

ÍNDICE

QUICIOS MOLINA, M^a. S., Sexenios y acreditaciones de profesorado universitario: control judicial de la discrecionalidad técnica (*Six-year periods and accreditation of university lecturers: judicial control of technical discretion*) (Tribuna)..... 2-9

COLINA GAREA, R., *La calificación registral de documentos judiciales y su influencia en la determinación de la capacidad procesal de la herencia yacente. Un viaje de ida y vuelta a través de la doctrina de la DGRN/DGSJFP. (The registry qualification of judicial documents and its influence on the determination of the procedural capacity of the unclaimed inheritance. A round trip through DGRN/DGSJFP doctrine)* 10-75

HERNÁNDEZ MENI, I., Resistencia de la fianza a la exoneración del deudor y objetivos del mecanismo de segunda oportunidad (*Resistance of the guarantee to the exoneration of the debtor and objectives of the «fresh start» process*).....76-98

MONTERROSO CASADO, E, *La reparación ad integrum por daño moral en la responsabilidad civil derivada de accidentes (Ad integrum compensation for moral damage in civil liability derived from accidents)*.....99-139

PACHECO JIMÉNEZ, M^a N., *Sistemas de inteligencia artificial para la toma automatizada de decisiones: algunos problemas de los contratos algorítmicos concluidos con asistente digital (Artificial intelligence systems for automated decision-making: some issues with algorithmic contracts concluded with digital assistants)*.....140-171

GARCÍA VICENTE, J. R., *Crónica jurisprudencial (IX): mayo – agosto 2024*..... 172-195

**SEXENIOS Y ACREDITACIONES DE PROFESORADO UNIVERSITARIO:
CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA**

Six-year periods and accreditation of university lecturers: judicial control of technical discretion

M^a SUSANA QUICIOS MOLINA
susana.quicios@uam.es
Catedrática de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

Cómo citar / Citation

Quicios Molina, M^a S. (2024).
Sexenios y acreditaciones: control judicial de la discrecionalidad técnica (Tribuna)
Cuadernos de Derecho Privado, 9, pp. 2-9
DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.60>

Resumen

La Sentencia de 23 de mayo de 2024, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, no considera necesario retrotraer las actuaciones para que sea la Comisión Nacional de Evaluación de Actividad Investigadora (CNEAI), como administración evaluadora y con base en el juicio técnico del comité de expertos correspondiente, la que decida la concesión o no del sexenio de transferencia solicitado por el recurrente. Ese juicio técnico, como consecuencia de la anulación por insuficiente motivación del acto administrativo de denegación del sexenio, puede llevarlo a cabo el tribunal de instancia con apoyo en la prueba pericial practicada (concretamente, un informe emitido por un profesor de la misma universidad del demandante). Esta doctrina sobre control judicial de la discrecionalidad técnica de la Administración se apoya en la recogida en la Sentencia de la misma Sala de 25 de abril de 2024 (sobre la declaración de “no apto” de un aspirante a policía en la prueba de entrevista personal), pero, por lo que respecta a la evaluación del profesorado universitario como supuesto específico de ejercicio de dicha discrecionalidad, se aparta de jurisprudencia previa de la misma Sala.

Palabras clave

Evaluación del profesorado universitario; discrecionalidad técnica; falta de motivación; retroacción de actuaciones.

Abstract

The Judgment of 23 May 2024, of the Administrative Chamber of the Supreme Court, does not consider it necessary to backtrack the proceedings so that the National Commission for the Evaluation of Research Activity (CNEAI), as the evaluating administration and based on the technical judgement of the corresponding committee of experts, may decide whether or not to grant the six-year transfer period requested by the appellant. This technical judgement, as a consequence of the annulment of the

administrative act of refusal of the six-year period, can be carried out by the court of first instance with the support of the expert evidence (specifically, a report issued by a lecturer from the same university as the appellant). This doctrine on judicial control of the Administration's technical discretion is based on that contained in the Judgment of the same Chamber of 25 April 2024 (on the declaration of 'unfit' of a police officer applicant in the personal interview test), but, with regard to the assessment of university teaching staff as a specific case of exercise of this discretion, it departs from previous case law of the same Chamber.

Key words

University lecturers assessment; thecnical discretion; lack of motivation; reversal of administrative proceedings.

1. El resumen del asunto sobre el que versa la sentencia de la que quiero dar noticia en esta Tribuna es muy sencillo. Un profesor universitario al que se le denegó el reconocimiento del sexenio de transferencia por la Comisión Nacional de Evaluación de la Actividad Investigadora (CNEAI) sin la debida motivación, obtiene dicho sexenio en vía judicial porque los tribunales que han conocido de los recursos interpuestos entienden, en contra de lo pedido por el Abogado del Estado, que no es necesario ordenar la retroacción de las actuaciones para que sea la administración evaluadora quien dicte un nuevo acto suficientemente motivado. El tribunal de instancia, anulada la resolución de la CNEAI por insuficiente motivación, resuelve en sentido positivo la solicitud con base en un único informe pericial, emitido por un profesor de la misma universidad del recurrente, que se considera más acertado para acceder a las razones de ciencia que justifican la concesión del sexenio de transferencia solicitado. En casación, el Tribunal Supremo mantiene el pronunciamiento de instancia porque no ha de ordenarse en todo caso la retroacción de las actuaciones cuando estamos ante el ejercicio de la discrecionalidad técnica de la Administración, como sería el caso, y, no habiéndose motivado suficientemente este ejercicio, el Abogado del Estado no tachó al testigo en el momento procesal oportuno, no formuló objeciones al dictamen pericial presentado por el demandante ni presentó un informe adicional para explicar la puntuación otorgada por la CNEAI.

La reciente, y breve, Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2024 (nº 897/2024; ponente, L.M. Díez-Picazo Giménez), desestimó el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la Sentencia del Tribunal

Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de las Palmas de Gran Canaria de 14 de diciembre de 2021, que sí había estimado el recurso contencioso-administrativo presentado por el profesor afectado en este caso de denegación de un sexenio de transferencia. Se sintetiza en su Fundamento de Derecho 2º que la cuestión declarada de interés casacional para la formación de la jurisprudencia «es determinar si, en caso de que el órgano judicial concluya que la evaluación de la actividad de transferencia del conocimiento e innovación está insuficientemente motivada, debe necesariamente retrotraer las actuaciones a la vía administrativa» (o, como se describió la cuestión en el Auto que admitió el recurso de casación, «si cabe estimar una pretensión de plena jurisdicción encaminada al reconocimiento del derecho al sexenio de transferencia cuando, a la vista de las pruebas practicadas, el órgano judicial llega al convencimiento de que se ha de revisar el juicio de valoración emitido o si, por el contrario, se han de retrotraer las actuaciones con la finalidad de que, al amparo de la discrecionalidad técnica del órgano evaluador, se emita nuevo informe con la correspondiente valoración respecto de la actividad investigadora» -vid. Antecedente de Hecho 4º). Y la respuesta a esta cuestión se recoge en el Fundamento de Derecho 6º: «si la decisión de discrecionalidad técnica está insuficientemente motivada y además el representante de la Administración no combate la prueba pericial practicada, el órgano judicial no está necesariamente obligado a retrotraer las actuaciones a la vía administrativa».

Los antecedentes de hecho del caso se narran en el Fundamento de Derecho 1º de la sentencia comentada. El demandante en la instancia, profesor de la Universidad de las Palmas de Gran Canaria, solicitó la evaluación de su actividad de transferencia del conocimiento en la única convocatoria del sexenio de transferencia hasta el momento producida (convocatoria piloto de 2018), a efectos de que le fuese reconocido el correspondiente tramo en su carrera académica; la CNEAI, mediante acuerdo de 15 de abril de 2020, emitió una evaluación negativa con base en las aportaciones presentadas por el solicitante, y el posterior recurso de alzada fue tácitamente desestimado por silencio. El recurso contencioso-administrativo interpuesto fue estimado por el Tribunal Superior de Justicia con apoyo en una prueba pericial practicada en la instancia consistente en el dictamen de un profesor de la propia Universidad de las Palmas de Gran Canaria sobre la actividad sometida a evaluación y sobre la aplicación a la misma de los criterios de puntuación establecidos. Y cito literalmente al Tribunal Supremo: «Con esta

base entiende la sentencia impugnada que la evaluación negativa de la CNEAI adolece de insuficiente motivación, por ser escueta, genérica y con razones no ajustadas objetivamente a la realidad de las aportaciones sometidas a evaluación. A ello añade que el representante de la Administración no hizo objeción alguna al dictamen pericial, ni tampoco aportó un informe adicional para explicar la puntuación otorgada por la CNEAI. Todo ello conduce a la sentencia impugnada no solo a anular el acto administrativo recurrido -es decir, la evaluación negativa de la actividad del demandante- sino también a sustituir el juicio de la CNEAI por “otro que hemos considerado más acertado, el del perito cuyo informe permite acceder a las razones de ciencia en la que apoya sus decisiones”, reconociendo así el derecho del demandante al tramo solicitado».

Las razones esgrimidas por el Alto Tribunal para no resolver la retroacción de las actuaciones en un caso como el planteado se expresan de una manera escueta (vid. FD 5º, *in fine*): los jueces y tribunales pueden juzgar con arreglo a criterios objetivos si el ejercicio de la discrecionalidad técnica, en el caso concreto, no se ha motivado suficientemente, y pueden valorar la prueba pericial practicada de conformidad con las reglas de la sana crítica, por lo que resulta perfectamente ajustado a derecho tomar en consideración si el representante de la Administración realizó o no una tacha del perito o si aportó o no pruebas en contrario; en definitiva, dado que la CNEAI no dio una explicación mínimamente singularizada y convincente de su evaluación negativa, y que el Abogado del Estado no combatió la prueba pericial aportada por el recurrente, el Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canaria podía resolver con arreglo a dicha prueba. Porque, además, en otros asuntos de discrecionalidad técnica en que el representante de la Administración no combatió la prueba pericial la Sala ha sostenido el mismo criterio (así, la sentencia de 25 de abril de 2024, recurso nº 4854/2022).

2. En esta Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de abril de 2024 (nº 705/2024; ponente P.L. Murillo de la Cueva), el litigio «surge a propósito del pronunciamiento estimatorio de la Sala de instancia que anuló, por falta de motivación, la declaración de “no apto” de un aspirante en la prueba de la entrevista personal del proceso selectivo para ingreso en la Escala Básica del Cuerpo Nacional de Policía y le reconoció, seguidamente, el derecho a que se le tuviera por superada dicha prueba y a continuar el resto del proceso selectivo hasta su finalización». Y para responder a la pregunta sobre el alcance de las facultades del órgano jurisdiccional

en relación con la declaración de aptitud o no aptitud, se expone en esta sentencia de abril de 2024 (FD 3º) el razonamiento con el que, creo, debemos completar la doctrina de la posterior de mayo (sustituyendo, en atención a los distintos casos planteados, “declaración de la aptitud del solicitante” por “evaluación de la actividad de transferencia aportada”).

En primer lugar se apunta que, según esta Sala viene señalando (por todas, sentencia de 17 de abril de 2012), nada impide que la presunción *iuris tantum* de acierto y razonabilidad de los tribunales calificadores que gozan de discrecionalidad técnica, en razón de los principios de especialización, profesionalización e imparcialidad que rodean la actuación de sus integrantes, sea desvirtuada en el proceso mediante prueba practicada con todas las garantías, resultando especialmente idónea a tal fin la prueba pericial. Más en concreto: «A los órganos jurisdiccionales les está *vedado sustituir el juicio técnico* emitido por esos órganos de selección por el suyo propio (salvo, claro está, en cuestiones estrictamente jurídicas en que tienen la obligación de conocer el ordenamiento jurídico) o por opiniones técnicas de peritos que, dentro del margen de apreciación que existe en todas las ramas del saber especializado, simplemente expresan un criterio técnico diferente del que *razonadamente* ha establecido el tribunal calificador. Pero nada les impide que, tras la valoración del expediente y del resto del material probatorio existente en las actuaciones, muy en particular, de la prueba pericial practicada en el proceso, lleguen a alcanzar una convicción sobre la aptitud del recurrente que *desvirtúe inequívocamente el acierto de la decisión técnica* adoptada por el tribunal calificador».

He resaltado en cursiva las expresiones que me parecen relevantes para desentrañar el sentido de esta doctrina general de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en relación con el control judicial de la discrecionalidad técnica, porque su aplicación a los casos concretos no me parece nada sencilla. ¿En qué casos sigue estando vedado que los órganos jurisdiccionales sustituyan, con apoyo en dictámenes periciales, el juicio técnico que corresponde emitir a la Administración en ejercicio de su discrecionalidad técnica? Aventuro una respuesta: en aquellos en que se haya expresado *razonadamente* (con la debida motivación) en el acto administrativo un criterio técnico que puede ser diferente al que emitiría otro órgano calificador o evaluador (¿y que no se considere *inequívocamente* erróneo por el órgano judicial?). Si no se ha expresado razonadamente dicho criterio técnico por el órgano calificador o evaluador, el órgano judicial puede (o no) alcanzar una convicción distinta de la expresada en el acto administrativo impugnado.

En mi opinión la decisión adoptada por el Tribunal Supremo hubiera requerido alguna explicación añadida, sobre todo si efectivamente se pretende dar una vuelta de tuerca a la doctrina sobre control judicial de la discrecionalidad técnica para permitir, en todos los casos de insuficiente motivación, que se traslade al órgano jurisdiccional el juicio técnico correspondiente y convertir en residual la retroacción de las actuaciones a la vía administrativa: solo cuando el tribunal no tuviera suficientes elementos probatorios para formarse su propio juicio técnico.

3. ¿Qué razones jurídicas cabe dar para ordenar la retroacción de las actuaciones cuando las resoluciones de comités o comisiones evaluadoras de la actividad de profesorado universitario son anuladas? No ha valido la que el Abogado del Estado, en su recurso de casación, utiliza, y que resume de esta manera el Tribunal Supremo: «el único argumento del Abogado del Estado es que la actividad de transferencia del conocimiento e innovación del profesorado universitario solo puede ser evaluada por personas especializadas en la materia y, por consiguiente, que se trata de una evaluación caracterizada por la discrecionalidad técnica», *ergo* «el órgano judicial no puede nunca sustituir el criterio de los técnicos por el suyo propio, sino que en caso de apreciar insuficiente motivación debe retrotraer las actuaciones a la vía administrativa» (FD 5º), porque «el efecto natural y necesario en el supuesto de insuficiente motivación del ejercicio de la discrecionalidad técnica es la retroacción de las actuaciones a la vía administrativa; y nunca, como hace la sentencia impugnada, la sustitución del criterio de los órganos técnicos de la Administración por el del juez o tribunal que conoce del recurso contencioso-administrativo» (FD 3º).

Pero el Abogado del Estado la utiliza porque en sentencias previas relativas a supuestos semejantes al reconocimiento de sexenios (de investigación o transferencia), como son los de acreditación del profesorado universitario, se había mantenido otra jurisprudencia que me parece más adecuada (por razones, fundamentalmente, de igualdad y eficiencia, aunque se demore el tiempo de respuesta). Sirva como ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de junio de 2021 (nº 945/2021, ponente L.M. Díez-Picazo Giménez), que resolvió en casación la reclamación de un solicitante de la acreditación como Catedrático de Universidad, evaluada negativamente por la comisión correspondiente de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA). El recurrente, profesor de Derecho Civil, alegó

fundamentalmente falta de motivación suficiente de las resoluciones administrativas, ya que en la evaluación de la ANECA habrían debido desglosarse las puntuaciones dadas en cada uno de los apartados a considerar, y añadió que la evaluación estaba en contradicción con los informes periciales acompañados con la demanda. El recurso contencioso-administrativo fue desestimado en la instancia, por entender la Audiencia Nacional que el acto administrativo recurrido estaba suficientemente motivado; pero el Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso de casación y anuló la resolución por falta de motivación suficiente. Y por lo que respecta a la retroacción de las actuaciones, que es lo que ahora interesa traer a colación, la Sala Tercera del Tribunal Supremo entendió entonces que no procedía acoger la pretensión del recurrente de que le fuera reconocido su derecho a ser acreditado como Catedrático de Universidad a la vista de los informes periciales por él aportados (en ambos se sostenía que le correspondía una puntuación muy superior a los 80 puntos imprescindibles para obtener la acreditación), pues «[s]iendo muy respetables dichos informes y la conclusión a la que ambos llegan, no puede sustituir el juicio en ellos expresado al de la Administración, es decir al de la Comisión de Acreditación, aunque, naturalmente, ésta habrá de tenerlos en cuenta a la hora de asignar nuevamente las puntuaciones según hemos dicho que debe hacerlo» (FD 4º).

Merece la pena transcribir también las palabras del Tribunal Supremo para justificar que no procedía llegar a una solución semejante a la de las sentencias de la Sala Tercera invocadas por el recurrente para apoyar su pretensión (de 31 de julio de 2014 y 19 de julio de 2010), pues se dictaron en supuestos bien diferentes al enjuiciado: la de 2014 resolvió «que se le tuviera por superado al recurrente un ejercicio de la fase de oposición con una determinada calificación y que, si finalmente, tras la fase de concurso, lograba una puntuación superior a la obtenida por el último de los seleccionados, se le nombrara funcionario»; y en la de 2010 «se reconoció al recurrente el derecho a que se diera una concreta calificación final y a que se le incluyera entre quienes superaron el proceso selectivo porque, frente a la falta de motivación por parte de la Administración de la puntuación que le dio, ofreció poseer unos méritos que debían valorarse sin que la Administración lo cuestionara». Por el contrario, como explica la Sentencia de 30 de junio de 2021, «[a]quí se trata de que ha de observarse un método de evaluación no seguido por la Comisión de Acreditación de Catedráticos de Universidad de Ciencias Sociales y Jurídicas, el que no tuvo presente pese a decir que se ajustaba a él y que, ahora, en virtud

de esta sentencia deberá aplicar sin que esté predeterminado el resultado, como sí venía a estarlo en la práctica en los supuestos considerados en las sentencias alegadas».

