durante ese tiempo el uso o disfrute de la posesión inmediata de la vivienda. No constituye una situación meramente tolerada por el adjudicatario, en la medida en que no tiene su fundamento en su consentimiento; la situación posesoria se mantiene temporalmente a favor del ejecutado aun sin o incluso contra la voluntad del adjudicatario, que tiene el deber jurídico de soportarlo. No se trata de un "mero o simple hecho de poseer" (art. 5 LH)".

Y añadimos, en la STS [502/2021, de 7 de julio](#) [Juan María Díaz Fraile]: "8.- Por ello, el acreedor adjudicatario carece de acción de desahucio frente al deudor ejecutado durante el tiempo de la suspensión, pues está directamente vinculado y obligado por la resolución judicial dictada en el procedimiento de ejecución en el que ha participado como ejecutante. También debe entenderse vinculado por la suspensión cualquier otro adjudicatario que haya actuado en la subasta por cuenta del acreedor, pues conforme a la redacción original del art. 1 de la Ley 1/2013, la suspensión del lanzamiento alcanza también a los casos de procesos de ejecución hipotecaria en que "se hubiera adjudicado [la vivienda] al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta".

Por último, dada la naturaleza plenaria del proceso por precario (SSTS [691/2020, de 21 de diciembre](#) [Juan María Díaz Fraile]; [502/2021, de 7 de julio](#) [Juan María Díaz Fraile] y [605/2022, de 16 de septiembre](#) [José Luis Seoane Spiegelberg]), cabe alegar y debatir dentro de dicho procedimiento, la cuestión relativa a la aplicación de la Ley 1/2013, que deberá ser resuelta, como cuestión de fondo o, en su caso, mediante la aplicación de la normativa de la prejudicialidad civil (art. 43 LEC), por el juez que conozca del procedimiento de precario."

3.- Hay algunas sentencias que merecen una exposición detenida y que son, me parecen, las siguientes. Ni que decir tiene que la selección es discrecional y más en esta *Crónica* en la que se han acumulado sentencias de distinto pelaje y muchas con declaraciones o asuntos de interés. Menciono ahora de corrido las que no examino con detalle pero que merecen figurar en el elenco de las sentencias de interés.

La sentencia [536/2022, de 5 de julio](#) (Pedro J. Vela Torres) se refiere al alcance de la buena fe en un caso de representación en la junta general de una sociedad. La sentencia [569/2022, de 18 de julio](#) (José Luis Seoane Spiegelberg) aborda el cálculo del daño en caso de resolución de un contrato de arrendamiento; y la sentencia [596/2022, de 12 de septiembre](#) (Francisco Javier Arroyo Fiestas) desgrana el significado de la exclusividad en la Ley de crédito al consumo, antiguo art. 15 b) Ley 7/1995, de 23 de marzo, *de crédito al consumo* -la exclusividad no impide la concurrencia en cascada de varios financiadores.

La sentencia [625/2022, de 26 de septiembre](#) (José Luis Seoane Spiegelberg) lo deja claro: los malos maridos -un marido violento nunca es buen marido- no son buenos padres, no pueden serlo, porque son un pésimo modelo. La sentencia [798/2022, de 22 de noviembre](#) (Juan María Díaz Fraile) se pronuncia sobre la noción de grupo, a los efectos del art. 86 RD 1098/2001, de 12 de octubre, *por el que se aprueba el Reglamento general de la ley de contratos de las administraciones públicas*, cuando el control lo ostentan distintas personas miembros del mismo grupo familiar en proporciones distintas sobre las sociedades en cuestión -lo que importa es, dice la sala, que el núcleo familiar disfrute del poder de decisión-.

Sin incertidumbre no hay riesgo ni, por tanto, seguro y así es razonable el art. 19 LCS que excluye la indemnización en caso de que el siniestro haya sucedido por mala fe del asegurado (art. 19 LCS): sentencia [799/2022, de 22 de noviembre](#) (Pedro J. Vela Torres). Les recuerdo el art. 19 LCS: “*El asegurador estará obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado*”.

La sentencia [701/2022, de 25 de octubre](#) (Pedro J. Vela Torres) resuelve la impugnación de acuerdos sociales por abuso de derecho, con tales acuerdos se pretendía por la sociedad vaciar de contenido el derecho que sería reconocido de modo inminente al socio.

Reitera la doctrina de la sala sobre responsabilidad de los administradores sociales por las deudas sociales en caso de incumplimiento del deber de instar la disolución -art. 367 LSC-

aunque sucesivamente se remueva la causa de disolución la sentencia [777/2022, de 16 de noviembre](#) (Ignacio Sancho Gargallo). La doctrina que se reitera es la contenida en la sentencia [585/2013, de 14 de octubre](#) (Ignacio Sancho Gargallo).

Resuelve el ejercicio de una acción de declaración de deslealtad de la conducta del administrador social y nulidad del negocio de dación en pago hecho por el administrador infringiendo tal deber de lealtad la sentencia [812/2022, de 22 de noviembre](#) (Rafael Sarazá Jimena). Se desestima porque no se acredita que el valor de los bienes dados en pago tuvieran un valor de mercado inferior al importe de los créditos que se pagaban con tales bienes.

La sentencia [647/2022, de 6 de octubre](#) (Antonio García Martínez) se pronuncia respecto a la fijación de la indemnización del daño moral “por contraste”, esto es, recurre para determinar su cuantía a lo que se ha hecho “en este tipo de casos”, de modo que con este criterio se trata de introducir una cierta previsibilidad en las cuantías de estos daños, que padecen de notaria discreción judicial de difícil control.

La sentencia [629/2022, de 27 de septiembre](#) (María de los Ángeles Parra Lucán) establece la responsabilidad *ultra vires* del cónyuge no deudor en caso de deuda ganancial al no haberse formulado correctamente el inventario -deuda no incluida, luego se trata de un pasivo oculto-.

Sobre la infracción indirecta de los derechos de propiedad intelectual, o qué alcance tenga el art. 138 LPI -en particular su párrafo segundo- se pronuncia la sentencia [714/2022, de 26 de octubre](#) (Ignacio Sancho Gargallo).

Para que pueda reclamarse con éxito un reembolso frente a la sociedad de gananciales por pago con fondos privativos no es necesario que al tiempo del pago se haga manifestación del carácter privativo del dinero y se formule reserva del derecho de reintegro: así la sentencia [823/2022, de 23 de noviembre](#) (María Ángeles Parra Lucán). Sintetiza la doctrina la sentencia [731/2022, de 2 de noviembre](#) (María Ángeles Parra Lucán). Y no es indicio concluyente de liberalidad ingresar una suma en una cuenta común: sentencia [608/2022, de 16 de septiembre](#) (María Ángeles Parra Lucán).

Es interesante constatar que hay que distinguir entre presunción de ganancialidad -que es pura presunción y no regla de fondo atributiva de la titularidad- y la confesión o atribución de ganancialidad a un bien o fondo empleado, confesión en la

que, finalmente, hay un desplazamiento patrimonial gratuito (un cónyuge hace que lo suyo sea de ambos, sin correspectivo).

En fin, sobre fianza y cláusulas abusivas, las sentencias [684/2022, de octubre](#) (Ignacio Sancho Gargallo) y [685/2022, de 21 de octubre](#) (Juan María Díaz Fraile), que comenta Manuel J. Marín López ([Centro de estudios de consumo, 22 de octubre de 2022](#)); sentencias que obligan a embarcarse en el oscuro espacio de las garantías desproporcionadas, el valor que tenga la solidaridad, las razones o sinrazones de la acumulación de garantías o cuál sea el rango o criterio al que recurrir para saber qué es proporcionado y, entre ellos, los valores de tasación de las fincas dadas en garantía.

4.- Ahora sí, veamos por separado algunas sentencias del periodo al que concierne esta *Crónica*.

(i) La restitución del poseedor de mala fe de los frutos con deducción de los gastos hechos para su producción, recolección y conservación: sentencia [603/2022, de 14 de septiembre](#) (*Rioja alavesa, Marqués de Riscal y Bauza*; Juan María Díaz Fraile), que cita, como caso análogo, la sentencia [230/2008, de 24 de marzo](#) (Juan Antonio Xiol Ríos).

En el caso dos bodegas (Herederos Marqués de Riscal, por un lado, y Bauza, por otro) consideran que disfrutan de título legítimo -ambas de arrendamiento y ambas con la misma *Congregación* como arrendadora- para la explotación de ciertas viñas y, así una de ellas, Herederos Marqués de Riscal, vendimia un año y la otra -Bauza- reclama como propia la cosecha y así pide que se abone su precio.

De lo que querría dar cuenta es de la interpretación de los artículos 451 y 455 CC cuya vulneración se aduce como motivo de casación. La controversia se centra, en lo que atañe al reembolso, en qué debe reembolsarse y qué partidas de gastos o costes de producción deben, si acaso, deducirse; en particular, los costes de poda, abono, tratamientos y mano de obra para la vendimia por el poseedor de peor condición a los que este suma las rentas pagadas a la propietaria de las viñas.

Primero se construye la posesión de mala fe de Herederos Marqués de Riscal, en razón del conocimiento o incertidumbre que padecía -también sucesivo, puesto que *mala fides superveniens nocet*- en el fundamento de derecho 4.º (apartados 2-3) que se refiere a dos cuestiones: por un lado, la deducción de los gastos de cultivo porque los gastos necesarios se abonan a todo poseedor -art. 453 I CC- y, por otro lado, la restitución de las rentas pagadas, que es un asunto extraño a la relación entre poseedores y sí, si acaso, entre quien

pagó y quien la cobró (no cabría simultáneamente pedir la deducción y la restitución frente al *accipiens* indebido). Así en el mismo fundamento de derecho 4.º dice la sentencia:

“6.- El art. 455 CC reconoce al poseedor de mala fe el “derecho a ser reintegrado de los gastos necesarios hechos para la conservación de la cosa”, en concordancia con el art. 453 CC que declara el derecho al abono de esos gastos necesarios “a todo poseedor”. Es cierto que, aunque el precepto se refiere a los gastos “hechos para la conservación de la cosa”, la doctrina mayoritariamente admite que ese derecho se extiende también a los gastos necesarios para la producción de los frutos, con fundamento en el hecho de constituir el correlato de la obligación que impone el art. 356 CC a quien percibe los frutos de “abonar los gastos hechos por un tercero para su producción, recolección y conservación”. Así se desprende también de la jurisprudencia de esta sala, según resulta, por ejemplo, de la sentencia [230/2008, de 24 de marzo](#) (Juan Antonio Xiol Ríos):

*“b) La sentencia recurrida no expresa que el aparcerero haya continuado en la posesión de la finca de mala fe. Sin embargo, de sus pronunciamientos se deduce esta apreciación, por cuanto condena al aparcerero a la entrega “del valor de todos los frutos producidos incluyendo no sólo las cosechas sino las subvenciones, **deducidos los gastos de cultivo**, mientras que la parte demandada habrá de ser indemnizada con el valor de las mejoras realizadas” desde la fecha de extinción del contrato según el contenido de sus cláusulas. [...]” (énfasis en negrita añadido).*

7.- Ahora bien, conviene aclarar que en el presente caso no cabe realizarla deducción de la indemnización por la compensación o minoración de esos gastos o costes de producción por dos motivos: primero, porque Bodegas Marqués de Riscal no probó nada en relación con tales gastos y, segundo, porque según lo declarado probado por la Audiencia Provincial de Álava en la sentencia antes citada 139/2017, de 20 de marzo, recaída en el previo juicio verbal de tutela sumaria de la posesión entre las mismas partes, se produjo sobre las fincas una situación de “tareas solapadas, duplicadas”; lo que se corresponde también con la declaración de la sentencia de primera instancia de este procedimiento en el sentido de que Bodegas Bauzá en ningún momento perdió la posesión material de las fincas. Por tanto, no cabe apreciar que las posibles tareas de cultivo y recolección

realizadas por Bodegas Marqués de Riscal, de haber existido, tuvieran el carácter de "necesarias" para la producción de la cosecha.