4. Por último, un apunte sobre el informe pericial que sirvió para considerar probado por el Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canaria que las aportaciones presentadas por el recurrente para obtener un sexenio de transferencia se adaptaban a los criterios de la convocatoria y reunían la calidad suficiente, emitido por un profesor de su misma universidad. En los procedimientos de evaluación de profesorado de ANECA es una regla estrictamente aplicada por el personal técnico de la casa que un profesor de la misma universidad del solicitante (de sexenio o acreditación) no puede ser nombrado ponente en el expediente ni participar en las deliberaciones del órgano colegiado. Y así se ha mantenido en el artículo 5.1.f) del Código Ético de ANECA, de 23 de noviembre de 2023, dentro de los derivados de los principios competencia técnica y científica, objetividad, independencia y rigor profesional, el deber de los miembros de las comisiones y comités evaluadores de abstenerse de intervenir en estos casos en la valoración y resolución de expedientes.

En conclusión, que ni siquiera se combata por el Abogado del Estado el informe pericial presentado en el caso, claramente inapropiado en razón de la relación con el recurrente, puede justificar la decisión del Tribunal Supremo porque, como se ha defendido por algún autor, el derecho a la tutela judicial efectiva impediría la retroacción, que funcionaría como un privilegio inmerecido para quien no ha levantado ninguna carga (J.M. Rodríguez de Santiago).

**LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES Y SU
INFLUENCIA EN LA DETERMINACIÓN DE LA CAPACIDAD PROCESAL
DE LA HERENCIA YACENTE.**

(Un viaje de ida y vuelta a través de la doctrina de la DGRN/DGSJFP)

*The registry qualification of judicial documents and its influence on the
determination of the procedural capacity of the unclaimed inheritance
(A round trip through DGRN/DGSJFP doctrine)*

RAFAEL COLINA GAREA

rafael.colina@udc.es

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de A Coruña

Cómo citar / Citation

Colina Garea, R. (2024).

La calificación registral de documentos judiciales y su influencia en la determinación de la capacidad procesal de la herencia yacente
Cuadernos de Derecho Privado, 9, pp. 10-75

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.61>

(Recepción: 11/07/2024; aceptación: 02/09/2024; publicación: 02/09/2024)

Resumen

Conforme a los arts. 6.1.4º y 7.5 LEC, la herencia yacente tiene capacidad para ser parte demandada, pero no para comparecer por sí misma en juicio, lo que genera no pocas incertidumbres cuando terceras personas pretenden la satisfacción judicial de sus derechos, siendo los potenciales herederos desconocidos o inciertos. El presente trabajo procura despejar la incógnita en torno a la integración de la capacidad procesal de la herencia yacente, pero analizando este clásico problema desde la perspectiva que otorga la implicación de la legislación hipotecaria (arts. 18 LH y 100 RH). Partiendo de la tradicional jurisprudencia en la materia, se analiza el divergente periplo evolutivo de la doctrina registral hasta que dicha disidencia se transforma en anuencia con la Sentencia 9/9/2021 del Pleno de la Sala 1ª del TS, todo ello a fin de averiguar en qué medida la calificación registral de los documentos judiciales influye en la determinación de la capacidad procesal de herencia yacente.

Palabras clave

Herencia yacente, capacidad procesal, calificación registral, administrador judicial.

Abstract

Pursuant to articles 6.1.4 and 7.5 of the LEC, the unclaimed inheritance has the capacity to be a defendant, but not to appear in court on its own behalf, which generates a great deal of uncertainty when third parties seek the judicial satisfaction of their rights, being the potential heirs unknown or uncertain. The present work attempts to clear up the

uncertainty surrounding the integration of the procedural capacity of the unclaimed inheritance, but analysing this classic problem from the perspective provided by the involvement of mortgage legislation (arts. 18 LH and 100 RH). Starting from the traditional case law on the subject, the divergent evolutionary journey of the registry doctrine is analysed until this dissidence is transformed into agreement with the Ruling of 9/9/2021 of the Plenary of the 1st Chamber of the Supreme Court, all with the aim of finding out to how the registry qualification of the judicial documents influences on the determination of the procedural capacity of the unclaimed inheritance.

Keywords

Unclaimed inheritance, procedural capacity, registry qualification, inheritance judicial administrator.

SUMARIO:

I. LA HERENCIA YACENTE: UN PROBLEMA PRÁCTICO SÓLO TEÓRICAMENTE RESUELTO. II. LA LEC/1881 Y LA JURISPRUDENCIA INTEGRADORA DEL TRIBUNAL SUPREMO: ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA DIRIGIDA CONTRA LA HERENCIA YACENTE Y LOS IGNORADOS O INCIERTOS HEREDEROS SOLICITANDO SU EMPLAZAMIENTO EDICTAL. III. LA LEC/2000 Y LA DISRUPTIVA DOCTRINA DE LA DGRN: LA HERENCIA YACENTE DEBE COMPARECER EN JUICIO REPRESENTADA POR UN ADMINISTRADOR JUDICIAL CUANDO LOS POTENCIALES HEREDEROS SEAN DESCONOCIDOS O INCIERTOS. III.1. Límites a la extensión del ámbito de la calificación registral de documentos judiciales y su aptitud para integrar la capacidad procesal de la herencia yacente. III.2. La indiscriminada obligación de nombrar un administrador judicial siempre que la demanda se dirija contra la herencia yacente y sus desconocidos herederos. III.2.1. *La calificación registral de la congruencia entre el mandato y el procedimiento versus la inadecuación entre el procedimiento y la resolución judicial como justificación del rechazo tabular cuando se obvia la designación del administrador judicial.* III.2.2. *El nombramiento indiscriminado del administrador judicial. Una obligación carente de soporte legal y desproporcionada.* III.3. La obligación de designar administrador judicial y su «degradación» a la categoría de instrumento sólo subsidiariamente aplicable. ¿Matización o flexibilización de la inicial doctrina disruptiva? III.3.1. *Reconocimiento expreso de la posibilidad principal de integrar la capacidad procesal de la herencia yacente mediante el emplazamiento y comparecencia de personas determinadas: posibles herederos, llamados, interesados.* III.3.2. *La calificación registral de los obstáculos derivados de los asientos registrales y de la legislación registral como justificación del rechazo tabular cuando se obvia la obligación subsidiaria de nombrar administrador judicial.* IV. LA STS 9/9/2021: ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA DIRIGIDA CONTRA LA HERENCIA YACENTE Y LOS IGNORADOS O INCIERTOS HEREDEROS SOLICITANDO SU EMPLAZAMIENTO EDICTAL Y NOTIFICANDO LA PENDENCIA DEL PROCESO AL ESTADO O A LA COMUNIDAD AUTÓNOMA. IV.1. La supresión definitiva de la obligación de nombrar un administrador judicial para integrar la capacidad procesal de la herencia yacente. IV.2. Las diligencias de averiguación del domicilio e identidad de los posibles herederos y la obligación de poner en su conocimiento la demanda notificándoles la pendencia del procedimiento si son localizados. IV.3. El emplazamiento edictal de los ignorados herederos del fallecido sin testamento y sin sucesores intestados como añadido a la obligación de notificar al Estado la pendencia del procedimiento. V. DESDE LA STS 9/9/2021 HASTA EL INFINITO Y MÁS ALLÁ. V.1. El posterior posicionamiento de la DGSJFP. La conclusión obtenida tras «completar su doctrina» a la vista de la señalada Sentencia.

V.2. Reflexiones finales: retorno al punto de partida de un viaje para el que las alforjas fueron necesarias. *Bibliografía. Relación jurisprudencial.*

I. LA HERENCIA YACENTE: UN PROBLEMA PRÁCTICO SÓLO TEÓRICAMENTE RESUELTO

La herencia yacente es una construcción dogmático-teórica cuya finalidad práctica es justificar, durante el tiempo que media entre la apertura de la sucesión y la aceptación, la pervivencia del patrimonio hereditario como entidad autónoma¹ económicamente independiente² y dotada de capacidad para actuar en el tráfico jurídico-negocial, pese a carecer transitoriamente de un titular actual³ y estar desprovista de personalidad⁴. La herencia yacente no carece de titular sino de titular actual, ya que, en ese estado de interinidad comprendido entre la apertura de la sucesión y la aceptación, aquél se halla indeterminado, pero es susceptible de ulterior determinación en el instante en el que el correspondiente llamado a título de heredero ejerza su *ius delationis* en sentido adquisitivo. Se trata, pues, de una provisional indeterminación⁵ subjetiva con vocación extintiva⁶, en atención a la cual se permite que el patrimonio hereditario sobreviva al causante como un conjunto de relaciones jurídicas internamente cohesionadas y unidas⁷ por su afección al cumplimiento del fin adquisitivo⁸, evitándose así los nocivos efectos que su disgregación provocaría tanto para el orden público como para el orden privado⁹ constituido por los derechos o intereses legítimos de los potenciales herederos, de los legatarios, de los acreedores hereditarios o cualesquiera otras personas que pudiesen tener

¹ Gascón Inchausti (2001: 104).

² García Goldar (2019: 167). Torres Maldonado (2012: 13). Monje Balmaseda (2001: 203). Hernández Díaz-Ambrona (1995: 63). Gitrama (1950: 28).

³ García Goldar (2019: 163). Madriñán Vázquez (2016: 160). García Herrera (2008, p. 38). Fuentes Martínez (2004: 95).

⁴ SAP Barcelona 10 marzo 2000 (AC 2000, 3590). En la doctrina, Pérez de Ontiveros (2013: 50). Díaz Martínez (2010: 33). García Herrera (2008, 100). Monje Balmaseda (2001: 122). Hernández Díaz-Ambrona (1995: 96 y 97).

⁵ García Goldar (2019: 164).

⁶ Carpi Martín (2014: 3365).

⁷ Madriñán Vázquez (2016: 162). Fuentes Martínez (2004, 96). Hernández Díaz-Ambrona (2002: 460). Monje Balmaseda (2001: 187). Hernández Díaz-Ambrona (1995: 76).

⁸ La herencia puede ser conceptualizada como un «patrimonio de destino», pues constituye un conjunto patrimonial separado y afecto al cumplimiento del fin adquisitivo, de modo tal que su cohesión, coherencia interna, independencia y autonomía no se basan en ningún sujeto, sino en su destinación o finalidad. Vid. Faus Pujol (2023: 4). Torres Maldonado (2012: 13). García Herrera (2008, 101). Fuentes Martínez (2004: 96). Romero Coloma (1997: 2225). Hernández Díaz-Ambrona (1995: 76).

⁹ Sánchez Calero (2022: 409). Lacruz Berdejo (2009, 35). Romero Coloma (1997:2218).

un derecho realizable sobre el caudal hereditario¹⁰. A fin de conseguir este objetivo, también resulta necesario consentir que, pese a no poseer personalidad, la herencia yacente pueda desempeñarse con autonomía e independencia en el tráfico jurídico-negocial como si su titular nunca hubiese fallecido¹¹. Se procura asegurar la supervivencia de un patrimonio activo y dinámico que no permanece en un reducto aislado en estado de hibernación o congelación a la espera de recobrar toda su vitalidad con la subsiguiente aceptación, sino que se encuentra en movimiento, en transformación y se relaciona con terceros¹².

Este concreto modo de resolver las dificultades derivadas de la ausencia momentánea de titular y de personalidad de la herencia yacente, es lo que paradójicamente provoca que un problema teóricamente¹³ superado y solucionado¹⁴ continúe suscitando toda una serie de variados contratiempos de índole netamente práctica, muchos de ellos pendientes de solución y que generan no poca litigiosidad¹⁵. En particular, sigue preocupando que la situación de yacencia hereditaria pueda erigirse en un obstáculo para la efectiva realización de los derechos de crédito pertenecientes a los acreedores hereditarios. Sabemos que el causante ha muerto pero sus deudas no¹⁶ y que

¹⁰ Aunque la herencia yacente carece temporal y momentáneamente de titular actual, no es necesario buscar a dicho titular porque no se va a encontrar mientras no recaiga aceptación, ni tampoco es preciso inventárselo ni siquiera mediante una ficción transitoria porque se admite que el patrimonio hereditario subsista cohesionado y unido por razón de su destino finalista: ser adquirido por quien sea llamado a título de heredero. Vid. Madriñán Vázquez (2016: 164). Monje Balmaseda (2001, 207). De la Cámara Álvarez (1999: 24). Sánchez Hernández (1997: 225).

¹¹ Madriñán Vázquez (2016: 165).

¹² Compartimos la interpretación de Castro Sáenz (1998: 61), (2000.a: 629) y (2000.b: 617), quien apuesta por el dinamismo intrínseco esencial de la herencia durante su yacencia, rechazando una idea estática «casi mazacótica» de la misma, como conjunto de bienes congelados, acumulados e inmóviles. En sentido contrario, y por remisión a Lacruz, entiende García Goldar (2019: 163) que la herencia yacente es «un conjunto de derechos hereditarios que se hallan en estado de quiescencia, en espera de recuperar su completa vitalidad cuando se haga cargo el nuevo titular». Por «quiescente» se entiende aquello que está quieto pudiendo tener movimiento propio. En esta misma línea de dimensión estática, Royo Martínez (1951: 33) afirmaba muy expresivamente que «la situación de yacencia predicada respecto la herencia encierra la fuerza evocadora de lo inerte, pareciendo aquélla descansar, esperando, como el arpa de la rima becqueriana, la mano que hacia ella se dirija». Finalmente, Rivas Martínez (2009: 66) igualmente sostenía que «la herencia duerme en espera de que la adquiera un heredero».

¹³ Tradicionalmente, la doctrina más clásica venía distinguiendo el problema teórico que suscitaba la herencia yacente identificable con dilucidar a quien corresponde la titularidad del patrimonio hereditario, del problema práctico relativo, por una parte, en su faceta estática, a la determinación de los sujetos que deben ocuparse de conservar, custodiar y administrar los bienes hereditarios y, por otra parte, en su vertiente dinámica, a la identificación de las personas que han de representar a la herencia yacente en la gestión de sus asuntos frente a terceros, lo que incluye la comparecencia y actuación en juicio. Vid. García Goldar (2019: 170). Madriñán Vázquez (2016: 164). Albaladejo García (2015: 42). Torres Maldonado (2012: 12). Lacruz Berdejo (2009: 35 y 36). Monje Balmaseda (2001: 104). De la Cámara Álvarez (1999: 24). Sánchez Hernández (1997: 391). Romero Coloma (1997: 2217 y 2218).

¹⁴ Lasarte Álvarez (2022: 263).

¹⁵ García Goldar (2019: 161). Díaz Martínez (2010: 25).

¹⁶ Sánchez Hernández (1997: 229).

su fallecimiento no debería afectar en lo más mínimo a tales derechos de crédito, los cuales habrían de persistir invariables, sin sufrir menoscabo para su integridad e impedimento o demora en su satisfacción¹⁷. No obstante, la realidad parece ser otra, porque el hecho de plantear reclamaciones judiciales contra un patrimonio autónomo sin titular actual y falta de personalidad suele multiplicar las dificultades procesales que han de afrontar los acreedores del causante¹⁸. Sin ir más lejos, se complica la correcta constitución de la relación jurídico-procesal, pues, al extinguirse la personalidad del causante, surgen dudas en torno a la identificación de aquellos sujetos contra los cuales se haya de dirigir la demanda por razón de su diversificación¹⁹. Si ello no fuese suficiente, el grado de complejidad se incrementa aún más cuando procede llevar a cabo los correspondientes emplazamientos seleccionando a quienes deban actuar y comparecer en juicio. En este caso, el hándicap consiste en averiguar si la herencia yacente tiene aptitud para actuar y comparecer en juicio por sí misma²⁰, o si, por el contrario, su capacidad procesal precisa ser integrada mediante el emplazamiento de otros sujetos que actúen y comparezcan judicialmente en su representación, lo que, a su vez, conlleva el impedimento añadido de tener que individualizar a estas personas, entre todas las posibles²¹.

Ante un enfoque temático de este estilo, podría objetarse que las cuestiones planteadas no son nuevas y que ya han sido objeto de nutrido estudio doctrinal y jurisprudencial. Ahora bien, el presente trabajo encuentra justificación si se repara en la circunstancia de que los tradicionales problemas procesales que origina la situación de yacencia hereditaria en relación con la efectiva realización de los derechos de terceras personas, adquieren un nuevo cariz por razón de la entrada en vigor de la LEC/2000 y de las implicaciones derivadas de la aplicación de la legislación hipotecaria, especialmente

¹⁷ STS 21 mayo 1991 (RJ 1991, 3779). Aun después del fallecimiento de su titular, el patrimonio hereditario sigue siendo centro de garantía y de imputación de sus responsabilidades igual que lo era cuando aquél todavía vivía. El soporte patrimonial de la responsabilidad sigue intacto. Lo único que cambia es su titular. Faus Pujol (2023: 3). García Goldar (2019: 173). Monje Balmaseda (2001, p. 239). Sánchez Hernández (1997: 231).