8.- Tampoco puede acogerse favorablemente la pretensión de reducción del importe de la indemnización por razón del pago de rentas efectuada por Marqués de Riscal a favor de la Congregación propietaria, sin perjuicio del eventual derecho que tenga o hubiera podido tener a reclamar su devolución como pago indebido. Y ello también por una doble razón.

En primer lugar, porque Bodegas Bauza debe asumir el coste que le supone el pago de las rentas pactadas en su propio contrato (que según declaró acreditado el juzgado viene pagando puntualmente), no las de otro contrato arrendaticio con el mismo objeto, lo que implicaría un doble pago injustificado. Por la misma razón, tampoco cabe deducir de la indemnización el importe de las rentas arrendaticias abonadas durante 2017 por Bodegas Bauza.

En segundo lugar, porque el importe del pago de esas rentas, si se produjo, debió haber sido acreditado por Marqués de Riscal conforme a los principios de disponibilidad y facilidad probatoria. Como hemos declarado en reiteradas ocasiones, los referidos principios permiten hacer recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte que tenía más facilidad o se hallaba en una posición mejor o más favorable por la disponibilidad o proximidad a su fuente para su aportación (por todas, sentencia [316/2016, de 13 de mayo](#) [Fernando Pantaleón Prieto]). Y no cabe duda de que la parte litigante que más fácilmente podía probar lo pagado por Bodegas Marqués de Riscal a la Congregación de las Hermanitas de los Desamparados en virtud del contrato de arrendamiento que habían suscrito en 2016, por las rentas de 2017, era ella misma.”

(ii) El crédito *revolving* sigue en la picota: sobre él, recuérdese lo que dice la Orden ETD 699/2020, de 24 de julio, *de regulación del crédito revolvente* y otras cuantas cosas más. Cabe citar en este punto dos sentencias.

Por un lado, la sentencia [643/2022, de 4 de octubre](#) (Pedro José Vela Torres) que reitera la doctrina de la sala -fundamento de derecho 2.º-, y que ha merecido varios comentarios, pese a su proclamada falta de novedad: así el de Manuel J. Marín López en [Revista Cesco de Derecho de consumo 44 \(2022\)](#); o el de Jesús María Sánchez García: *La Ley* 9943/2022 -Diario La Ley n.º 10165, 8 de noviembre de 2022-.

No hay, ni se otea en el horizonte, ninguna declaración que apunte a que el Tribunal dirá qué porcentaje por encima de uno (que es, justo es recordarlo, una “media” y, por ende, de suyo variable) será considerado necesariamente usurario por desproporcionado. Tarea esta que se reserva -o debe reservarse- al legislador. Aunque habrá voces que digan, ya las hay, que no hay coherencia entre este silencio y el expresado en orden a los intereses moratorios excesivos por la sentencia, pleno, [265/2015, de 22 de abril](#) (Rafael Sarazá Jimena) en la que expresamente la sala señala en su fundamento de derecho 4.º, apartado 2:

“Aunque dicha ponderación podría detenerse en el establecimiento de unos principios generales, al hilo de lo declarado por el TJUE, la Sala entiende necesario descender a la fijación de una regla más precisa, a efectos de evitar la existencia de criterios dispares entre los órganos judiciales que puedan llevar consigo una elevada dosis de inseguridad jurídica”; y así en el apartado 3.º del fallo establece: “- Se fija como doctrina jurisprudencial que en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado”.

Por otro lado, en segundo lugar, la sentencia [662/2022, de 13 de octubre](#) (Ignacio Sancho Gargallo).

Hay una pregunta antigua que tiene una respuesta pobre en la Ley de 23 de julio de 1903 *sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios* (LU, en adelante): ¿qué sucede cuando se declara la nulidad de la cláusula de intereses?; ¿basta con condenar a que el prestamista restituya los intereses indebidamente pagados? ¿o el contrato es nulo y, por ende, además de que el prestamista restituya tal cobro indebido debe el prestatario restituir la cantidad recibida en préstamo?

El artículo 3 LU tiene una mala solución (la liquidación completa e inmediata del contrato) en lo que al prestatario se refiere, cuyo interés primordial radica en la dilación de su obligación de restituir, por la que justamente está dispuesto a pagar una suma razonable. Mala solución que es coherente con el artículo 1303 CC, por un lado, y con el significado -o la dogmática- de la nulidad de pleno derecho, por otro (*quod nullum est, nullum effectum producit*). Dice el precepto:

“Declarada con arreglo á esta ley la nulidad de un contrato, el prestatario estará obligado á entregar tan sólo la suma recibida; y si hubiera satisfecho parte de aquélla y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado”.

Debería haber un espacio para argumentar sobre los efectos perniciosos que la nulidad - en su comprensión dogmática- tiene sobre el interés del prestatario que sufre o padece de un obstáculo o dificultad relevante para invocar la tutela de su interés. Casi me atrevería a decir que el art. 3 LU es una regla que disuade o dificulta la impugnación del contrato por usurario.