¹⁸ Carpi Martín (2014: 3365). Díaz Martínez (2010: 32).

¹⁹ Como bien dice Carpi Martín (2014: 3367), «si quien pretende reclamar judicialmente ya sabe que reclama frente a un caudal relicto, abrirá un mar de tempestades una vez comprobado el fallecimiento del demandado pretendido, pues es entonces cuando los posibles integrantes de la parte demandada se multiplican y diversifican». Igualmente, Rivas Martínez (2009: 69).

²⁰ Martínez Valero (2023, 30). Sánchez Hernández (1997: 411).

²¹ La correcta realización de los emplazamientos y la acertada selección de las personas que deban comparecer y actuar en juicio es sumamente importante para no causar indefensión, ya que cualquier defecto puede provocar que el interesado no tenga conocimiento del procedimiento y se produzca una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y la consiguiente nulidad de las actuaciones (art. 225 LEC y 238 LOPJ). Vid. Ávila de Encío (2020: 1).

en lo referente a la calificación registral de los documentos judiciales que traen causa de procedimientos instados contra la herencia yacente (arts. 18 LH y 100 RH)²². Por contraposición a una consolidada y reiterada doctrina del Tribunal Supremo mantenida durante años para los supuestos en los que la herencia yacente carecía de administrador y los potenciales herederos eran desconocidos o inciertos, llegó un momento en el que, a raíz de la LEC/2000 y con fundamento en la nueva regulación contenida en sus arts. 6, 7 y 790 y ss., la DGRN se apartó de dicha doctrina y, escudándose en la potestad conferida por los arts. 18 LH y 100 RH, comenzó a calificar negativamente y denegar la inscripción en el Registro de las sentencias condenatorias dictadas contra los herederos desconocidos o inciertos de la herencia yacente del causante, al estimar que su emplazamiento edictal no resultaba suficiente para garantizar su derecho a la tutela judicial efectiva y ponía en riesgo el principio de tracto sucesivo al no asegurar la intervención en el proceso de los posibles causahabientes, por lo que se hacía necesario incrementar el control sobre los mecanismos procesales relativos a notificaciones y emplazamientos, exigiendo el nombramiento de un administrador judicial quien debería ser emplazado para comparecer y actuar en juicio en representación de la herencia yacente²³. A partir de esa ruptura, la postura adoptada por la DGRN comienza un oscilante periplo evolutivo que tiene su fin con un pronunciamiento *ad hoc* del Tribunal Supremo zanjando la divergencia e instaurando un relativamente nuevo orden de cosas, el cual nos sirve para responder a la pregunta de si la calificación registral de los documentos judiciales que tienen su origen en sentencias condenatorias dictadas contra una herencia yacente puede llegar a influir en la determinación de su capacidad procesal.

II. LA LEC/1881 Y LA JURISPRUDENCIA INTEGRADORA DEL TRIBUNAL SUPREMO: ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA DIRIGIDA CONTRA LA HERENCIA YACENTE Y LOS IGNORADOS O INCIERTOS HEREDEROS SOLICITANDO SU EMPLAZAMIENTO EDICTAL

En la antigua LEC/1881 no existía precepto alguno que específicamente se dedicase a esclarecer si la herencia yacente tenía capacidad para ser demandada y, en caso de que así fuese, si podía comparecer y actuar por sí misma en el procedimiento incoado

²² García Goldar (2019: 184).

²³ Carpi Martín (2014: 3374).

contra ella. Como ha sucedido en otras muchas ocasiones, el Tribunal Supremo se vio obligado a colmar dicha laguna normativa mediante una interpretación integradora del ordenamiento que se inaugura con la STS 21 junio 1943 (RJ 1943, 838) y que se desarrolla en las SSTS 10 noviembre 1981 (RJ 1981, 4471), 20 septiembre 1982 (RJ 1982, 4920) y 12 marzo 1987 (RJ 1987, 1435). En estas resoluciones se subraya que la herencia en situación de yacencia puede figurar como término subjetivo de la relación jurídica-procesal y, por lo tanto, ocupar la posición de demandada, en cuanto masa o comunidad de interesados a la que, sin ser verdadera persona jurídica, se otorga transitoriamente y para fines limitados una consideración unitaria. Se reconoce abiertamente que la herencia yacente está provista de capacidad para ser parte y que los acreedores hereditarios pueden dirigir sus demandas directamente contra ella. La capacidad para ser parte es una proyección en el ámbito procesal de la capacidad jurídica y se define como la aptitud para ser titular de derechos, obligaciones y cargas procesales²⁴, lo que habilita tanto para ejercer la acción judicial (demandante) como para soportarla (demandado). Llama la atención que se atribuya a la herencia yacente capacidad para ser parte pese a carecer de personalidad²⁵. Para este caso concreto, se rompe excepcionalmente la normal vinculación exigible entre personalidad y capacidad para ser parte²⁶, configurándose esta última como una categoría conceptual más amplia que la primera, al permitirse que existan supuestos en los que se reconoce la capacidad para ser parte sin tener personalidad²⁷.

Ahora bien, las citadas Sentencias son importantes no sólo porque afirman la capacidad para ser parte de la herencia yacente, sino porque, al mismo tiempo, niegan su capacidad procesal. En la STS 20 septiembre 1982 se sostiene que el reconocimiento de la capacidad para ser parte de la herencia yacente «conlleva la necesidad de la citación

²⁴ Martínez Valero (2023: 29). Miñana Lloréns (2022: sp). Añón Calvete (2021: 6). Gutiérrez Barrenengoa y Monje Balmaseda (2014: 39). Monje Balmaseda (2001: 332).

²⁵ La atribución a la herencia yacente de la capacidad para ser parte en el proceso, se fundamenta, por un lado, en la circunstancia de que negar dicha capacidad no se ajustaría a las necesidades del tráfico jurídico. Sería una contradicción reconocer que la herencia yacente es un patrimonio autónomo que puede actuar en el tráfico jurídico-negocial como entidad económica independiente y luego rechazar su capacidad para ser demandada judicialmente. Y, por otro lado, la herencia yacente debe tener capacidad para ser parte porque en ningún caso está justificado que los acreedores hereditarios tengan que esperar a la aceptación hereditaria para poder ejercitar las acciones que ya tenían en vida del causante fallecido. Vid. STS 21 mayo 1991 (RJ 1991, 3779). SSAP Guadalajara 24 junio 2014 (JUR 2014, 191542) y Almería 7 noviembre 2023 (JUR 2024, 28509). Ávila de Encío (2020: 11). García Goldar (2019: 173). Gutiérrez Barrenengoa y Monje Balmaseda (2014: 12 y 39). Carpi Martín (2014: 3364). Pérez de Ontiveros (2013: 51). Torres Maldonado (2012: 16). Monje Balmaseda (2001: 308 y 333). Gascón Inchausti (2001: 105). Romero Coloma (1997: 2222). Hernández Díaz-Ambrona (1995: 157).

²⁶ Carpi Martín (2014: 3364).

²⁷ Cordón Moreno (2022: 3). Añón Calvete (2021: 6).

edictal de los desconocidos herederos, a no ser que la representación de aquella haya sido otorgada al albacea por el testador o exista administrador». Esto quiere decir que la herencia yacente carece de capacidad procesal, pues no posee aptitud para comparecer y actuar por sí misma en aquellos procesos judiciales en los que figure como parte demandada, debiendo articularse tal comparecencia mediante el emplazamiento de otros sujetos que la representen²⁸: el administrador y, en su defecto, los potenciales herederos emplazados mediante edictos en caso de ser desconocidos o inciertos²⁹. La capacidad para ser parte no puede confundirse con la capacidad procesal, de tal modo que el hecho de que se reconozca la primera a la herencia yacente no implica que igualmente haya de atribuírsele la segunda. La capacidad procesal es una proyección en el ámbito procesal de la antes denominada capacidad de obrar³⁰ y puede definirse como la aptitud para comparecer y actuar en juicio, ejerciendo válidamente los derechos, obligaciones y cargas procesales cuya titularidad se ostenta³¹. Una cosa es ser titular de un derecho, obligación o carga procesal y otra cosa distinta es poder ejercer eficazmente tales derechos, obligaciones o cargas procesales compareciendo en el procedimiento³². En consecuencia, la doctrina contenida en la STS 20 septiembre 1982 advierte que ni siquiera para la herencia yacente se tolera excepcionalmente una quiebra en la necesaria vinculación entre capacidad de obrar o plenitud en el ejercicio de la capacidad jurídica y la capacidad procesal. Se deduce así que la herencia yacente no puede comparecer por sí misma en juicio y que su ausencia de capacidad procesal necesita ser integrada mediante el emplazamiento de otros sujetos que actúen y comparezcan judicialmente en su nombre y representación.

²⁸ Martínez Valero (2023: 30). Gascón Inchausti (2001: 1006).

²⁹ Según la SAP Huelva 24 junio 1993 (AC 1994, 1147), la negación de la capacidad procesal de la herencia yacente se remonta a la RDGRN 17 marzo 1919, en donde, a pesar de la impropiedad terminológica, se señalaba que «los bienes correspondientes a la herencia yacente constituyen una entidad jurídica especial y las demandas judiciales han de ser dirigidas contra los legitimados procesalmente para ser parte pasiva o demandados en representación de la herencia yacente», fragmento que se cita después de afirmar la citada Sentencia que nuestras leyes atribuyen «el carácter de representantes de la herencia a sujetos de derecho que obran personalmente sin tener la libre disposición de los intereses discutidos, concediéndoles facultades para defender y administrar sus bienes; así sucede por ejemplo con el administrador nombrado por el testador o el albacea a quien el testador haya concedido esa facultad [...], o con el administrador nombrado por el Juez». También con remisión a la RDGRN 17 marzo 1919, Vid. Martínez Santiago (1999: 124).

³⁰ Tras 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 capacidad de obrar podría identificarse con la plenitud en el ejercicio de la capacidad jurídica sin necesitar medidas de apoyo, lo que significa estar en plena disposición para ejercer eficazmente los derechos y obligaciones cuya titularidad pertenece a una persona.

³¹ Miñana Lloréns (2022: sp).

³² Martínez Valero (2023: 30).

El problema surge cuando no resulta posible conocer a quienes ostentan esa representación³³. Nos referimos a aquellas hipótesis en las que no existe una persona designada para ejercer las funciones de administración y representación de la herencia yacente y, además, los eventuales herederos son ignorados, desconocidos o inciertos. Ante esta situación, el dilema consiste en descifrar si, para integrar correctamente la capacidad procesal de la herencia yacente, es imprescindible proceder al nombramiento de un administrador (ya sea a instancia de parte o de oficio), o si, por el contrario, bastaría con emplazar edictalmente a esos potenciales herederos que resultan desconocidos o inciertos. Ya desde la primigenia STS 10 noviembre 1981 (RJ 1981, 4471), el Tribunal Supremo defendió de forma reiterada que, en defecto de administrador³⁴, debían ser admitidas, por considerarlas ajustadas a Derecho, las demandas interpuestas contra la herencia yacente y los desconocidos e inciertos herederos, siempre que se emplazara a estos últimos por medio de edictos publicados en forma. La utilización de la citación edictal como medio de emplazamiento generaba cierta preocupación porque podía afectar a la integridad del derecho a la tutela judicial efectiva del patrimonio hereditario y de los futuros herederos. Quien ejercita una acción judicial puede verse tentado de ocultar el domicilio de la persona contra la que está dirigida, alegando que lo desconoce, para interesar que se le emplazara por edictos y se sustancie el procedimiento en rebeldía, lo que incrementaría sus posibilidades de éxito a costa de la indefensión de la parte demandada³⁵.

Por esta y otras razones, la demanda interpuesta contra la herencia yacente y los desconocidos o inciertos herederos sólo se admitía cuando el emplazamiento edictal de estos últimos se hubiese efectuado cumpliendo la estricta doctrina constitucional que requiere el cumplimiento de toda una serie de rigurosos condicionamientos, dado el evidente riesgo de que resulte ineficaz causando indefensión³⁶: a). No cabe prescindir de la llamada a juicio en forma personal cuando exista una posibilidad directa o indirecta de localizar al interesado y hacerle llegar el contenido del acto de comunicación. b). El emplazamiento por edictos constituye un último remedio al que sólo se puede acudir de modo subsidiario y excepcional, una vez que previamente se hayan agotado todos los

³³ Martínez Valero (2023: 32). Añón Calvete (2021: 7).

³⁴ STS 14 mayo 2001 (RJ 2001, 6208) y SAP Badajoz 12 diciembre 2022 (JUR 2003, 78208).

³⁵ Quien así obrase incurriría en ocultación maliciosa constitutiva de maquinación fraudulenta que puede dar lugar a la revisión de la sentencia. SSTS 16 noviembre 2000 (RJ 2000, 9236), 14 mayo 2003 (RJ 2003, 4754), 9 mayo 2007 (RJ 2007, 3104), 6 septiembre 2007 (RJ 2007, 5440), 28 julio 2009 (RJ 2009, 4579). En la doctrina, García Goldar (2019: 183), Carpi Martín (2014: 3369), Gutiérrez Barrenengoa y Monje Balmaseda (2014: 51). Pérez de Ontiveros (2013: 60). Pardo Muñoz (2011: 27 y 29), Díaz Martínez (2010: 38) y Sánchez Hernández (1997: 417).

³⁶ STC 15 julio 2002 (RTC 2002, 149).

mecanismos de comunicación personal, generándose la convicción en el órgano judicial de que, al ser desconocido el domicilio e ignorado el paradero del interesado, resultan inviables o inútiles los otros medios de comunicación procesal. c). El agotamiento de los medios de comunicación ordinarios rige y se exige no sólo para los Tribunales de Justicia, en el sentido de que deben agotar las diligencias de averiguación y, por lo tanto, las posibilidades razonables de poner en conocimiento del demandado la existencia del procedimiento, sino también para la parte demandante, a quien le afecta el deber de colaboración con el órgano judicial y, en consecuencia, tiene la obligación de facilitar todos los datos e información que posea y que puedan ser útiles para localizar al demandado. No es precisa una desmedida labor investigadora, ni empeñar una diligencia extraordinaria. Basta con que los Jueces y el demandante hayan empleado la diligencia media normalmente exigible para procurar la localización del demandado, ya que lo contrario podría provocar una indebida restricción de los derechos de defensa de los personados en el proceso y, en particular, el derecho a la tutela judicial efectiva de quien interpone la demanda. d). Para que el emplazamiento edictal pueda denunciarse como no ajustado a Derecho, no llega con que se haya producido la transgresión de una norma procesal, sino que es necesario que tenga lugar una indefensión material y no meramente formal, lo que implica que el defecto procesal suponga un perjuicio real y efectivo para el demandado en sus posibilidades de defensa. Además, se requiere que la eventual indefensión no sea imputable a la propia voluntad o a la falta de diligencia del demandado. Por ello, se afirma que no concurre indefensión cuando, atendiendo a las circunstancias del caso, el interesado tuvo o pudo haber tenido, empleando una mínima diligencia, un conocimiento extrajudicial de la pendencia del pleito en un momento procesal todavía oportuno para personarse en él y actuar en defensa de sus derechos e intereses. La carga de la prueba del conocimiento extra procesal del procedimiento corresponde a quien lo alega, no siendo suficientes las meras conjeturas para estimar acreditado dicho conocimiento³⁷.

³⁷ Son múltiples las Sentencias que han ayudado a construir la doctrina sobre los requisitos exigibles para poder recurrir a la citación y emplazamiento mediante edictos, por lo que nos limitamos a citar tan sólo las más indicativas: SSTC 8 marzo 1999 (RTC 1999, 26), 13 noviembre 2000 (RTC 2000, 268), 12 febrero 2001 (RTC 2001, 34), 17 septiembre 2001 (RTC 2001, 185), 15 julio 2002 (RTC 2002, 149), 16 septiembre 2002 (RTC 2002, 162), 22 abril 2002 (RTC 2002, 87), 25 noviembre 2002 (RTC 2002, 216), 2 junio 2003 (RTC 2003, 102), 14 julio 2003 (RTC 2003, 138), 29 noviembre 2004 (RTC 2004, 225), 24 febrero 2020 (RTC 2020, 26). SSTS 27 diciembre 1994 (RJ 1994, 10326), 24 marzo 1995 (RJ 1995, 2397), 19 febrero 1998 (RJ 1998, 638), 29 junio 1998 (RJ 1998, 5293), 14 mayo 2001 (RJ 2001, 6208), 4 marzo 2005 (RJ 2005, 1777), 28 julio 2009 (RJ 2009, 4579), 30 junio 2010 (RJ 2010, 5695), 25 noviembre 2010 (RJ 2011, 1986), 3 marzo 2011 (RJ 2011, 2623).

De todo lo expuesto se deduce que, bajo la vigencia de la LEC/1881, se prefería integrar la capacidad procesal de la herencia yacente dirigiendo la demanda directamente contra ella y emplazando mediante edictos a los herederos desconocidos o inciertos también demandados, antes que proceder a la designación de un administrador a instancia de parte o de oficio, si bien dicha preferencia se basaba en las garantías que, para el derecho a la tutela judicial efectiva y a la interdicción de indefensión, se derivaban de la necesidad de llevar a cabo dicho emplazamiento cumpliendo escrupulosamente los requisitos exigidos por la jurisprudencia. Se ha dicho que, actuando de este modo, se logra una solución que satisface suficientemente todos los intereses en conflicto, resolviendo equilibradamente la tensión existente entre la garantía de efectividad de los derechos e intereses de los terceros frente al patrimonio hereditario y el derecho a la tutela judicial efectiva y a la interdicción de la indefensión de la herencia yacente y sus futuros titulares³⁸. A ello se añade que la alternativa de designar un administrador para que comparezca en juicio representando a la herencia yacente no se estimaba preferible ni siquiera antes de la entrada en vigor de la LEC/2000, ya que se entendía que era una carga desproporcionada que los demandantes no tenían la obligación de soportar por carecer de soporte legal y por representar una molestia adicional dilatoria³⁹.