La sentencia se pronuncia sobre este asunto y lo hace desde la perspectiva de qué se pide “por el prestatario” puesto que, en otro caso, hubiera mantenido, parece, la nulidad “parcial” de la cláusula de intereses y subsistiría el crédito y, por ende, su plazo. No hay afán dogmático que supere los límites de la congruencia. Así, en el fundamento de derecho 2.º, apartados 2 y 3, en la que se estima la pretensión del prestatario:

“[2] La cuestión controvertida en casación se ciñe a los efectos que en un caso como este, en que se ha pedido la nulidad de la condición general en que se fija el interés remuneratorio de un contrato de tarjeta de crédito por usurario, se derivan de la estimación de esta pretensión. En concreto, si la consecuencia es la nulidad de todo el contrato con los efectos previstos en el art. 3 de la Ley de Usura o la que declara la sentencia recurrida, de dejar sin efecto la cláusula de intereses y condenar sólo a restituir todos los intereses cobrados. Es cierto que en la sentencia [628/2015, de 25 de noviembre](#) [Pleno, Rafael Sarazá Jimena], en un caso en que se había interesado la nulidad de un crédito "revolving" porque el interés remuneratorio era usurario, al amparo del art. 1 de la denominada Ley de Usura de 1908, declaramos lo siguiente: "el carácter usurario del crédito "revolving" (...) conlleva su nulidad, que ha sido calificada por esta Sala como "radical, absoluta y originaria, que no admite convalidación confirmatoria, porque es fatalmente insubsanable, ni es susceptible de prescripción extintiva" (sentencia núm. [539/2009, de 14 de julio](#) [Antonio Salas Carceller]). También lo es que, a continuación, declaramos que "las consecuencias de dicha nulidad son las previstas en el art. 3 de la Ley de Represión de la Usura, esto es, el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida".

[3] *Esta doctrina es igualmente aplicable al presente caso, aunque el pronunciamiento declarativo solicitado ciñera la nulidad no a todo el crédito sino a la cláusula de intereses remuneratorios, pues en la medida en que se fundaba en su carácter usurario, el efecto de la apreciación del interés usurario era el legal del art. 3 de la Ley de Usura, que fue además el solicitado expresamente como pronunciamiento de condena. Esta expresa petición de condena lleva implícita la declaración de su procedencia que se apoya en la nulidad del crédito por usurario. De tal forma que aunque la declaración formal de nulidad solicitada y apreciada se ciña a la cláusula de interés remuneratorio, no resulta incongruente, si así se solicita, aplicar los efectos legales de la apreciación del interés usurario previstos en el art. 3 de la Ley de Usura.”*

(iii) Hay casos que dejan preguntas sin respuesta o alimentan esas preguntas que nos hicimos y que no encontramos que hayan tenido cabal respuesta -en el entendimiento de que tal vez no estamos nosotros en lo cierto, lo más probable, o que erramos al trazar las premisas o la “arquitectura del problema”-.

Así me pasa con la consideración de que el incumplimiento de las obligaciones de información que pesan sobre el asesor financiero “no puede dar lugar a la resolución por incumplimiento” y que los modelos o regímenes de ineficacia no pueden elegirse “en razón de los plazos y efectos a que se sometan”. Así, si el contrato es anulable por error la indemnización que pudiera pedirse -al amparo, creo, del art. 1270 CC- no puede disfrutar de un plazo superior a la propia acción de anulación y si lo que se pide solo es la indemnización de daños contractuales debería sujetarse a los plazos propios de la responsabilidad contractual, porque los dos regímenes son “excluyentes entre sí”, cada uno en un círculo distinto.

Cuando se aconseja mal -de modo negligente- (porque cabe un mal consejo diligentemente formulado que acarree un daño no indemnizable), este mal consejo es un simple incumplimiento del deber de asesorar y tiene por efecto la distorsión (la equivocación) del cliente asesorado que cree hacer bien lo que realmente hace mal. Ahora bien son dos los negocios que están en juego: por un lado, el de asesoramiento y, por otro, el que se celebra en razón del consejo dado. El primero es la razón de ser del segundo puesto que con éste se ejecuta el consejo y en este último se sustancia el daño del consejo errado.

Sobre el incumplimiento de los deberes de las sociedades de inversión, entre las últimas, la sentencia [648/2022, de 6 de octubre](#) (Antonio García Martínez), reitera la doctrina de la sala -sentencia [491/2017, de 13 de septiembre](#) [Pleno, Pedro J. Vela Torres]- aunque en el caso la pretensión del cliente que suscribiera el *swap* fuera la anulación del contrato y subsidiariamente, la indemnización por incumplimiento de las obligaciones de información. La síntesis de la doctrina de la sala se consigna en el fundamento de derecho 2.º, apartado 4:

“Es jurisprudencia de esta sala, como dijimos en la sentencia [61/2021, de 8 de febrero](#) (José Luis Seoane Spielgeberg) la que sostiene que:

“[...] en el marco de una relación de asesoramiento prestado por una entidad de servicios financieros y a la vista del perfil e intereses del cliente, puede surgir una responsabilidad civil al amparo del art. 1101 CC, por el incumplimiento o cumplimiento negligente de las obligaciones surgidas de esos vínculos jurídicos de asesoramiento, siempre que se cause un perjuicio consistente en la pérdida total o parcial de la inversión y exista una relación de causalidad entre el incumplimiento o cumplimiento negligente y el daño sufrido (sentencias [677/2016, de 16 de noviembre](#) (Rafael Sarazá Jimena), con cita de otras, [62/2019, de 31 de enero](#) (Ignacio Sancho Gargallo), [303/2019, de 28 de mayo](#) (Pedro J. Vela Torres); [165/2020, de 11 de marzo](#) (Ignacio Sancho Gargallo), [615/2020, de 17 de noviembre](#) (Ignacio Sancho Gargallo) y [628/2020, de 24 de noviembre](#) (Ignacio Sancho Gargallo), entre otras).”

*Esta doctrina se aplica no sólo a los casos en que el producto adquirido conlleva una inversión (como las participaciones preferentes o los bonos estructurados), sino también cuando se contrata un *swap*, en el que propiamente no cabe hablar de una inversión de tal clase (sentencias [615/2020, de 17 de noviembre](#) (Ignacio Sancho Gargallo) y [628/2020, de 24 de noviembre](#) (Ignacio Sancho Gargallo), entre otras).”*

En cualquier caso, es necesario concorra una relación de causalidad entre el negligente incumplimiento de la entidad financiera de sus obligaciones dimanantes del deber legal de informar y el resultado dañoso producido. Esta relación causal fue declarada concurrente, por ejemplo, en la sentencia [608/2020, de 12 de noviembre](#) (Pedro J. Vela Torres), con base en los argumentos siguientes:

"En el presente caso, la falta de información sobre los riesgos supuso que la demandante contratara un producto del que desconocía que le podía acarrear graves pérdidas económicas, derivadas de las liquidaciones negativas producto de la bajada continuada de los intereses. Por lo que la relación causal entre la decisión de invertir sin tener la información precisa sobre los riesgos adquiridos y la materialización de tales riesgos en forma de disminuciones patrimoniales por cargos por liquidaciones negativas es directa."

Para romper dicha relación de causalidad, la parte demandada, obligada legalmente a la prestación de la información con antelación suficiente (art. 79 bis LMV), tendría que haber probado que, pese a no haber ofrecido esa información, el cliente conocía los riesgos del producto. Lo que no ha sucedido [...] [...]"

Y también hemos afirmado con reiteración, como recordábamos en la sentencia [491/2017, de 13 de septiembre](#) [Pleno, Pedro J. Vela Torres], que:

"[...] existe un riguroso deber legal de información al cliente por parte de las entidades de servicios de inversión [...] y que] el incumplimiento de dicha obligación por la entidad financiera podría dar lugar, en su caso, a la anulabilidad del contrato por error vicio en el consentimiento, o a una acción de indemnización por incumplimiento contractual, para solicitar la indemnización de los daños provocados al cliente por la contratación del producto a consecuencia de un incorrecto asesoramiento. Pero no puede dar lugar a la resolución del contrato por incumplimiento".

En el presente caso, la Audiencia Provincial no niega el incumplimiento por la recurrida de sus obligaciones de información en el ejercicio de su actividad de asesoramiento financiero, sino que considera que este puede facultar a la recurrente para anular el contrato al conectarse con la fase precontractual de formación de la voluntad previa a su celebración (lo que no cabe en el caso al haber caducado la acción de anulación), pero en cambio no puede dar lugar a una responsabilidad civil que le permita aspirar a obtener la indemnización que el art. 1101 CC pone a cargo de los que causan daños y perjuicios por incurrir en dolo, negligencia o morosidad en el cumplimiento de sus obligaciones o por contravenir su tenor de cualquier otro modo.

Este criterio de la Audiencia Provincial, que es el que sirve de fundamento a su decisión desestimatoria, contradice la jurisprudencia que hemos dejado expuesta, por lo que procede estimar el motivo, casar la sentencia recurrida, y, asumiendo la instancia, examinar, para decidir la suerte del recurso de apelación, la alegación de la recurrente sobre la existencia de pacto transaccional que no llegó a ser analizada por la Audiencia Provincial.

(iv) La sentencia [715/2022, de 26 de octubre](#) (José Luis Seoane Spiegelberg) resuelve un litigio en que se plantean los efectos que la causa torpe tenga sobre la restitución de las obligaciones.

En el caso se pactó la compensación respecto a obligaciones alimentarias futuras de la hija menor, con patente vulneración de lo previsto en el art. 151 I CC, en pago de la mitad de la vivienda: el crédito del marido por el valor de la mitad se paga, en suma, con la obligación de alimentos futura previamente liquidada.

La propia sentencia hace un reconocimiento sincero de la dificultad de hallar un fundamento para el art. 1306 CC, además de que le pese el juicio de (des)merecimiento o reproche que cabe referir a ambas partes -es casi una carrera por decidir cuál de los dos excónyuges es el que menos tutela merece-. Así en el fundamento de derecho 3.º dice la sentencia:

“La causa torpe, a la que se refiere el número primero del art. 1306 del CC, contiene un elemento de inmoralidad, que es manifestación de una datio que, en función de los motivos a los que responde, es contraria a las buenas costumbres, pese a lo cual es querida conscientemente por las partes para satisfacer sus bastardos intereses.

La especialidad aparece en los casos de cumplimiento parcial o total de lo convenido, en cuyo caso se proclama la improcedencia de la restitución en virtud de la irrepetibilidad de lo prestado ob turpem causa (por causa torpe), lo que implica una excepción al principio general que rige los casos de nulidad contractual.

No es fácil encontrar un fundamento a tal norma. Para ello, se ha considerado como prevención frente a contratos inmorales, se ha basado en los efectos disuasorios de la regla, o es modernamente concebida como una penalidad civil. Por otra parte, no parece equitativo llevarla a situaciones paradójicas que premien injustificadamente a uno solo de los contratantes cuando el otro incumplió

plenamente su contraprestación, máxime cuando el art. 1275 del CC proclama igualmente que los contratos con causa ilícita no producen efecto alguno, y la causa es ilícita cuando se opone a las leyes y a la moral.