III. LA LEC/2000 Y LA DISRUPTIVA DOCTRINA DE LA DGRN: LA HERENCIA YACENTE DEBE COMPARECER EN JUICIO REPRESENTADA POR UN ADMINISTRADOR JUDICIAL CUANDO LOS POTENCIALES HEREDEROS SEAN DESCONOCIDOS O INCIERTOS

La entrada en vigor de la LEC/2000 constituye un punto de inflexión que marca un antes y un después respecto a la integración de la capacidad procesal de la herencia yacente. Como novedad en la materia, la Ley adjetiva incorpora por vez primera, aunque sin mencionarla⁴⁰, dos preceptos directamente aplicables a la herencia yacente en los que se regula su capacidad para ser parte y su capacidad procesal. Sin embargo, tal novedad no debería suponer un gran cambio en la situación preexistente, pues las referidas

³⁸ Vid. Martínez Valero (2023, 33). Añón Calvete (2021: 7). Carpi Martín (2014: 3377). Gascón Inchausti (2001: 105).

³⁹ Pérez Álvarez (2022: 70). Sánchez Calero (2022: 409). García Goldar (2019: 180). Albaladejo García (2015: 44). Gutiérrez Barrenengoa y Monje Balmaseda (2014: 46). Díaz Martínez (2010: 36). Lacruz Berdejo (2009, 36). Rivas Martínez (2009: 71). Díez Picazo y Gullón Ballesteros (2006, p. 482). Monje Balmaseda (2001: 338). Romero Coloma (1997: 2220).

⁴⁰ Pardo Muñoz (2011: 18).

disposiciones se limitaban a elevar a rango normativo lo que jurisprudencialmente ya encarnaba una doctrina consolidada de general aplicación⁴¹.

En primer lugar, el art. 6.1.4º LEC señala que «podrán ser parte en los procesos ante los tribunales civiles [...] las masas patrimoniales o patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular...». Dado que la herencia yacente se muestra como un patrimonio separado desprovisto momentáneamente de titular actual, puede concluirse que, a partir de esta norma, se confirma que indudablemente la herencia yacente tiene capacidad para ser parte⁴² y está habilitada no sólo para ejercer la acción judicial sino también para soportarla, pudiendo los acreedores hereditarios dirigir sus demandas directamente contra ella⁴³. Se ratifica también que, para la herencia yacente, se rompe definitivamente la vinculación normal y generalmente existente entre personalidad y capacidad para ser parte.

En segundo lugar, el art. 7.5 LEC añade que esas mismas masas patrimoniales o patrimonios separados a los que alude el art. 6.1.4º LEC «comparecerán en juicio por medio de quienes, conforme a la ley, las administren». Al decirse que su comparecencia deberá instrumentarse mediante un administrador, se infiere que, a pesar del cambio normativo, ni siquiera para la herencia yacente se tolera una excepcional quiebra de la vinculación existente entre capacidad de obrar o plenitud en el ejercicio de la capacidad jurídica y la capacidad procesal⁴⁴. Al igual que en la situación legal precedente, tras la LEC/2000, la herencia yacente sigue sin poder comparecer ni actuar por sí misma en juicio, porque el propio art. 7.5 LEC exige que la ausencia de su capacidad procesal se integre mediante el emplazamiento de otros sujetos que actúen y comparezcan judicialmente en su nombre y representación. Ahora bien, lo que llama la atención como aspecto novedoso es la solución normativamente elegida para integrar la falta de capacidad procesal: el art. 7.5 LEC dispone que la comparecencia judicial en nombre la herencia yacente no puede articularse mediante cualquier representante, sino a través de uno concreto y particular: el administrador. Además, el art. 798.I LEC añade que «Mientras la herencia no haya sido aceptada por los herederos, el administrador de los bienes representará a la herencia en todos los pleitos que se promuevan o que estuvieren principiados al fallecer el causante...».

⁴¹ SAP Alicante 14 diciembre 2011 (JUR 2012, 81863).

⁴² SSAP Vizcaya 21 abril 2004 (JUR 2004, 296226), Guadalajara 24 junio 2014 (JUR 2014, 191542), AAP Asturias 19 enero 2018 (JUR 2018, 69223) y SAP Teruel 17 junio 2020 (JUR 2020, 314903)

⁴³ Miñaña Lloréns (2022: sp). Pérez Álvarez (2022: 70). Pérez de Ontiveros (2013: 58).

⁴⁴ Carpi Martín (2014: 3364).

Ante esta modificación normativa, y a partir de la Resolución 27 octubre 2003 (RJ 2003, 7669), la DGRN inauguró una inédita línea doctrinal caracterizada por apartarse de la clásica jurisprudencia del TS y negarse a calificar positivamente e inscribir en el Registro (ex arts. 18 LH y 100 RH) aquellos documentos judiciales que trajesen causa de sentencias dictadas en procedimientos entablados contra la herencia yacente, al interpretar, con base en la nueva regulación adjetiva, que demandar genéricamente a la propia herencia y emplazar edictalmente a los herederos desconocidos no garantizaba una adecuada defensa de sus intereses si no se adoptaban las oportunas medidas de administración y garantía de ese patrimonio de titular transitoriamente indeterminado (arts. 6.4, 7.5, 540, 790.1, 791.2.2º, 797, 798 LEC). La DRGN pasó a defender que la correcta integración de la capacidad procesal de la herencia yacente reclamaba el nombramiento de un administrador judicial que compareciese en juicio en su nombre y representación, sin que su falta pudiese ser suplida mediante la demanda y citación genéricas de los causahabientes desconocidos del causante, con independencia del modo o garantías de las citaciones practicadas en autos⁴⁵.

Tras este cambio de criterio, son obvias las preguntas que se suscitan: ¿la extensión de la función calificador de documentos judiciales puede justificar que la DGSJFP/DGRN influya en la determinación de la capacidad procesal de la herencia yacente denegando la inscripción de las sentencias que traigan causa de demandas interpuestas contra aquella y sus desconocidos herederos emplazados edictalmente? Y si así fuese, ¿sería correcta la solución adoptada consistente en integrar dicha capacidad procesal subordinando la obtención de la calificación registral positiva al nombramiento de un administrador judicial con apoyo en los arts. 790 y ss. LEC, cuando no conste la existencia de testamento ni de parientes llamados a la sucesión legítima?⁴⁶

III.1. Límites a la extensión del ámbito de la calificación registral de documentos judiciales y su aptitud para integrar la capacidad procesal de la herencia yacente

⁴⁵ Seguramente impulsados por este cambio de doctrina, algunos autores postularon inicialmente que, «tras la vigencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 es dudosa la legalidad de esta práctica, porque la herencia yacente [...] tiene capacidad procesal para ser parte (art. 6.1.4º), representada por quien, de conformidad con la ley, la administre (art. 7.5)», refiriéndose a la práctica aceptada en la precedente jurisprudencia consistente en admitir las demandas interpuestas contra la herencia yacente y los herederos desconocidos solicitando su citación mediante edictos. Vid. Díez Picazo y Gullón Ballesteros (2006, p. 482), en concreto nota 1.

⁴⁶ Añón Calvete (2021: 4). Pardo Muñoz (2011: 65).

La respuesta afirmativa o negativa a la cuestión de si la calificación registral de documentos judiciales puede amparar la determinación de la capacidad procesal de la herencia yacente, depende de la mayor o menor extensión que legalmente corresponda a la referida función calificadora.

En general, el fundamento de la calificación registral de documentos judiciales radica en que las sentencias son *res inter alios acta* y únicamente tienen efecto *inter partes*. Mediante la calificación positiva y la práctica del correspondiente asiento, se consigue que la decisión judicial adquiera plena eficacia, siendo oponible *erga omnes* frente a todos y frente a todo⁴⁷. Por este motivo, ha de existir un control mediante un juicio de valoración jurídica a cargo del Registrador, quien tiene el deber y la potestad de verificar que todos los documentos objeto de inscripción cumplen con las exigencias legales del sistema registral español para la práctica de los asientos solicitados y su subsiguiente eficacia frente a terceros⁴⁸. Es este procedimiento de verificación y control el que se conoce como calificación⁴⁹ y constituye una clara manifestación del principio de legalidad en sede registral⁵⁰.

La calificación registral es una actividad propia de carácter rogado, obligatoria⁵¹ y personalísima que el Registrador desarrolla bajo su exclusiva responsabilidad de modo independiente, hasta tal punto que, en el ejercicio de esta función, aquél no queda sujeto al criterio de otros Registradores, ni siquiera a las decisiones que él mismo hubiese tomado previamente en asuntos similares, ni tampoco a las directrices, indicaciones u órdenes provenientes de ningún superior jerárquico, lo que se mantiene incluso respecto a los órganos judiciales⁵². Sin embargo, aunque se atribuya al Registrador una tan amplia independencia, la función calificadora no puede ser utilizada como un cheque en blanco que cobije la fiscalización de aspectos de los documentos judiciales que excederían de su radio de acción, ni proyectarse sobre extremos no relacionados con el cumplimiento de

⁴⁷ Del Rey Barba (2021: 1367). García García (2019: 576). Mateo Villa (2016: 350). Gómez Gállico (2009: 20). García García (2002: 620). Poveda Díaz (1999: 47 y 48).

⁴⁸ RDGRN 4 noviembre 2019 (RJ 2019, 4765).

⁴⁹ Para una aproximación al concepto de «calificación registral», Vid. Del Rey Barba (2021: 1362). Añón Calvete (2021: 5). Gómez Gállico (2009: 19). Peña Bernaldo de Quirós (2001: 520 y 521). De Pablo Contreras (1999: 2 y 3).

⁵⁰ Añón Calvete (2021: 10). Del Rey Barba (2021: 1362). Chico y Ortiz (1994: 590).

⁵¹ Dicha obligatoriedad resulta del art. 18 LH, al decir de modo imperativo que los Registradores «calificarán». Vid. Gomá Lanzón (2022: 357). Del Rey Barba (2021: 1394).

⁵² Los Registradores son independientes en el plano funcional, aunque sean dependientes en el ámbito orgánico. Vid. Del Rey Barba (2021: 1398). Díaz Fraile (2017: 224). Mateo Villa (2016: 351). Martín Martín (2015: 30). Gómez Gállico (2009: 20 y 21). Roca Sastre et al (2008: 673). Chico y Ortiz (1994: 601).

los requisitos que la legislación hipotecaria considera imprescindibles, pues ello podría poner en riesgo ciertos valores constitucionales y la seguridad jurídica⁵³.

El alcance de la calificación registral se halla especialmente restringido no sólo en lo referente a los medios utilizables para llevarla a cabo⁵⁴, sino, incluso con mayor intensidad, en lo concerniente a su objeto⁵⁵. Según el art. 100 RH, «La calificación por los Registradores de los documentos expedidos por la autoridad judicial se limitará a la competencia del Juzgado o Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro». La conjugación del verbo «limitar» en forma imperativa, indica que el legislador concibe restrictivamente el ámbito objetivo de la función calificadora de los documentos judiciales y, en consecuencia, no cabe extenderla a otros objetos no contemplados en la norma por muy similares que fuesen a los expresamente previstos⁵⁶.

La necesidad de esta interpretación restrictiva de la extensión objetiva de la función calificadora se aprecia con claridad cuando se trata de documentos judiciales, ya que este es un tema espinoso⁵⁷, delicado y, a veces, controvertido⁵⁸: aparentemente, el resultado negativo de la calificación puede ser contemplado con perplejidad por quien habiendo obtenido el reconocimiento judicial de su derecho espera igualmente conseguir su constancia registral⁵⁹, lo que llevaría a la creencia de que con el rechazo tabular se estaría produciendo una intromisión en el ejercicio de la jurisdicción que pondría en entredicho la misma⁶⁰. Quizás por esta razón, se ha sostenido que, en el caso de los documentos judiciales, sería aconsejable moderar las exigencias derivadas de la legislación registral y atenuar el rigor de la calificación, propugnando la interpretación

⁵³ Martínez de Santos (2018: 2). Martín Martín (2015: 384). Guilarte Gutiérrez (2009, 1021).

⁵⁴ De conformidad con el art. 18 LH, los Registradores ejercerán la función calificadora ateniéndose a lo que resulte de los documentos presentados y del contenido y asientos del Registro. Vid. Mateo Villa (2016: 353). Guilarte Gutiérrez (2014: 600). Gómez Gállico (2009: 32). Roca Sastre et al (2008: 664 y 667). De Pablo Contreras (1999: 31). Chico y Ortiz (1994: 611).

⁵⁵ La calificación registral tiene un ámbito objetivo distinto dependiendo del tipo de documento al que se refiera (Del Rey Barba [2021: 1408]). Así, la calificación de los documentos judiciales y administrativos se somete a estrictos límites de similar intensidad en ambos casos (arts. 100 y 99 RH, respectivamente). Sin embargo, cuando se trata de documentos notariales, no existen particulares límites objetivos a la calificación, sino que se aplica en toda su extensión el alcance del art. 18.1 LH, pudiendo incluso calificarse la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas. Vid. Mateo Villa (2016: 363). Pérez de Ontiveros (2013: 66). Rodríguez Otero (2012: 440). Gómez Gállico (2009: 25). Roca Sastre et al (2008: 635). Chico y Ortiz (1994: 603).

⁵⁶ Guilarte Gutiérrez (2009: 1022). Peña Bernaldo de Quirós (2001: 523).

⁵⁷ López y López (2008: 93).

⁵⁸ Poveda Díaz (1999: 41).

⁵⁹ Añón Calvete (2021: 7). Poveda Díaz (1999: 41).

⁶⁰ Guilarte Gutiérrez (2010: 135). Poveda Díaz (1999: 41).

que sea más favorable posible para acceder a lo interesado, minimizando los obstáculos para la entrada en el Registro del asiento pretendido⁶¹.

La función calificadora ha de ejercerse con pleno respeto a la función jurisdiccional, cuyo ejercicio corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales, así como con sometimiento al principio de intangibilidad de las situaciones jurídicas resultantes de las sentencias firmes⁶², reflejado en el art. 522.1 LEC⁶³. La calificación registral no puede tener un alcance tal que implique una interferencia o intromisión en el ejercicio de la jurisdicción, pues, aunque aquella es un poder de decisión jurídica, no todo poder de decisión jurídica es potestad jurisdiccional⁶⁴. La función calificadora no tiene como fin resolver una situación contenciosa declarando la existencia o inexistencia de un derecho controvertido entre las partes contendientes, sino, simplemente, y una vez solucionada la controversia por los Tribunales de Justicia en el ejercicio de la jurisdicción, decidir si se incorpora o no al Registro una nueva situación jurídica inmobiliaria⁶⁵.

De esta idea matriz se extraen algunas trascendentes consecuencias en orden a delimitar la extensión de la calificación registral de los documentos judiciales:

a). En el orden sustantivo o material, la calificación registral no puede afectar al fondo del asunto al que el mandamiento judicial hace referencia⁶⁶, ni tampoco al fundamento del fallo de la resolución judicial⁶⁷. La función calificadora no puede cuestionar la bondad intrínseca o justicia interna de las decisiones adoptadas por el Juez, ni su corrección, procedencia u oportunidad⁶⁸. De lo contrario, la calificación registral se convertiría en una suerte de cuarta instancia judicial⁶⁹ y el Registrador se transformaría en una especie de fiscal legitimado para verificar el adecuado ejercicio de la jurisdicción, entrometiéndose en un campo exclusivamente reservado a la competencia de los Tribunales de Justicia. El fondo del asunto ya habría sido resuelto y la decisión material

⁶¹ Martín Martín (2015: 384). Guilarte Guitérrez (2010: 136). López y López (2008: 94 y 97).

⁶² Díaz Fraile (2017: 242 y 243). Laso Baeza (2014: 789). Rodríguez Otero (2012: 441)

⁶³ Conforme a este precepto, «Todas las personas y autoridades, especialmente las encargadas de los Registros públicos deben acatar y cumplir lo que se disponga en las sentencias constitutivas y atenerse al estado o situación jurídicos que surja de ellas...».

⁶⁴ García García (2002: 620 y 621). De Pablo Contreras (1999: 8).

⁶⁵ Gómez Gállico (2009: 20). Roca Sastre et al (2008: 635).

⁶⁶ Gomá Lanzón (2022: 357). Añón Calvete (2021: 13). García García (2019: 576). García García (2002: 619 y 623).

⁶⁷ Mateo Villa (2016: 363). Martín Martín (2015: 40). Martínez Espín (2013: 436). Pérez de Ontiveros (2013: 68). Pardo Muñoz (2011: 43). Gómez Gállico (2009: 24). Poveda Díaz (1999: 46). Kemelmajer de Carlucci (1996: 87).

⁶⁸ Cabanas Trejo (2022: 2). García García (2019: 577). Martínez de Santos (2018: 5). Gómez Gállico (2009: 24). Kemelmajer de Carlucci (1996: 108).