No obstante, no consideramos que, en este caso, quepa aplicar el art. 1306 del CC. En primer lugar, porque lo pactado por las partes, debidamente asesoradas por letrado y con referendo judicial, al aprobarse el convenio regulador suscrito en el procedimiento de divorcio, no puede reputarse inmoral, otra cosa es que perjudique a una tercera persona, como es la hija de los litigantes, en tanto en cuanto pueda ver comprometido su derecho a los alimentos con vulneración del art. 151 del CC. En cualquier caso, las partes, difícilmente, al firmar el pacto, tuvieron conciencia de ilicitud.

Las sentencias [591/2013, de 15 de octubre](#) (Rafael Sarazá Jimena), y [755/2013, de 3 de diciembre](#) (Rafael Sarazá Jimena), se refieren a la concurrencia de una causa ilícita no constitutiva de infracción penal y teñida de inmoralidad.

Y, en la sentencia [353/2016, de 30 de mayo](#) (Ignacio Sancho Gargallo), dijimos que:

"[...] no podían oponer la previsión contenida en el art. 1306 CC respecto de la concurrencia de causa torpe, para eludir el cumplimiento de la obligación de restituir las participaciones y acciones cuya propiedad no llegó a ser realmente transmitida entre las partes". No son de aplicación por falta de identidad de razón la doctrina jurisprudencial en la que funda su recurso la parte demandada.

En efecto, en el supuesto enjuiciado en la sentencia [313/2002, de 2 de abril](#) (José de Asís Garrote), se trataba de un contrato de compraventa de una farmacia que adolecía de simulación absoluta por ausencia de causa, creado para encubrir la prohibición de doble cotitularidad de las farmacias, el cual fue declarado nulo, y otro disimulado de gestión, con respecto al cual se pretendía la restitución de lo percibido durante su explotación por la farmacéutica contratada a tal efecto, al que se aplicó el art. 1306 del CC.

El caso que dio lugar a la sentencia [393/2005, de 31 de mayo](#) (Francisco Marín Castán), versaba sobre la transmisión de la explotación de un quiosco de prensa autorizado en su día por el Ayuntamiento en atención a la condición de

discapacitado del transmitente, en el que ambos contratantes conocían el carácter personalísimo de la autorización, y constituyeron una comunidad de bienes aparente para eludir la posible revocación de la licencia concedida por el Ayuntamiento.

Por último, la sentencia [52/2012, de 2 de febrero](#) (Xavier O’Callaghan Muñoz), se trataba de unas complicadas operaciones financieras celebradas entre las partes litigantes, consistentes en ventas de cédulas de inversión con la finalidad de hacer un uso ilícito de los beneficios fiscales que dichos productos tenían incorporados de manera transitoria.

Por el contrario, en el proceso cuya resolución ahora nos corresponde, las partes concertaron un pacto considerado contrario a lo dispuesto en el art. 151 del CC, que fue declarado ineficaz por la sentencia de la Audiencia dictada en el procedimiento de modificación de medidas, en tanto en cuanto contrario al interés de la menor como acreedora de los alimentos, pero que no conforma una causa torpe, en los términos reseñados, para amparar un supuesto derecho de la demandada para quedarse con la totalidad del inmueble ganancial con el indiscutible beneficio que ello produciría en su posición jurídica, al adjudicarse, en su integridad, un bien de tal naturaleza, sin compensación alguna a favor de quien fue su marido y cotitular del inmueble litigioso en contra de lo dispuesto en los arts. 1344 y 1404 del CC”.

En rigor, el acreedor de la obligación de alimentos no es el otro progenitor, eventualmente coobligado a su pago -arts. 144.3.º y 145 I CC– pero no acreedor, sino el propio menor, de modo que no concurriría la identidad subjetiva que exige el art. 1195 CC para la compensación porque la madre “no es titular por derecho propio” del crédito al pago de las pensiones de alimentos. Se alegó la causa torpe para impedir que el padre que pactó la compensación de obligaciones futuras para atribuir la íntegra titularidad de la vivienda familiar a la madre pudiera, una vez descubierta la ilicitud de la causa, recuperar lo indebidamente entregado -ya no el importe de las obligaciones de alimentos futuros sino la porción de vivienda entregada en su lugar-.

(v) La sentencia [634/2022, de 3 de octubre](#) (María de los Ángeles Parra Lucán) aborda el régimen del contrato celebrado por el incapaz no incapacitado en la redacción del art. 1302 CC anterior a la Ley 8/2021; sentencia comentada por Bruno Rodríguez Rosado en

[almacéndederecho](#) con el título “De la incapacidad natural a la discapacidad sin apoyos: la arriesgada apuesta del Tribunal Supremo por la anulabilidad”.

La sentencia hace un recorrido sobre el régimen de la invalidez del contrato “antes” de la modificación legal del régimen de la capacidad: si era o no de nulidad en protección del incapaz. No obstante, el objeto de la sentencia es claro: “*Las cuestiones jurídicas que son objeto del recurso versan sobre la legitimación para impugnar un contrato haciendo valer la discapacidad de un otorgante y sobre la ratificación del contrato otorgado en nombre de una sociedad defectuosamente representada*” (fundamento de derecho 1.º, la compradora alega, entre otras cosas, la falta de capacidad del vendedor de ciertas fincas).