⁶⁹ Cabanas Trejo (2022: 5). Martínez de Santos (2018: 2).

de la controversia ya habría sido adoptada por el Juez y, por lo tanto, a partir de ahí, únicamente incumbe al Registrador determinar, a través de la calificación registral, si el documento que contiene un mandato basado en dicha resolución judicial puede o no acceder al asiento registral con efectos respecto a terceros⁷⁰.

b). En el marco adjetivo o procesal, la función calificadora no puede amparar la revisión del cumplimiento de todos y cada uno de los trámites procesales seguidos en el procedimiento judicial, la regularidad de las actuaciones procedimentales, ni el acatamiento del riguroso orden del proceso⁷¹. Tampoco cabe que el Registrador examine todo lo relacionado con la correcta constitución de la relación jurídico-procesal, desde la observancia de los presupuestos procesales (excepto jurisdicción y competencia) hasta la legitimación de las partes, pasando por los requisitos propios de la contradicción procesal, pues la garantía del principio constitucional de la tutela judicial efectiva se hace descansar en Jueces y Tribunales bajo el régimen general de los recursos procesales⁷². El Registrador no es un supervisor de la pureza del procedimiento sustanciado en vía judicial, pues ello vulneraría la autonomía de la función jurisdiccional⁷³. No puede concebirse la calificación del documento judicial como la atribución al Registrador de la facultad de inspeccionar la actuación judicial con trascendencia directa sobre el procedimiento, sino como una obligación inexcusable de velar por la coherencia del contenido del Registro⁷⁴. De todos los trámites procesales, la calificación registral sólo puede encargarse de verificar aquellos que estén directamente enderezados a garantizar la efectividad de la intervención en el procedimiento judicial del titular registral cuyos derechos puedan resultar afectados por resolución que se adopte en el mismo⁷⁵. Como bien es sabido, legalmente sólo es posible practicar un asiento que menoscabe o ponga en entredicho la eficacia de otro vigente, cuando el titular registral afectado lo haya consentido, o haya intervenido o podido intervenir en el procedimiento del que traigan causa dicha alteraciones en los asientos⁷⁶.

c). En el estricto contexto de la legislación aplicable al procedimiento judicial, la calificación registral no puede albergar un examen de legalidad del mero cumplimiento

⁷⁰ Martín Martín (2015: 40). García García (2002: 621). De Pablo Contreras (1999: 40).

⁷¹ Martínez Espín (2013: 436). Pérez de Ontiveros (2013: 68). Kemelmajer de Carlucci (1996: 107).

⁷² Gomá Lanzón (2022: 360). Cabanas Trejo (2022: 2). Martínez de Santos (2018: 3). Laso Baeza (2014: 786). Pardo Muñoz (2011: 43). Gómez Gállego (2009: 24).

⁷³ Pérez de Ontiveros (2013: 68). Gómez Gállego (2009: 30).

⁷⁴ Martín Martín (2015: 41).

⁷⁵ Del Rey Barba (2021: 1423). Díaz Fraile (2017: 229). Peña Bernaldo de Quirós (2001: 523).

⁷⁶ Del Rey Barba (2021: 1367). Díaz Fraile (2017: 239). Mateo Villa (2016: 361). Pardo Muñoz (2011: 44 y 45). García García (2002: 621).

de las normas del ordenamiento. La función calificadora no constituye un ulterior o segundo control de legalidad que se sume al ya efectuado por los Jueces y Tribunales⁷⁷. El Registrador debe ocuparse de constatar si el documento judicial que se le presenta puede acceder o no al Registro, por lo que únicamente habría de centrar su cometido en comprobar que se ha cumplido la legislación registral e hipotecaria aplicable. No se trataría, pues, de un control de legalidad en abstracto, sino de un control de inscribibilidad, de acceso al registro⁷⁸. En consecuencia, de nuevo cabe afirmar que la función calificadora no permite al Registrador fiscalizar la observancia de cualesquiera requisitos legales aplicables al procedimiento del que trae causa el documento judicial a inscribir, sino solamente verificar que el mandamiento judicial deje constancia del cumplimiento de las exigencias legales establecidas con el fin de preservar los derechos que del Registro se derivan para los titulares registrales, cuya modificación o cancelación se ordena por el Tribunal⁷⁹.

III.2. La indiscriminada obligación de nombrar un administrador judicial siempre que la demanda se dirija contra la herencia yacente y sus desconocidos herederos

III.2.1. La calificación registral de la congruencia entre el mandato y el procedimiento versus la inadecuación entre el procedimiento y la resolución judicial como justificación del rechazo tabular cuando se obvia la designación del administrador judicial

Durante una primera fase de la disruptiva doctrina inaugurada con la Resolución 27 octubre 2003 (RJ 2003, 7669)⁸⁰, la DGRN sostenía que, al haberse entablado la demanda genéricamente contra la herencia yacente y sus desconocidos o inciertos herederos, se había omitido el procedimiento legalmente establecido al efecto, el cual

⁷⁷ Cabanas Trejo (2022: 5). Martínez de Santos (2018: 2).

⁷⁸ Del Rey Barba (2021: 1377 y 1378).

⁷⁹ Gomá Lanzón (2022: 357 y 358). Del Rey Barba (2021: 1423). Cabanas Trejo (2022: 2). García García (2019: 576).

⁸⁰ Nos referimos a la doctrina registral que se instaura con la citada RDGRN 27 octubre 2003 (RJ 2003, 7669) y que se mantiene hasta la RDGRN 27 julio 2010 (RJ 2010, 5136) en la que el rechazo tabular se fundamenta en la inadecuación del procedimiento judicial por no haberse adoptado las medidas de aseguramiento y administración contempladas para el procedimiento sobre intervención judicial de la herencia cuando no conste la existencia de testamento ni de parientes llamados a la sucesión legítima. Entre ambas resoluciones acogen este mismo criterio, entre otras, RRDGRN 25 junio 2005 (RJ 2005, 5398), 24 febrero 2006 (RJ 2006, 10139), 18 noviembre 2006 (RJ 2006, 8919), 21 febrero 2007 (RJ 2007, 1579), 5 noviembre 2007 (RJ 2007, 9253), 20 noviembre 2007 (RJ 2008, 387), 2 octubre 2008 (RJ 2009, 628) y 17 marzo 2009 (RJ 2009, 1866).

exigía, en todo caso, el nombramiento de un administrador judicial, provocándose, con esta omisión, una inadecuación entre la resolución recaída y el procedimiento seguido para obtenerla que quedaba comprendida bajo la potestad de calificación registral motivando el rechazo de la inscripción con base en lo dispuesto en el art. 100 RH. La DGRN parte de la premisa de que el principio de interdicción de la indefensión procesal reclama que, cuando no conste su consentimiento, el titular registral afectado por el acto inscribible haya sido parte o tenido la posibilidad de serlo en el proceso determinante del asiento. Pese a reconocer expresamente que no compete al Registrador calificar la personalidad de la parte actora, ni la legitimación procesal, ni los trámites procedimentales en general, la DGRN defendía que la función calificadora de las actuaciones judiciales podía alcanzar al hecho de quien aparece protegido por el Registro haya sido emplazado en el procedimiento, independientemente del modo en que se haya cumplimentado ese emplazamiento, pues, de lo contrario, se estaría dando entrada en el Registro a una extralimitación del Juez que entrañaría una indefensión procesal patente.

A nuestro juicio, esta doctrina ejemplifica una concepción expansiva de la calificación registral fundada en una interpretación extensiva y correctora de la literalidad del art. 100 RH, al que se hace decir lo que precisamente no dice⁸¹. El citado precepto afirma con meridiana claridad que lo que resulta calificable en un documento judicial es la congruencia entre el mandato judicial y el procedimiento o juicio en el que se hubiera dictado⁸². El Registrador únicamente puede denegar la inscripción cuando el Juez le remita en el mandamiento una orden discordante con el procedimiento judicial del que trae causa⁸³. En cambio, no corresponde al Registrador apreciar la congruencia procesal *strictu sensu* como adecuación del fallo a las pretensiones procesales, ni tampoco la concordancia entre la pretensión y el proceso o, ni siquiera, entre la resolución y el procedimiento en el que se dicta. Todo lo que no sea enjuiciar la congruencia del mandato judicial con la naturaleza del juicio sustanciado para su obtención, es ajeno a este concreto objeto de la función calificadora y constituye competencia exclusiva del Juez o Tribunal de quien procede el mandato. Por esta razón, la circunstancia de que el Juez estime que la defensa de los derechos de los herederos desconocidos queda suficientemente

⁸¹ Gomá Lanzón (2022: 360). Cabanas Trejo (2022:1). García García (2019: 466).

⁸² Díaz Fraile (2017: 234).

⁸³ Según García García (2002: 644), son ejemplos de falta de congruencia entre el mandato y la clase de juicio o procedimiento seguido para su obtención «que en un juicio relativo a un arrendamiento pretendieran dar lugar a una cancelación de hipoteca [...]. O en un juicio sobre cancelación de hipoteca, pretender la cancelación de la inscripción del dominio, no decidida en el pleito».

garantizada con su citación edictal y sin necesidad de nombrar un administrador ex arts. 791 y ss. LEC, no altera la necesaria congruencia entre el procedimiento y el mandato que envía al Registrador. Cuando la DGRN rechaza la inscripción del documento judicial alegando que se ha obviado el procedimiento legalmente establecido para adoptar las medidas de aseguramiento y administración de la herencia pendiente de aceptación, no está restaurando la concordancia entre el procedimiento y el mandato, sino que corrige la decisión judicial ya tomada en torno a la selección del procedimiento a adoptar, invadiendo así un campo reservado a la jurisdicción que no puede tener cobijo bajo el manto de la función calificadora ex art. 100 LH⁸⁴. El ámbito de la calificación registral de documentos judiciales no abarca el examen de la legalidad del trámite de emplazamiento de la herencia como demandada, porque escapa a la valoración de la congruencia del mandato con el procedimiento en el que se hubiera dictado. El órgano judicial es el único habilitado para determinar si ha existido o no la necesaria contradicción procesal excluyente de la indefensión. No incumbe al Registrador verificar una posible indefensión procesal, porque es al Juez a quien compete adoptar las garantías y cautelas jurisdiccionales que considere necesarias en defensa de los derechos de las partes, así como ponderar los mecanismos de protección de los intereses de los afectados por la sentencia y, en función de ello, decidir si admite a trámite la demanda interpuesta contra la herencia yacente con citación edictal de los herederos desconocidos o inciertos, o si conviene nombrar un administrador para que comparezca en representación de la propia herencia⁸⁵.

III.2.2. El nombramiento indiscriminado del administrador judicial. Una obligación carente de soporte legal y desproporcionada

En una primera aproximación a la letra del art. 7.5 LEC, podría pensarse que la conjugación del verbo «comparecer» en imperativo significa que las masas patrimoniales que carezcan transitoriamente de titular están obligadas, en todo caso, a comparecer en juicio por medio de quienes las administren. Parece que el citado precepto presupondría que, o bien que todas las herencias yacentes tienen administrador, o bien deben tenerlo,

⁸⁴ Como sostiene López y López (2008: 96), «lo que no es de recibo y es manifiesta e injustificada invasión de la esfera judicial es argüir sobre la adecuación o inadecuación de un procedimiento cuando de él ha resultado un título inscribible con todas las garantías».

⁸⁵ Vid. Gomá de Lanzón (2022: 358 y 359). Laso Baeza (2014: 790). Pérez de Ontiveros (2013: 69, 70 y 72). De Pablo Contreras (1999: 35).

por lo que, si careciesen de él, deberían nombrarlo, pues, de lo contrario, no cabría otra forma alternativa de comparecer judicialmente. Sin embargo, consideramos que ésta es una interpretación un tanto forzada y apegada a la literalidad del art. 7.5 LEC, porque partiría de una premisa incorrecta. No todas las herencias yacentes tienen administrador, ni tampoco deben tenerlo, pues la práctica judicial demuestra que son múltiples y variados los pronunciamientos sobre sentencias condenatorias en los que, no existiendo administrador, no se procedió a nombrarlo judicialmente⁸⁶, articulándose su comparecencia mediante otros modos diversos. Por consiguiente, lo que en realidad nos dice el art. 7.5 LEC es que la herencia yacente únicamente está obligada a comparecer en juicio representada por quien la administre en aquellos supuestos en los que disponga de administrador. Sólo si la herencia posee administrador, su comparecencia judicial deberá instrumentarse a través del mismo necesariamente. Por lo tanto, el art. 7.5 LEC resuelve el problema de la integración de la capacidad procesal de la herencia yacente cuando se haya designado un administrador que la represente⁸⁷, pero queda pendiente de solución cuando falte dicho nombramiento.

Y precisamente, con la intención de colmar esta laguna normativa, la DGRN recurrió a la aplicación de los arts. 791 y ss. LEC para fundamentar la imposición indiscriminada de la obligación de designar administrador judicial como medio para articular la comparecencia judicial de la herencia yacente. Pese a los esfuerzos argumentativos realizados en este sentido, estimamos que la pretendida obligación de nombrar administrador carece del soporte legal adecuado⁸⁸, entre otras, por las siguientes razones:

a). Ninguno de los preceptos citados por la DGRN en sus diversas Resoluciones (arts. 6.4, 7.5, 540, 790.1, 791.2.2º, 797, 798 LEC) obliga a que la herencia yacente comparezca judicialmente siempre mediante la representación de quien la administre. Incluso algunas de estas normas apuntan en el sentido contrario. Por ejemplo, el art. 540 LEC contempla la posibilidad de despachar ejecución a favor de quien demuestre ser sucesor del que figure como ejecutante en el título ejecutivo, bastando para ello que presente los documentos en los que conste la sucesión «sin más trámites», lo que

⁸⁶ García Goldar (2019: 179).

⁸⁷ Como señalan Gutiérrez Barrenengoa y Monje Balmaseda (2014: 41), «Si la herencia yacente se encuentra dotada de un organismo encargado de su gestión [...], el problema de la llamada representación en juicio desaparece». Ya con anterioridad en el mismo sentido, Monje Balmaseda (2001: 334).

⁸⁸ Mariño Pardo (2021: 16). Martínez de Santos (2018: 5).

comporta que, en tales hipótesis, no es preciso designar administrador ni siquiera cuando se desconozcan los sucesores⁸⁹.

b). Es cierto que el art. 791 LEC refiere la intervención judicial del caudal hereditario a las ocasiones en las que no consta la existencia de testamento ni de parientes llamados a la sucesión legítima. Pero también es cierto que los arts. 792 y ss. LEC circunscriben la intervención judicial a dos supuestos muy concretos y particulares identificados con dos procedimientos específicos que gozan de individualidad y singularidad propia: la división judicial de la herencia y la tramitación de la declaración de herederos⁹⁰. Por este motivo, no cabe aplicar estos preceptos a otros casos no expresamente contemplados en los mismos, por muy similares que fuesen, ya que el art. 4.2 CC veta la aplicación extensiva de las normas excepcionales, tal y como son aquéllas que se prevén para disciplinar procedimientos concretos y particulares dotados de individualidad y singularidad propias.

c). Aunque no se tratase de normas excepcionales concebidas para procedimientos específicamente particulares, tampoco cabría admitir la aplicación analógica de los arts. 791 y ss. LEC con el objeto de justificar la exigencia de designar un administrador para instrumentar la comparecencia judicial de la herencia yacente⁹¹, ya que faltaría el presupuesto esencial de la misma: la identidad de razón. En efecto, los arts. 791 y ss. LEC regulan la adopción de las medidas indispensables para el enterramiento del difunto y para el aseguramiento de sus bienes y pertenencias, como trámites necesarios para la custodia y conservación del caudal relicto mientras no concluya la declaración de herederos *ab intestato* o se apruebe la partición de la herencia. Todas estas prevenciones nada tienen que ver ni poseen similitud alguna con el problema procedimental que nos ocupa y que consiste en decidir cómo y a quién emplazar a juicio para que comparezca en representación de la herencia yacente en el procedimiento contra ella entablado y en el que se ejercen pretensiones declarativas, cautelares o de condena⁹².

d). La exigencia registral de nombrar un administrador judicial no sólo se plantea de forma obligatoria, sino que además se configura como una obligación cuya observancia se requiere indiscriminadamente en todos los procesos judiciales que traigan causa de demandas interpuestas contra la herencia yacente siendo los potenciales

⁸⁹ Coincidimos en esta interpretación con Pardo Muñoz (2011: 74).

⁹⁰ Martínez de Santos (2018: 5). Calaza López (2014: 2555).

⁹¹ Cerdón Moreno (2022: 6). Mariño Pardo (2011: 13).

⁹² Pardo Muñoz (2011: 75 a 78).

herederos desconocidos o inciertos⁹³. Se trata de una equiparación formal que no tiene en cuenta las divergencias materiales que puedan suscitarse casuísticamente entre las distintas situaciones de yacencia hereditaria. Se hace «tabla rasa» y se impone la designación de administrador judicial con independencia de ciertas variables que no deberían ser ignoradas, tales como si el derecho controvertido del causante está inmatriculado o no⁹⁴, si pudiese existir o no algún interesado a quien notificar la pendencia del procedimiento, o si el Juez se hubiese pronunciado expresamente sobre la corrección de los emplazamientos y la integración de la capacidad procesal de la herencia yacente demandada.

e). En la hipótesis de que el nombramiento del administrador judicial deba hacerse a instancia de parte, la imposición de tal designación parece una carga no sólo legalmente injustificada, sino materialmente desproporcionada⁹⁵. Al exigirse al demandante que nombre un administrador judicial en aplicación del procedimiento previsto en los arts. 791 y ss. LEC, se le está obligando a instar previamente un juicio sucesorio como presupuesto inexcusable para luego poder ejercitar las pretensiones declarativas, cautelares o condenatorias que plantee en la demanda. Además, este procedimiento de índole sucesoria no se encuentra al alcance de cualquiera: el art. 792.2 LEC dispone que solamente podrán pedir la intervención del caudal hereditario los acreedores reconocidos como tales en el testamento o por los coherederos y los que tengan su derecho documentado en un título ejecutivo⁹⁶, por lo que cabría que existiesen acreedores hereditarios que nunca pudiesen obtener la constancia registral de sus derechos, pese a haber sido judicialmente reconocidos⁹⁷. De este modo, la obligación de designar administrador judicial se erigiría en un impedimento que dificultaría la tutela judicial efectiva de los derechos del demandante, so pretexto de garantizar la protección de los eventuales sucesores del causante y titular registral ante una posible indefensión. Es lógico que nuestros Tribunales de Justicia se preocupen por evitar la indefensión de quien, habiendo sido llamado a una herencia, pueda verse afectado por un proceso judicial para

⁹³ Carpi Martín (2014: 3375).

⁹⁴ Mariño Pardo (2021: 11).

⁹⁵ Romero Coloma (1997: 2220).

⁹⁶ SAP Barcelona 30 abril 2010 (JUR 2010, 240583). García Goldar (2019: 195). Por remisión a la Sentencia citada, Pérez de Ontiveros (2013: 65).

⁹⁷ En opinión de Carpi Martín (2014: 3377), en estos casos, se generan «auténticas ratoneras procesales en las que la parte actora puede ver frustrada su pretensión sustantiva por circunstancias que le son ajenas e incontrolables, lo que plantea, a su vez, una posible merma de sus garantías procesales y de su derecho a un proceso eficiente».

el que no ha sido emplazado⁹⁸. Sin embargo, también forma parte de la lógica defender que los derechos de crédito de terceros no deben soportar en su ejercicio menoscabo, detrimento, obstáculo, impedimento o espera por el mero hecho del fallecimiento del deudor⁹⁹. La tensión existente entre la interdicción de la indefensión de los futuros herederos y la tutela judicial efectiva de los derechos de terceros frente a la herencia tendría que resolverse en un delicado equilibrio que satisficiera todos los intereses en juego, pero nunca inclinando la balanza a favor de la protección de los eventuales sucesores con preterición de los terceros que tengan derechos sobre la herencia aún no aceptada.

f). La obligación a cargo del demandante de nombrar administrador acudiendo previamente a un juicio sucesorio, igualmente provocaría una dilación indebida del procedimiento que afectaría negativamente al esencial dinamismo intrínseco de la herencia yacente, frenando su dinámica funcional, en particular en lo referente a la gestión de sus asuntos en relación con terceros¹⁰⁰.

III.3. La obligación de designar administrador judicial y su «degradación» a la categoría de instrumento sólo subsidiariamente aplicable. ¿Matización o flexibilización de la inicial doctrina disruptiva?

III.3.1. Reconocimiento expreso de la posibilidad principal de integrar la capacidad procesal de la herencia yacente mediante el emplazamiento y comparecencia de personas determinadas: posibles herederos, llamados o interesados.

La Resolución 27 julio 2010 (RJ 2010, 5136) marca un cambio en el criterio que la DGRN venía sosteniendo desde la RGRN 27 octubre 2003 (RJ 2003, 7669). Esta nueva doctrina se mantendrá sólo con mínimas variaciones en un abultado número de Resoluciones hasta el momento en el que el Tribunal Supremo se pronuncia dictando la STS 9 septiembre 2021 (RJ 2021, 4003), la cual va a contribuir a zanjar las discrepancias que, entre el ámbito decisorio judicial y registral, concurrían en torno al alcance de la

⁹⁸ Carpi Martín (2014: 3368).

⁹⁹ Faus Pujol (2023: 3). Ávila de Encío (2020: 11). García Goldar (2019: 173). Pérez de Ontiveros (2013: 51). Monje Balmaseda (2001, p. 239). Sánchez Hernández (1997: 231). Romero Coloma (1997: 2222).

¹⁰⁰ Carpi Martín (2014: 3374).

función calificadora y su influencia en la determinación de la capacidad procesal de la herencia yacente.

Inicialmente, la RDGRN 27 julio 2010 (RJ 2010, 5136) calificó de «exigencia formal excesivamente gravosa» la imposición indiscriminada de la obligación de designar un administrador judicial como medio para articular la comparecencia en juicio de la herencia yacente cuando la demanda se entablaba contra ésta y sus desconocidos e inciertos herederos. Al poco tiempo, las RRGRN 9 julio 2011 (RJ 2012, 3178) y 2 septiembre 2011 (RJ 2012, 2570) puntualizaron que dicha calificación era una aclaración para adecuar la doctrina registral hasta entonces postulada a los pronunciamientos judiciales en la materia¹⁰¹. Por lo tanto, en principio, parecía que no íbamos a asistir a un radical cambio de criterio y que se apostaba por una línea de continuidad en lo atinente a la obligación indiscriminada de nombrar administrador judicial. Conviene llamar la atención sobre dos aspectos de la pretendida aclaración, ya que, ayudan a demostrar que, en realidad, la DGRN estaba mudando el criterio doctrinal mantenido. Por un lado, la propia DGRN admite que la imposición del nombramiento de administrador judicial es una exigencia formal, como si se tratase de una mera formalidad sin especial trascendencia procesal, lo que contradiría la idea defendida con firmeza en previas Resoluciones de que la ausencia de administrador constituía una inadecuación entre el procedimiento y la resolución judicial que provocaba la indefensión procesal de los potenciales herederos¹⁰². Por otra parte, la DGRN igualmente señala que el nombramiento de administrador judicial es una exigencia excesivamente gravosa, por lo que la atención ahora se desplaza, desde la inicial preocupación por evitar la indefensión procesal de los eventuales sucesores del causante de la herencia yacente, hasta la inquietud por impedir que el excesivo celo en la defensa frente a la indefensión se convierta en un obstáculo que imposibilite la tutela judicial efectiva de los derechos que terceras personas tuviesen frente al patrimonio yacente del deudor fallecido.

Tomando como presupuesto que el nombramiento de un defensor judicial de la herencia yacente no debe convertirse en una exigencia formal excesivamente gravosa, la

¹⁰¹ Sorprende que, luego de la abundante doctrina recaída tras la RDGRN 2 septiembre 2011 (RJ 2012, 2570) en la que se fue variando sutilmente el inicial criterio, la mucho más tardía RDGSJFP 19 julio 2022 (RJ 2022, 5196) vuelva a calificar como una aclaración la afirmación de que la exigencia de nombramiento de un defensor judicial de la herencia yacente no debe convertirse en una exigencia formal excesivamente gravosa.

¹⁰² Este es el posicionamiento que se mantuvo desde la RGDGN 27 octubre 2003 (RJ 2003, 7669) hasta la RDGRN 23 octubre 2012 (RJ 2012), en donde la calificación registral de los documentos judiciales que traían causa de demandas interpuestas contra la herencia yacente dejó de fundamentarse en la inadecuación del procedimiento para pasar a ampararse en la concurrencia de obstáculos registrales.

RDGRN 10 enero 2011 (RJ 2011, 3433) extrajo la consecuencia de que «la suspensión de la inscripción por falta de tracto sucesivo cuando no se haya verificado tal nombramiento y por ende no se haya dirigido contra él la demanda, debe limitarse a aquellos casos en que el llamamiento a los herederos indeterminados es puramente genérico y obviarse cuando la demanda se ha dirigido contra personas determinadas como posibles herederos, siempre que de los documentos presentados resulte que el juez ha considerado suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente»¹⁰³. Todo ello significa que la exigencia de designar un administrador judicial deja de ser una obligación aplicable indiscriminadamente a todo procedimiento judicial seguido contra la herencia yacente y los herederos indeterminados del titular registral, para transformarse en una obligación que sólo rige subsidiariamente a fin de integrar su capacidad procesal cuando el emplazamiento no haya podido dirigirse contra ninguna persona concreta como posibles herederos. Resulta obvio que la posibilidad de integrar la capacidad procesal de la herencia yacente mediante el emplazamiento de concretas personas interesadas en la misma, o mediante la designación de un administrador judicial, no constituye una alternativa planteada disyuntivamente que permita elegir entre una u otra posibilidad, sino que se trata de dos remedios que se aplican uno en defecto del otro, de modo tal que la obligación de colmar la falta de capacidad procesal de la herencia yacente a través de la comparecencia de un defensor judicial sólo puede exigirse subsidiaria y supletoriamente cuando no haya sido posible emplazar a ninguna persona concreta que tenga interés en la herencia como posible heredero¹⁰⁴.

¹⁰³ En concreto, este es el tenor literal de la RDGRN 9 julio 2011 (RJ 2012, 3178), cuyo contenido, aunque con ciertas variaciones de detalle que comentaremos, se reitera miméticamente en la práctica totalidad de las Resoluciones dictadas en la materia y comprendidas entre la citada 10 enero 2011 (RJ 2011, 3433) y la RDGSJFP 14 octubre 2021 (RJ 2021, 5548) justo con inmediata posterioridad a que el Tribunal Supremo se pronunciase sobre el asunto en STS 9 septiembre 2021 (RJ 2021, 4003). Lo curioso del caso es que, incluso cuando ya habían transcurrido más de diez años desde que el nombramiento de administrador judicial se restringió a los casos en los que el emplazamiento no hubiese podido dirigirse contra ninguna persona concreta como posibles herederos, la Dirección General seguía refiriéndose a dicho cambio como doctrina que se ha matizado «en los últimos pronunciamientos», lo cual parece una puntualización que se arrastra por mera inercia demostrando el acusado mimetismo en la fundamentación de las diferentes Resoluciones a pesar del paso del tiempo.

¹⁰⁴ Efectuamos esta precisión porque son múltiples las ocasiones en las que la DGRN/DGSJFP parece defender que la comparecencia en juicio de la herencia yacente pueda articularse alternativamente, bien mediante el emplazamiento de concretos interesados, o bien mediante el administrador judicial. La RDGRN 17 julio 2015 (RJ 2015, 4050) considera que la doctrina matizada en los últimos pronunciamientos «impone que, en los casos de herencias yacentes, toda actuación que pretenda tener reflejo registral debe articularse mediante el nombramiento de un administrador judicial [...] bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente». En idéntico sentido, RRDGRN 22 octubre 2015 (RJ 2015, 6042), 17 marzo 2016 (RJ 2016, 3225) 17 mayo 2016 (RJ 2016, 3986), 23 septiembre 2016 (RJ 2016, 5268), 11 octubre 2016 (RJ 2016, 5017), 15 noviembre 2016 (RJ 2016, 5929), 3 abril 2017 (RJ 2017, 2339), 25 abril 2017 (RJ 2017, 1889), 26 abril 2017 (RJ 2017, 1886), 19 mayo 2017

Respecto a esta nueva corriente doctrinal, conviene efectuar una serie de consideraciones, algunas de ellas relacionadas con las oscilaciones que, con el paso del tiempo, se aprecian en el rumbo que ha venido experimentado la citada doctrina.

a). Con precedencia a la RDGRN 10 enero 2011 (RJ 2011, 3433), las RRDGRN 27 julio 2010 (RJ 2010, 5136) y 19 agosto 2010 (RJ 2010, 5011) indicaban que el nombramiento judicial de un administrador debía obviarse «cuando de los documentos presentados resulte que el juez ha considerado suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente». Ante la lectura aislada de este extracto, la pregunta se antojaba evidente: partiendo de los documentos obrantes en el procedimiento, ¿en qué casos concretos podría estimar el Juez que la legitimación pasiva de la herencia yacente es suficiente? A renglón seguido, las citadas Resoluciones agregaban que «No cabe desconocer al respecto, la doctrina jurisprudencial en la que se admite el emplazamiento de la herencia yacente a través de un posible interesado, aunque no se haya acreditado su condición de heredero ni por supuesto su aceptación». Por consiguiente, y tras este añadido, cabe deducir que el Juez podría entender suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente cuando la documentación presentada en el proceso demostrase que se había llevado a cabo el emplazamiento de un posible interesado, aunque éste no hubiese acreditado su condición de heredero ni haber emitido la aceptación hereditaria.

b). En la RDGRN 27 julio 2010 (RJ 2010, 5136), se matizaba que «Sólo si no se conociera el testamento del causante ni hubiera parientes con derechos a la sucesión por

(RJ 2017, 2513), 7 junio 2017 (RJ 2017, 4083), 22 junio 2017 (RJ 2017, 3925), 18 octubre 2017 (RJ 2017, 5860), 20 octubre 2017 (RJ 2017, 5851), 1 diciembre 2017 (RJ 2017, 5682), 18 diciembre 2017 (RJ 2017, 5842), 15 febrero 2018 (RJ 2018, 800), 14 marzo 2018 (RJ 2018, 1209), 9 julio 2018 (RJ 2018, 3491), 10 julio 2018 (RJ 2018, 3493), 20 julio 2018 (RJ 2018, 3179), 15 noviembre 2018 (RJ 2018, 5215), 12 diciembre 2018 (RJ 2018, 5622), 21 junio 2019 (RJ 2019, 3475), 26 julio 2019 (RJ 2019, 4247), 6 septiembre 2019 (RJ 2019, 4480), 22 septiembre 2019 (RJ 2019, 4406). RRDGSJFP 10 agosto 2020 (RJ 2020, 3568), 16 septiembre 2020 (RJ 2020, 3863), 19 octubre 2020 (RJ 2020, 3973), 28 enero 2021 (RJ 2021, 503), 18 febrero 2021 (RJ 2021, 989), 7 julio 2021 (RJ 2021, 4158), 14 julio 2021 (RJ 2021, 4155), 23 julio 2021 (RJ 2021, 3937), 14 octubre 2021 (RJ 2021, 5548), 24 octubre 2022 (RJ 2022, 357420), 14 febrero 2023 (RJ 2023, 1406), 3 septiembre 2023 (RJ 2023, 600). Sin embargo, no creemos que sea intención de la DGRN/DGSJFP desdeirse a sí misma configurando la intervención del administrador judicial como una alternativa a la participación en el proceso de concretas personas interesadas en la herencia, sino que podría tratarse de un mero desliz fruto de adaptar al caso que nos ocupa el principio registral según el cual todo título o toda actuación que pretenda acceder al Registro o tener reflejo registral se deberá articular, bien mediante el consentimiento del titular registral, bien mediante su intervención en el procedimiento seguido contra él (arts. 20 y 40 LH). Así se afirma en RRDGRN 8 septiembre 2016 (RJ 2016, 4622), 15 noviembre 2016 (RJ 2016, 5929), 26 abril 2017 (RJ 2017, 1886), 18 diciembre 2017 (RJ 2017, 5842), 14 marzo 2018 (RJ 2018, 1209), 20 julio 2018 (RJ 2018, 3179), 12 diciembre 2018 (RJ 2018, 5622), 6 septiembre 2019 (RJ 2019, 4480), 15 octubre 2019 (RJ 2019, 4740) y RRDGSJFP 30 septiembre 2020 (RJ 2020, 3684), 14 enero 2021 (RJ 2021, 215), 7 julio 2021 (RJ 2021, 4158), 23 julio 2021 (RJ 2021, 3937), 24 octubre 2022 (RJ 2022, 357420), 2 diciembre 2022 (RJ 2023, 5426), 14 febrero 2023 (RJ 2023, 1406), 25 julio 2023 (RJ 2023, 362562).

ministerio de la Ley, y la demanda fuera genérica a los posibles herederos del titular registral es cuando resultaría pertinente la designación de un administrador judicial». Esta matización sólo se mantuvo en las posteriores RRDGN 19 agosto 2010 (RJ 2010, 5011), 20 agosto 2010 (RJ 2010, 5012), 22 enero 2011 (RJ 2011, 2465), 10 enero 2011 (RJ 2011, 3433), 8 septiembre 2011 (RJ 2015, 6036) y 8 noviembre 2011 (RJ 2011, 2582) y no volvió a incluirse con posterioridad¹⁰⁵. Ya en la RDGRN 9 julio 2011 (RJ 2012, 3178), se empieza a omitir toda referencia a la necesidad de que concurra la sucesión *ab intestato* y que no haya sucesores intestados, para simplemente concluir que la exigencia de nombramiento de un defensor judicial de la herencia yacente debe limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos indeterminados es puramente genérico.

c). La RDGRN 10 enero 2011 (RJ 2011, 3433) es la primera de una serie de Resoluciones las cuales manifiestan que la necesidad de nombrar un administrador judicial puede obviarse mediante el emplazamiento de un posible interesado, aunque no se haya acreditado su condición de heredero ni, por supuesto, su aceptación¹⁰⁶. Parece, pues, que la DG considera únicamente “posibles interesados” a las personas que, habiendo sido llamadas a la herencia con la cualidad de herederos, todavía no hayan ejercido el *ius delationis* en el sentido de aceptar la misma, porque solo puede ser un llamado la persona que podría acreditar su condición de heredero o su aceptación. Quedarían excluidos otros sujetos que tuviesen interés en la herencia, pero no como llamados a ella bajo el título de herederos. La RDGRN 10 enero 2011 (RJ 2011, 3433) y otras posteriores puntualizan que cabe eludir la designación de administrador dirigiendo la demanda contra personas determinadas como posibles herederos¹⁰⁷. La DG sigue refiriéndose a los llamados a la herencia (pues solo ellos pueden ser posibles herederos), pero suprime la alusión a los “posibles interesados” y añade ahora que esos eventuales herederos han de ser personas concretas y determinadas, con lo que se estaría descartando

¹⁰⁵ Son excepciones aisladas y puntuales las RRDGRN 8 septiembre 2015 (RJ 2015, 6036) y 17 marzo 2016 (RJ 2016, 3225)

¹⁰⁶ RRDGRN 19 agosto 2010 (RJ 2010, 5011), 20 agosto 2010 (RJ 2010, 5012), 22 enero 2011 (RJ 2011, 2465), 8 septiembre 2011 (RJ 2015, 6036), 8 noviembre 2011 (RJ 2011, 2582), 8 mayo 2014 (RJ 2014, 3250), 8 septiembre 2015 (RJ 2015, 6036), 17 marzo 2016 (RJ 2016, 3225), 15 noviembre 2016 (RJ 2016, 5929) y RRDGSJFP 16 septiembre 2020 (RJ 2020, 3863), 7 julio 2021 (RJ 2021, 4158), 14 julio 2021 (RJ 2921, 4155).