Cabe subrayar el predominio del “*análisis funcional que caracteriza en la actualidad la teoría de las nulidades de los contratos, de modo que en cada caso deben tenerse en cuenta la finalidad de las normas y los intereses en juego*”. El debate, todavía pertinente, es si es determinante decidir conforme a un régimen jurídico de invalidez predeterminado o si lo que procede es extraer en sede de legitimación consecuencias de la respectiva posición de las partes y la conformidad de su hacer a las exigencias de la buena fe en sentido objetivo. La decisión de la sala se consigna en el fundamento de derecho 5.º:

“1. *Con carácter previo debemos advertir que los motivos del recurso se basan en los preceptos del Código civil en la redacción anterior a 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. La respuesta de la sala para enjuiciar el acierto de la sentencia recurrida respecto del tipo de ineficacia de un contrato celebrado por una persona ya fallecida, de quien ahora en casación ya no se discute que adolecía de una incapacidad natural, debe resolverse conforme al derecho vigente en el momento en que se celebró el contrato que se impugna.*

2. *Ha quedado firme que, en el momento de la emisión de la voluntad contractual, Demetrio padecía una demencia que afectaba a su aptitud mental de querer y entender. Partiendo de ello, la Audiencia, con apoyo en el art. 1302 CC, negó la legitimación de GBF Asset Management por ser parte contratante, si bien, con cita de las sentencias de 10 y 25 de abril de 2001, razonó que su impugnación podría fundarse en evitar un perjuicio al incapaz; también afirmó que la*

legitimación del tercero que no fue parte (Gadomen 87 S.L.) requería que se tratara de un tercero perjudicado, lo que en el caso no se daba.

3. Frente al criterio de la Audiencia, la parte demandante ahora recurrente alega que la incapacidad da lugar a la nulidad absoluta o radical del contrato y puede ser hecha valer por cualquiera y, en particular, por la contraparte y por un tercero que tiene un interés legítimo (en el caso, una sociedad partícipe de la contraparte).

4. La sala no comparte el razonamiento de la recurrente y considera que no hay infracción de los artículos que se citan en el recurso y, por ello, los dos primeros motivos del recurso de casación deben ser desestimados, tal y como explicamos a continuación.

5. El argumento que sustenta el primer motivo al amparo de los arts. 1261 y 1263 CC acerca de que es nulo con nulidad radical o absoluta el contrato celebrado por quien, como consecuencia de una demencia, no puede emitir un consentimiento verdadero, es meramente instrumental, pues de esos preceptos no resulta ningún régimen específico de invalidez. La parte recurrente impugna la aplicación por la Audiencia a los contratos celebrados por personas con discapacidad del criterio recogido en el art. 1302 CC con anterioridad a la reforma por la Ley 8/2021. Lo que pretende la parte recurrente, en definitiva, es que se reconozca su legitimación para impugnar el contrato, de acuerdo con lo que se argumenta en el motivo segundo. Es verdad que, durante algún tiempo, cierto sector doctrinal y alguna sentencia consideraron nulos, con nulidad absoluta, los actos del (en la terminología de la época) "incapaz no incapacitado" o "incapaz de hecho"; tal calificación, en línea con la doctrina jurisprudencial sobre la nulidad, permitió ampliar la legitimación para impugnar el contrato y admitir el ejercicio de la acción transcurrido el plazo de cuatro años, todo ello en aras de una mayor protección de la persona con discapacidad (así, la sentencia de 27 de marzo de 1963, aplicando en el caso el régimen de nulidad absoluta, permitió que, superado con creces el plazo de cuatro años se declarara inexistente la venta perjudicial de una finca otorgada por inexistencia total de consentimiento a instancias de un hijo "natural" de la vendedora, conforme al derecho de filiación preconstitucional, ROJ: STS 60/1963 - ECLI:ES:TS:1963:60). Con todo, la jurisprudencia no era unánime, y no dejaba de haber sentencias en las que se aplicó el régimen de la

anulabilidad, incluso antes de la reforma de la tutela introducida en el Código civil en 1984 (así, la sentencia de 9 de febrero de 1949, a efectos de aplicar el art. 1304 CC y negar la obligación de restituir el dinero recibido por el contratante incapaz al no haber quedado acreditado que se hubiera producido aumento ni beneficio en su patrimonio por haberlas gastado en forma no útil ni prudente, ROJ: STS 40/1949 - ECLI:ES:TS:1949:40). Pero también es cierto que, posteriormente, la opinión doctrinal mayoritaria se inclinó por considerar preferible el régimen de la anulabilidad, por ser la forma de invalidez que el Derecho pre-dispone para la protección de una de las partes del contrato. En esta línea, la sentencia [2/2018, de 10 de enero](#) (Pleno, María de los Ángeles Parra Lucán), se hizo eco del análisis funcional que caracteriza en la actualidad la teoría de las nulidades de los contratos, de modo que en cada caso debe tenerse en cuenta la finalidad de las normas y los intereses en juego. Esto es, en definitiva, lo que lleva a cabo de manera correcta la sentencia recurrida. En realidad, de lo dispuesto en los arts. 1261 y 1263 CC no resultaba un régimen jurídico específico de invalidez y cuando la falta de consentimiento derivaba de la discapacidad, el régimen aplicable era el de los arts. 1301 y ss. CC. La apreciación en un caso concreto de una ausencia total y absoluta de voluntad o de conocimiento de un contratante que permitiera hablar de inexistencia de consentimiento (lo que en el caso litigioso la sentencia recurrida, por lo demás, no llega a afirmar) tampoco conduciría a reconocer la legitimación con la amplitud que pretende la parte recurrente, puesto que el régimen de ineficacia de los contratos celebrados por personas con discapacidad se fundaba en su protección, sin que hubiera razones para tratar de manera diferente y en su perjuicio a quien nadie hubiera tomado la iniciativa de incapacitar, ni tampoco, como sería el caso, a los actos o contratos otorgados antes de la limitación judicial de la capacidad. A estos efectos, respecto de la contraparte cabe observar que sería paradójico que pudiera invalidar el contrato y obtener la restitución (incluso, como pretende al invocar la nulidad radical, fuera de los límites del art. 1304 CC, dirigidos a proteger a la persona con discapacidad) cuando no está invocando malicia alguna del demandado, de quien dice que adolecía de una falta de capacidad absoluta que habría sido incluso conocida por la demandante con antelación a la celebración del contrato. Esto último más bien revelaría la propia torpeza de la contraparte (nemo propiam