¹⁰⁷ Recogen esta misma puntualización RRDGRN 9 julio 2011 (RJ 2011, 3178), 2 septiembre 2011 (RJ 2012, 2570), 23 octubre 2012 (RJ 2012, 10998), 28 noviembre 2012 (RJ 2013, 705), 27 mayo 2013 (RJ 2013, 5424), 17 junio 2014 (RJ 2014, 4616), 17 mayo 2016 (RJ 2016, 3986), 15 septiembre 2015 (RJ 2015, 5082), 15 noviembre 2016 (RJ 2016, 6059), 25 abril 2017 (RJ 2017, 1889), 19 mayo 2017 (RJ 2017, 2513), 7 junio 2017 (RJ 2017, 4083), 22 junio 2017 (RJ 2017, 3925), 18 octubre 2017 (RJ 2017, 5860), 1 diciembre 2017 (RJ 2017, 5682) y 18 diciembre 2017 (RJ 2017, 5842).

que un llamamiento genérico a favor de futuros herederos inciertos o desconocidos pudiese desplazar el nombramiento de administrador. La RDGRN 17 julio 2015 (RJ 2015, 4050) concuerda con Resoluciones posteriores en introducir una variación en la previa doctrina registral, ya que sostiene que resulta factible prescindir del administrador judicial cuando algún interesado en la herencia se haya personado en el procedimiento o intervenido en el mismo¹⁰⁸. Por lo tanto, al utilizar el término «interesado» sin ulteriores cualificaciones, basta que se trate de una persona interesada en la herencia sin necesidad de que dicho interés provenga de su condición de llamada a la misma. En cambio, se requiere que el interesado haya intervenido o se haya personado en el procedimiento.

d). Lo verdaderamente destacable de este posicionamiento de la doctrina registral, no es tanto que se limite el alcance de la exigencia de la obligación de nombrar un administrador judicial, sino que se reconozca expresamente que, para integrar la capacidad procesal de la herencia yacente, resulta suficiente con emplazar a personas determinadas como posibles llamados o interesados en la herencia que puedan actuar en el proceso en nombre de los ausentes o desconocidos¹⁰⁹, pero siempre que el Juez se haya pronunciado sobre este extremo en sentido favorable confirmando que dicha suficiencia concurre efectivamente.

e). Nótese que, para esquivar la activación de la obligación supletoria de nombrar administrador judicial, no llega con que existan concretas personas interesadas en la herencia a las que emplazar. También es preciso que el Juez se haya pronunciado expresamente confirmando que el emplazamiento así realizado basta para estimar correctamente integrada la capacidad procesal de la herencia yacente¹¹⁰. En este caso, es

¹⁰⁸ A las Resoluciones ya citadas en la nota 104, añádanse ahora las RRDGRN 9 diciembre 2015 (RJ 2015, 6351), 8 septiembre 2016 (RJ 2016, 4622), 4 octubre 2016 (RJ 2016, 5001), 22 mayo 2017 (RJ 2017, 2519), 14 noviembre 2017 (RJ 2017, 5207), 15 octubre 2019 (RJ 2019, 4740), 4 noviembre 2019 (RJ 2019, 4765) y RRDGSJFP 16 septiembre 2020 (RJ 2020, 3863), 30 septiembre 2020 (RJ 2020, 3684), 14 enero 2021 (RJ 2021, 215), 18 mayo 2021 (RJ 2021, 3471), 1 julio 2021 (RJ 2021, 3916), 25 julio 2023 (RJ 2023, 362562).

¹⁰⁹ Así lo afirman literalmente las RRDGRN 19 septiembre 2015 (RJ 2015, 5082), 22 mayo 2017 (RJ 2017, 2519), 18 octubre 2017 (RJ 2017, 5860), 14 noviembre 2017 (RJ 2017, 5207), 18 diciembre 2017 (RJ 2017, 5842), 14 marzo 2018 (RJ 2018, 1209), 10 julio 2018 (RJ 2018, 3493), 20 julio 2018 (RJ 2018, 3179), 15 noviembre 2018 (RJ 2018, 5215), 21 junio 2019 (RJ 2019, 3475), 26 julio 2019 (RJ 2019, 4247), 6 septiembre 2019 (RJ 2019, 4480), 22 septiembre 2019 (RJ 2019, 4406), 15 octubre 2019 (RJ 2019, 4740), 10 agosto 2020 (RJ 2020, 3568). RRDGSJFP 28 enero 2021 (RJ 2021, 503), 18 febrero 2021 (RJ 2021, 989), 18 mayo 2021 (RJ 2021, 3471), 1 julio 2021 (RJ 2021, 3916), 14 julio 2021 (RJ 2021, 4155), 23 julio 2021 (RJ 2021, 3937).

¹¹⁰ Como ejemplo puede citarse la RDGSJFP 30 septiembre 2020 (RJ 2020, 3684), en donde se deniega la inscripción de la anotación preventiva de la demanda entablada contra una herencia yacente al estimar que «Tampoco hay pronunciamiento judicial expreso sobre la legitimación pasiva de los herederos de la herencia, aun habiendo estos renunciado a esta en el procedimiento previo...». Por remisión a esta Resolución, la RDGSJFP 14 enero 2021 (RJ 2021, 215) advierte que «Al haber pronunciamiento judicial

sensato concluir que la obligación registral de designar administrador no pueda imponerse, ni siquiera subsidiariamente, porque concurre una decisión judicial que se ha pronunciado sobre el fondo del asunto controvertido. Y a este respecto, sabemos que constituye doctrina consolidada afirmar que el alcance de la calificación registral no puede extenderse al fondo del asunto al que el mandamiento judicial hace referencia, ni tampoco al fundamento del fallo de la resolución judicial, pues, de lo contrario, se invadiría un campo exclusivamente reservado al ejercicio de la potestad jurisdiccional consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, sin perjuicio de que la decisión adoptada pueda ser cuestionada mediante la interposición de los correspondientes recursos judiciales¹¹¹. Ahora bien, al encontrarnos ante dos requisitos que se imponen de modo cumulativo y no alternativo, cabría pensar que la exigencia de designar administrador emergería no sólo cuando no existan concretos interesados en la herencia a los que emplazar, sino incluso cuando, aun existiendo, el Juez hubiese desestimado su emplazamiento al considerar que no sería suficiente para colmar la capacidad procesal de la herencia yacente. El problema consiste en que, de nuevo, estaríamos en presencia de una decisión judicial sobre el fondo del asunto que, por ser fruto del ejercicio de la función jurisdiccional, quedaría sustraída del ámbito de la calificación registral. Por ello, la decisión judicial que estimase que el emplazamiento de ciertas personas resulta insuficiente para integrar la capacidad procesal de una determinada herencia yacente sólo podría ser atacada en vía de recurso jurisdiccional, pero no suplida mediante la sanción registral de la obligación de nombrar un administrador judicial, aunque sólo sea subsidiariamente.

Pese a que la DGRN/DGSJFP reiteró que lo único que había hecho era matizar la doctrina que imponía la obligación indiscriminada de designar administrador judicial en todos los procedimientos seguidos contra la herencia yacente y los herederos indeterminados, entendemos que, todo lo expuesto hasta este punto, contribuye a

expreso sobre la correcta legitimación pasiva en el procedimiento y existiendo judicialmente pronunciamiento firme sobre la innecesariedad del nombramiento de administrador judicial y sobre la suficiencia de las actuaciones realizadas en orden a la averiguación del domicilio de los posibles herederos en cuanto al emplazamiento de la herencia yacente, la exigencia de nombramiento de administrador judicial decae...». Igualmente, RRDGSJFP 14 enero 2021 (RJ 2021, 215), 28 enero 2021 (RJ 2021, 503), 1 julio 2021 (RJ 2021, 3916), 23 julio 2021 (RJ 2021, 3937).

¹¹¹ Partiendo de la RDGRN 10 julio 2018 (RJ 2018, 3493), García García (2019: 609) concluye que «debe el Registrador aceptar el criterio sostenido por el Juez que reconoce la representación procesal de la herencia yacente en el juicio, dado que el Registrador no puede calificar el fondo de la resolución judicial, en cuya providencia además, el Juez declara que no corresponde al Juzgado el nombramiento de un administrador de la masa hereditaria por no tratarse de un procedimiento de división judicial de patrimonios».

demostrar que el hecho de subordinar la vigencia de dicha obligación a la imposibilidad de emplazar judicialmente a personas determinadas como posibles herederos, constituye un verdadero cambio de criterio¹¹². El transcurso del tiempo y la propia praxis evidenciaron que la imposición indiscriminada de la obligación de nombrar administrador judicial era una exigencia excesivamente formal e innecesariamente garantista, de difícil materialización y escasa utilidad en orden a asegurar la tutela judicial efectiva y evitar la indefensión de la herencia yacente y de sus eventuales herederos, la cual, además, traía causa de una poco afortunada interpretación de los preceptos que la LEC/2000 dedicaba al nombramiento de administrador judicial en el seno del procedimiento de intervención judicial de la herencia durante la tramitación de la declaración de herederos o de su división judicial¹¹³.

Ante esta situación, la decisión de admitir la validez del emplazamiento efectuado a favor de personas determinadas como posibles herederos representa, por lo menos, una mitigación¹¹⁴, suavización¹¹⁵ o relajación¹¹⁶ de las exigencias que la DGRN/DGSJFP reclamaba para otorgar una calificación positiva que permitiese la inscripción de la decisión judicial adoptada en el procedimiento entablado contra aquella. Y decimos «por lo menos», ya que es posible que, al final, esta evolución en la doctrina registral haya llevado a disipar¹¹⁷ o incluso eliminar la vigencia de la obligación de designar administrador judicial en las demandas dirigidas contra la herencia yacente. Dado que el nombramiento judicial de administrador puede eludirse mediante el emplazamiento de una persona determinada como posible heredero, y como quiera que, si no existiesen parientes del causante con derecho a la herencia, en última instancia heredará el Estado, se concluye que siempre habrá persona determinada a quien emplazar como eventual heredero, lo que impedirá la aplicación de los trámites previstos en los arts. 790 y ss. LEC incluida la designación de un defensor judicial para la herencia yacente, pues indefectiblemente habrá alguien que pueda actuar y comparecer en juicio representándola.

¹¹² Únicamente la RDGRN 27 mayo 2013 (RJ 2013, 5424) admitió que la aplicación a la herencia yacente de la doctrina que exigía indefectiblemente el nombramiento de un administrador judicial «ha sufrido, no obstante, evolución».

¹¹³ Guilarte Gutiérrez (2014: 604, 608 y 609).

¹¹⁴ Guilarte Gutiérrez (2014: 609).

¹¹⁵ Gutiérrez Barrenengoa y Monje Balmaseda (2014: 52).

¹¹⁶ Carpi Martín (2014: 3375).

¹¹⁷ En palabras de Guilarte (2014: 611), «consciente de la irrealidad de obligar al órgano judicial a proceder en todo caso al nombramiento de un administrador judicial de la herencia la Dirección General ha ido evolucionando su doctrina hasta el punto de prácticamente disiparse tal exigencia...».

III.3.2. La calificación registral de los obstáculos derivados de los asientos registrales y de la legislación registral como justificación del rechazo tabular cuando se obvia la obligación subsidiaria de nombrar administrador judicial

a). Los obstáculos que surgen de los asientos registrales ya practicados: Coincidiendo con el cambio de criterio y la limitación de la exigencia de nombrar administrador judicial sólo para los casos en que el llamamiento a los herederos indeterminados fuese puramente genérico, la DGRN mudó igualmente en la conceptualización de la deficiencia que alegaba como justificativa del rechazo tabular emitido en el ejercicio de la función calificadora¹¹⁸. En la RDGRN 27 julio 2010 (RJ 2010, 5136) y otras inmediatamente sucesivas¹¹⁹ todavía se afirmaba que la falta de nombramiento de administrador constituía una inadecuación de procedimiento que vulneraba el principio general de interdicción de la indefensión en perjuicio del titular registral afectado por la inscripción o cancelación ordenada judicialmente. No obstante, en estas Resoluciones ya se observa como paulatinamente se van mezclando las alusiones a la indefensión procesal con las remisiones al art. 20 LH y a la designación de administrador como presupuesto para considerar cumplimentado el tracto sucesivo, hasta que, por vez primera, en la RDGRN 23 octubre 2012 (RJ 2012, 10998), se habla abiertamente de la concurrencia de un obstáculo del Registro derivado del tracto sucesivo conforme a los arts. 18.1 y 20 LH y art. 100 RH, lo cual se mantiene casi invariablemente hasta la RDGSJFP 23 julio 2021 (RJ 2021, 3937).

La calificación negativa y el rechazo a la inscripción de documentos judiciales puede fundamentarse en la presencia de obstáculos que surjan del Registro, como expresamente dice el art. 100 RH. Se conceptúan como tales, los obstáculos resultantes de asientos registrales ya practicados que sean incompatibles con la inscripción pretendida en virtud del título judicial presentado. Entre todos ellos, destacan particularmente los obstáculos derivados de la inobservancia de las exigencias del tracto sucesivo (art. 20 LH), pues son los que más se reiteran en la práctica, como, por ejemplo, acontece en aquellas hipótesis en las que la finca o derecho constan inscritos a nombre de

¹¹⁸ Guilarte Gutiérrez (2014: 613).

¹¹⁹ Vid. RRDGRN 19 agosto 2010 (RJ 2010, 5011), 20 agosto 2010 (RJ 2010, 5012), 10 enero 2011 (RJ 2011, 3433), 22 enero 2011 (RJ 2011, 2465), 24 junio 2011 (RJ 2011, 4761), 9 julio 2011 (RJ 2012, 3178), 2 septiembre 2011 (RJ 2012, 2570), 8 septiembre 2011 (RJ 205, 6036) y 8 noviembre 2011 (RJ 2012, 2582).

persona que no haya sido parte en el procedimiento o a la que no puedan alcanzar sus efectos¹²⁰.

Aplicando esta doctrina a los documentos judiciales que traen causa de sentencias dictadas en procesos seguidos contra herencias yacentes, la DGRN defendió en numerosísimas Resoluciones que faltaba el tracto sucesivo, dando lugar a un obstáculo registral impeditivo de la inscripción, cuando no se hubiese verificado el nombramiento de un defensor judicial y, por ende, la demanda no se hubiera dirigido contra él, sino genéricamente contra los herederos indeterminados¹²¹. Y para justificar esta conclusión se razonaba que «no puede practicarse ningún asiento que menoscabe o ponga en entredicho la eficacia de los vigentes sin el consentimiento del titular o a través de procedimiento judicial en que haya sido parte»¹²². El principio de interdicción de la indefensión procesal implícito en la necesidad de mantener el tracto sucesivo «exige que el titular registral afectado por el acto inscribible, cuando no conste su consentimiento auténtico, haya sido parte o haya tenido, al menos, la posibilidad de intervención en el procedimiento determinante del asiento»¹²³. Por consiguiente, para modificar o rectificar el contenido del Registro en virtud de un procedimiento judicial, será preciso que en el mismo haya intervenido el correspondiente titular registral o bien sus causahabientes o representantes legítimos (arts. 20 y 82.1 LH)¹²⁴. De lo contrario, y sin tal intervención procesal, se estaría quebrando el tracto sucesivo generándose así un obstáculo derivado del Registro que legitimaría el rechazo a la inscripción del asiento resultante del procedimiento.

Partiendo de esta idea, el Centro Directivo concluyó que, en aquellos supuestos en los que el llamamiento a los herederos indeterminados es puramente genérico y no haya personas concretas interesadas contra las cuales dirigir la demanda, la ausencia de

¹²⁰ Para todo lo expuesto, Vid. Díaz Fraile (2017: 238 y ss.), Martín Martín (2015: 157 y ss.), Pérez de Ontiveros (2013: 67), García García (2002: 660) y De Pablo Contreras (1999: 37)

¹²¹ Como primeras Resoluciones, Vid. RRDGRN 23 octubre 2012 (RJ 2012, 10998) y 28 noviembre 2012 (RJ 2013, 705). Para las múltiples posteriores, véanse, como ejemplo, las Resoluciones citadas en las dos siguientes notas a pie.