turpitudinem allegare potest), e impediría que pudiera ejercitar con éxito una acción dirigida a declarar la nulidad del contrato y la restitución de las prestaciones en su interés. El mismo argumento puede extenderse para negar la legitimación de quien no fue parte en el contrato, dado que el interés que invoca deriva de la participación que ostenta en la contraparte, sin que, en la instancia, tal como razonó la sentencia recurrida, hayan quedado acreditados ni la ilicitud causal ni el fraude o perjuicio de sus derechos.

6. Por lo demás, las sentencias citadas por la recurrente en el primer motivo tampoco respaldan su tesis, sin que resulte correcto extraer frases sueltas de las mismas sin atender a las razones de su decisión en cada caso. Así, la sentencia [216/1984, de 4 de abril](#), por cómo venía articulado el recurso, acepta la nulidad absoluta de una cesión gratuita de bienes, pero se cuida de explicar que el mismo resultado se alcanzaría por la vía de la anulabilidad a través de la aplicación del art. 1301 CC, en un caso en el que se reconoció la legitimación de la heredera de la vendedora que adolecía de incapacidad y de cuya herencia formaba parte la acción de nulidad. Por su parte, la sentencia [432/1994, de 9 de mayo](#) (Alfonso Barcala Trillo-Figueroa), que niega que la madre tuviera interés legítimo en instar la nulidad del contrato que ella misma había celebrado con plena conciencia de la necesidad de autorización judicial y que luego impugna por motivos ajenos a la finalidad perseguida por la exigencia legal, deja a salvo la acción que pudiera corresponder a los hijos conforme al art. 1301 CC. Y, en fin, la sentencia [1101/2004, de 19 de noviembre](#) (José Ramón Ferrandiz Gabriel), expresamente dice que no se ocupa, porque no había sido planteado por los recurrentes, de la cuestión de determinar si el entonces vigente art 1263.2.º CC (que negaba capacidad contractual a los incapacitados) se refería solo a los incapacitados judicialmente o también a los carentes de entendimiento y voluntad, ni tampoco sobre el tema de si al contrato celebrado por los incapaces no incapacitados se le aplicaba la nulidad o la anulabilidad (arts. 1301 y 1302 CC).”

(vi) La sentencia 790/2022, de 17 de noviembre (José Luis Seoane Spiegelberg) resuelve la siguiente pregunta: ¿puede el hijo en nombre propio ejercer una acción de reclamación de paternidad no matrimonial cuando la madre la ejerció por él durante su minoría de edad sin éxito?

5.- Alguna sentencia del Tribunal Constitucional, con un hábito de votos particulares que fascina al más pintado, resuelve alguna cuestión que no deja de tener su enjundia. Así, el caso en que se impone parir en un hospital -o si se prefiere, se impide parir en casa- y que desmiente, otra vez, la afirmación recurrente de tantos de “mis” hijos son “míos” cuando los hijos son, sobre todo, de sí mismos. Así la STC, Pleno, [66/2022, de 2 de junio](#), con tantos votos particulares como dedos tiene su pie izquierdo.

Del resto de tribunales, llamo la atención sobre la STJUE, Sala 7.^a, de 24 de noviembre de 2022, C-358/2021, *Tilman SA Unilever Supply Chain Company AG*, que desgrana lo que sea la incorporación de condiciones generales a través de hipervínculos -las condiciones generales forman parte del contrato si hubo una remisión expresa que sea susceptible de control por una parte que actúe con una diligencia normal-.

Y también es de interés la STJUE, Sala 4.^a, de 24 de noviembre de 2022, asunto C-302/2021, en el que, para un caso de préstamo *revolving*, señala el Tribunal de Justicia al órgano judicial que planteó la cuestión que su tarea no es formular opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas, sino que sea indispensable para resolver efectivamente un litigio. Sin litigio efectivo no hay cuestión que sostener, por inquietante que sea la pregunta -siquiera sea para quien interroga- y dudosa la respuesta.

6.- Hay varias sentencias cuya reiteración produce sonrojo en su lector: en Derecho las dudas se resuelven fundadamente -con instrumentos objetivos, con un discurrir racional y un sistema probatorio susceptible de control- y no basta la mera sospecha para tomar una decisión cualquiera.

Así las sentencias [590/2022, de 27 de julio](#) y [591/2022, de 27 de julio](#) (en ambas, la ponente ha sido María de los Ángeles Parra Lucán). Dice, así, el fundamento de derecho 3.º, apartado 4 de la primera:

“Es doctrina de la sala "que no considerar fiables los documentos aportados, de los que ni se acredita ni se afirma que sean falsos, irregulares o estén manipulados, y que no han sido impugnados, comporta una vulneración del derecho de igualdad y no discriminación ante la ley, basada en el origen nacional del menor. Ello está vedado por el principio de igualdad y no discriminación (art. 14 CE) y es incompatible con el compromiso de respetar los derechos enunciados en la Convención de los derechos del niño y asegurar su aplicación sin distinción

alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, o el origen nacional, étnico o social (art. 2.1 de la Convención)" [STS [410/2021, de 18 de junio](#); [412/2021, de 21 de junio](#) y [610/2021, de 20 de septiembre](#) (las tres con ponencia de María de los Ángeles Parra Lucán)]".