¹²² Con cita de la STS 21 marzo 2006 (RJ 2006, 5445), Vid. RRDGRN 17 marzo 2016 (RJ 2016, 3225), 3 abril 2017 (RJ 2017, 2339), 25 abril 2017 (RJ 2017: 1889), 19 mayo 2017 (RJ 2017, 2513), 22 mayo 2017 (RJ 2017, 2519), 7 junio 2017 (RJ 2017, 4083), 22 junio 2017 (RJ 2017, 3925), 15 febrero 2018 (RJ 2018, 800), 9 julio 2018 (RJ 2018, 3491), 21 junio 2019 (RJ 2019, 3475), 26 julio 2019 (RJ 2019, 4247) y RRDGSJFP 19 octubre 2020 (RJ 2020, 3973), 14 enero 2021 (RJ 2021, 215), 7 julio 2021 (RJ 2021, 4158), 17 noviembre 2021 (RJ 2022, 1223), 13 julio 2022 (RJ 2022, 5150), 24 octubre 2022 (RJ 2022, 357420), 25 julio 2023 (RJ 2023, 362562).

¹²³ RRDGRN 12 julio 2013 (RJ 2013, 6677) y 11 noviembre 2014 (RJ 2014, 6411). RDGSJFP 24 octubre 2022 (RJ 2022, 357420), 2 diciembre 2022 (RJ 2023, 5426).

¹²⁴ López Fernández (2021: 2145). Díaz Fraile (2017: 239). Martínez Espín (2013: 438).

nombramiento de un defensor judicial constituiría un obstáculo registral que impediría la práctica del asiento judicialmente pretendido, dado que, en el procedimiento determinante del mismo, no habría intervenido ni el titular registral cuyos derechos quedarían afectados por la sentencia, ni sus causahabientes, ni sus representantes legítimos, con lo que se estaría produciendo una ruptura del tracto sucesivo que provocaría su indefensión.

Así explica la DGRN que, aunque no sea incumbencia del Registrador calificar la personalidad de la parte actora, ni la legitimación pasiva desde el punto de vista procesal apreciada por el juzgador, ni tampoco la cumplimentación de los trámites seguidos en el juicio, la calificación de las actuaciones judiciales sí debe alcanzar al hecho de que quien aparece protegido por el Registro haya sido emplazado de forma legal¹²⁵. Con el objeto de evitar la indefensión proscrita en el art. 24 CE y su corolario registral del art. 20 LH, el Registrador ha de examinar si en el proceso han sido emplazados aquellos a quienes el Registro concede algún derecho que pueda resultar afectado por la sentencia¹²⁶. Y debe calificar la exigencia del tracto sucesivo aun cuando se trate de documentos judiciales¹²⁷, ya que ello no supone apreciar una eventual tramitación procesal defectuosa, sino un obstáculo del Registro incardinable en el art. 100 RH, el cual se identifica con la imposibilidad de practicar un asiento si el titular registral no ha sido parte en el correspondiente procedimiento judicial.

Hasta la Resolución 9 diciembre 2015 (RJ 2015, 6351), el Centro Directivo prácticamente se limitaba a citar los arts. 18 LH, 20 LH y 100 RH como apoyo legal a su interpretación de que la ausencia de nombramiento de un defensor judicial para la herencia yacente constituiría un obstáculo registral que impediría la práctica del asiento judicialmente pretendido. Tras la RDGRN 17 marzo 2016 (RJ 2016, 3225), se incrementa

¹²⁵ RRDGRN 23 octubre 2012 (RJ 2012, 10998), 28 noviembre 2012 (RJ 2012, 705), 27 mayo 2013 (RJ 2013, 5424), 8 mayo 2014 (RJ 2014, 3250), 27 junio 2014 (RJ 2014, 4473), 5 marzo 2015 (RJ 2015, 6511), 19 septiembre 2015 (RJ 2015, 5082), 23 septiembre 2016 (RJ 2016, 5268), 4 octubre 2016 (RJ 2016, 5001).

¹²⁶ RRDGRN 15 noviembre 2016 (RJ 2016, 5929), 3 abril 2017 (RJ 2017, 2339), 25 abril 2017 (RJ 2017, 1889), 22 mayo 2017 (RJ 2017, 2519), 20 octubre 2017 (RJ 2017, 5851), 14 noviembre 2017 (RJ 2017, 5207), 15 febrero 2018 (RJ 2018, 800), 14 marzo 2018 (RJ 2018, 1209), 9 julio 2018 (RJ 2018, 3491), 15 noviembre 2018 (RJ 2018, 5215), 6 septiembre 2019 (RJ 2019, 4480), 15 octubre 2019 (RJ 2019, 4740), 4 noviembre 2019 (RJ 2019, 4765). RRDGSJFP 30 septiembre 2020 (RJ 2020, 3684), 19 octubre 2020 (RJ 2020, 3973), 14 enero 2021 (RJ 2021, 215), 11 marzo 2021 (RJ 2021, 1554), 7 julio 2021 (RJ 2021, 4158), 14 julio 2021 (RJ 2021, 4155), 23 julio 2021 (RJ 2021, 3937), 17 noviembre 2021 (RJ 2021, 1223), 25 julio 2023 (RJ 2023, 362562).

¹²⁷ Según las RRDGN 4 julio 2019 (RJ 2019, 3362) y 20 julio 2020 (RJ 2020, 3037), «los registradores tiene el deber de colaborar con jueces y tribunales en su labor de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y de cumplir sus resoluciones firmes[...], pero no por ello ha de quedar excluida la calificación registral de aquéllas que pretendan su acceso al Registro; las exigencias constitucionales derivadas del principio de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos y de exclusión de la indefensión [...] determinará la supeditación de la inscripción de las resoluciones judiciales firmes a la previa comprobación de los extremos aludidos en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario».

el número de preceptos legales que se traen a colación para fundamentar la postura mantenida en torno a la extensión de la función calificadora, pero igualmente se incorpora la transcripción de extractos de Sentencias que se estiman aplicables a la calificación de los documentos judiciales que traen causa de procedimientos entablados contra la herencia yacente. En este sentido, es constante la mención de los arts. 38 LH y 522 LEC. El primero de ellos sirve para recordar que la presunción *iuris tantum* de exactitud del Registro a todos los efectos legales en beneficio del titular registral, conlleva el subsiguiente cierre del Registro a los títulos otorgados en procedimientos seguidos con persona distinta de dicho titular o sus herederos, debiendo esta circunstancia ser tenida en cuenta por el Registrador, al estar incluida dentro del ámbito de calificación de documentos judiciales contemplado en el art. 100 LH. El segundo de los aludidos preceptos, se utiliza como puente para llegar a la literalidad de la STS 21 octubre 2013 (RJ 2014, 435), según la cual la obligación que tienen los Registradores de acatar la intangibilidad de las situaciones jurídicas constituidas por resoluciones judiciales firmes no es absoluta y puede excepcionarse cuando concurren obstáculos derivados del propio Registro conforme a su legislación específica. En el ámbito jurisprudencial, y pese a tratarse de un proceso penal, destaca la repetida invocación de la STC 14 diciembre 2015 (RTC 2015, 266), la cual reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y al proceso con todas las garantías como instrumentos para evitar que el titular registral sea preterido en un procedimiento que pueda afectar a sus derechos o perjudicar a sus intereses por la estimación de una petición acusatoria que interesaba hacer valer derechos posesorios en conflicto con aquéllos. A partir de la RDGSJFP 28 enero 2021 (RJ 2021, 503), se incluye también la referencia a la STC 24 febrero 2020 (RTC 2020, 26) en relación con la precedente STS 6 febrero 2020 (RJ 2020, 219), todo ello para evocar la importancia que tiene la correcta realización de los actos de comunicación procesal como cauce para que la partes conozcan la existencia del proceso y puedan realizar las actuaciones procesales que consideren adecuadas para la defensa de sus derechos. Así mismo, se insiste en que el respeto al art. 24 CE, en su dimensión relativa al disfrute de una tutela judicial efectiva sin indefensión, queda vinculado al adecuado emplazamiento o citación de los interesados en el procedimiento porque sólo así se asegura la presencia de la parte ante el órgano judicial para la defensa de sus propios intereses.

Sin perjuicio de la abundante fundamentación jurídica aportada, parece que el principio hipotecario del tracto sucesivo tiende a utilizarse como una especie de coartada para extender el alcance de la función calificadora más allá del ámbito que legalmente le

corresponde cuando se trata de examinar la concurrencia de obstáculos registrales que impedirían la inscripción de documentos judiciales resultantes de procedimientos seguidos contra la herencia yacente¹²⁸.

Como ya vimos, según la DGRN/DGSJFP, en aquellos casos en los que la demanda se interpone genéricamente contra la herencia yacente y sus herederos desconocidos, la falta de designación de un administrador judicial provoca una ruptura del tracto sucesivo que obstaculiza la inscripción del asiento judicialmente pretendido, debido a que no habría sido parte ni intervenido en el procedimiento el titular registral cuyos derechos podrían ser afectados por la sentencia que pusiese fin al mismo.

A este respecto, es preciso recalcar que no debe confundirse la capacidad para ser parte y la capacidad procesal. Resulta indudable que la herencia yacente tiene capacidad para ser parte en todo procedimiento judicial que se incoe contra ella (art. 6.1.4º LEC). El demandante no demanda a los representantes de la herencia yacente, sino a esta misma¹²⁹. En consecuencia, la herencia yacente podrá ser demandada sin que en el proceso promovido quepa denunciar su falta de capacidad para ser parte¹³⁰. La garantía judicial por antonomasia del titular registral (o de su herencia yacente) en un proceso en el que se ejercita una pretensión declarativa, cautelar o de condena, consiste en que haya sido llamado al mismo precisamente como parte demandada¹³¹. Desde el momento en que la demanda se dirige contra el titular registral o contra su herencia yacente en caso de fallecimiento, y dicha demanda es admitida a trámite con los consiguientes efectos de litispendencia, el titular registral o la herencia yacente adquieren la condición de parte demandada, lleguen o no a personarse en autos¹³². Por ese sólo hecho, queda asegurada la congruencia y el tracto sucesivo entre el procedimiento entablado y los derechos que del Registro derivan para el titular registral fallecido, siempre que dicha titularidad continúe vigente a favor de éste¹³³. Por ello, estimamos que entablar la demanda contra la herencia yacente colma con suficiencia las exigencias del tracto sucesivo¹³⁴.

¹²⁸ Compartimos esta interpretación con López y López (2009: 95).

¹²⁹ Ello lo demuestra, por ejemplo, el hecho de que la competencia territorial se determina atendiendo al domicilio, no de los representantes o el administrador de la herencia yacente, sino al domicilio de la propia herencia yacente. ATS 27 noviembre 2008 (ECLI:ES:2008:11429A) y Martínez Valero (2023: 30)

¹³⁰ Cordón Moreno (2022: 3).

¹³¹ Pardo Muñoz (2011: 67).

¹³² Pardo Muñoz (2011: 67 y 68).

¹³³ Pardo Muñoz (2011: 116).

¹³⁴ Guilarte Gutiérrez (2014: 613).

Cuestión distinta es la integración de su capacidad procesal, pues, conforme al art. 7.5 LEC, sabemos que la herencia yacente demandada no puede comparecer en juicio por sí misma y debe hacerlo por medio de quienes la representen. Entonces, una vez que la herencia yacente ha sido demandada obteniendo la condición de parte procesal, el problema no radica en comprobar si aquélla o el titular registral fallecido han podido ser parte en el procedimiento judicial (porque ya lo son), sino en articular su emplazamiento a efectos de comparecer en juicio. En torno a este extremo, ha sido, incluso, la propia DGRN/DGSJFP quien, en múltiples ocasiones, ha advertido que la calificación registral de las actuaciones judiciales debe alcanzar «al hecho de quien aparece protegido por el Registro haya sido emplazado en el procedimiento, independientemente del modo en que se haya cumplimentado ese emplazamiento, cuya falta sí debe denunciar el Registrador, pero cuyo modo solo compete al Juez». Esto significa, por un lado, que no corresponde a los Registradores calificar la forma o manera en que se ha emplazado a la herencia yacente como parte en el proceso, sino cerciorarse de que efectivamente haya sido emplazada¹³⁵. La función calificadora debe limitarse a verificar que se ha practicado el emplazamiento, con independencia de cómo y a quién se haya emplazado¹³⁶. Por esta razón, el obstáculo registral impeditivo de la inscripción judicialmente pretendida sólo podría oponerse cuando el titular registral hubiese sido totalmente preterido faltando su emplazamiento¹³⁷. Y, por otro lado, la doctrina registral antes extractada igualmente denota que la selección de la persona o personas que haya que emplazar para comparecer en el procedimiento en el que es parte demandada la herencia yacente, así como la determinación del modo de hacerlo, son extremos cuya decisión únicamente compete a los Tribunales de Justicia en el ejercicio de la función jurisdiccional¹³⁸, por lo que, si se discrepase de tal decisión, la vía adecuada para canalizar la discrepancia no sería el rechazo tabular fruto de una calificación registral negativa, sino la interposición de los recursos judiciales disponibles conforme a la legislación procesal.

En definitiva, cuando, ante la ausencia de nombramiento de administrador judicial, la DGRN/DGSJFP estima que concurre un obstáculo registral impeditivo de la inscripción judicialmente promovida tras un procedimiento dirigido genéricamente contra la herencia yacente y sus herederos indeterminados, lo que en realidad está revisando no

¹³⁵ Guilarte Gutiérrez (2014: 605). Pérez de Ontiveros (2013: 54). Pardo Muñoz (2011: 116).

¹³⁶ Pardo Muñoz (2011: 66).

¹³⁷ Gomá Lanzón (2022: 360). Martínez Espín (2013: 439).

¹³⁸ RRDGSJFP 24 octubre 2022 (RJ 2022, 357420) y 2 diciembre 2022 (RJ 2023, 5426).

es el tracto sucesivo, sino la manera en la que se han integrado los trámites judiciales de emplazamiento de la parte demandada, lo cual excede del ámbito de la calificación registral de los documentos judiciales¹³⁹, invade un campo reservado a la potestad jurisdiccional y, finalmente, pone en entredicho la corrección de una decisión ya previamente tomada por los Tribunales de Justicia en lo relativo a determinar quiénes y cómo han de ser emplazados para comparecer en nombre de la herencia yacente demandada¹⁴⁰, a pesar de que no es incumbencia de la función calificadora cuestionar ni los fundamentos de las resoluciones judiciales, ni tampoco los trámites del procedimiento que las motivan.

b). Los obstáculos que surgen de la propia legislación hipotecaria-registral: Hasta la RDGRN 15 febrero 2018 (RJ 2018, 800), el Centro Directivo se había limitado a decir que, aunque no puede discutir el fondo de la resolución judicial, el Registrador está obligado a examinar si en el procedimiento han sido emplazados aquellos a quienes el Registro concede algún derecho que podría ser afectado por la sentencia¹⁴¹. Desde la RDGRN 14 marzo 2018 (RJ 2018, 1209), esta afirmación comienza a combinarse con otra aparentemente similar pero distinta, en la que, haciéndose eco de la doctrina contenida en la STS 21 noviembre 2017 (RJ 2017, 5276), la DG agrega ahora¹⁴² que «Esta función calificadora no permite al registrador revisar el fondo de la resolución judicial en la que se basa el mandamiento de cancelación, esto es no puede juzgar sobre su procedencia. Pero sí comprobar que el mandamiento judicial deje constancia del cumplimiento de los requisitos legales que preservan los derechos de los titulares de los derechos inscritos en el Registro cuya cancelación se ordena por el tribunal»¹⁴³.

Esta adición denota que la DG sigue estando preocupada por garantizar la integridad de los derechos que del Registro derivan para el titular registral, pero con mayor intensidad, aún, si cabe. El Centro Directivo pretende proteger los derechos del

¹³⁹ Guilarte Gutiérrez (2010: 136) y (2009: 1021 y 1022).

¹⁴⁰ RDGSJFP 28 enero 2021 (RJ 2021, 503) y Gomá Lanzón (2022: 358).

¹⁴¹ Véanse las Resoluciones anteriormente recopiladas en la nota 126.

¹⁴² En RRDGRN 9 julio 2018 (RJ 2018, 3491), 10 julio 2018 (RJ 2018, 3493), 20 julio (RJ 2018, 3179), 6 septiembre 2019 (RJ 2019, 4732), 6 septiembre 2019 (RJ 2019, 4480), 4 noviembre 2019 (RJ 2019, 4765), 20 julio 2020 (RJ 2020, 3037), 10 agosto 2020 (RJ 2020, 3568), 19 octubre 2020 (RJ 2020, 3973), 26 noviembre 2020 (RJ 2020, 5507), 11 marzo 2021 (RJ 2021, 1554), 14 abril 2021 (RJ 2021, 1612), 17 noviembre 2021 (RJ 2022, 1223), 15 diciembre 2021 (RJ 2021, 5509), 17 diciembre 2021 (RJ 2022, 134), 24 octubre 2022 (RJ 2022, 357420) y 2 diciembre 2022 (RJ 2022, 382847). Igualmente, SSTs 15 diciembre 2021 (RJ 2021, 5509), 17 diciembre 2021 (RJ 2022, 134) y 21 septiembre 2023 (RJ 2023, 4708).

¹⁴³ Incluso esta afirmación viene a sustituir totalmente a la anterior (que desaparece) en algunas Resoluciones más recientes, como, por ejemplo, RRDGSJFP 16 noviembre 2022 (RJ 2023, 5403), 2 diciembre 2022 (RJ 2023, 5426) y, en cambio, se omite en la posterior RDGSJFP 25 julio 2023 (RJ 2023, 362562).

titular registral fallecido que pudiesen verse afectados por una sentencia dictada contra su herencia yacente, aunque ya no sólo velando por la corrección de los emplazamientos practicados a efectos de comparecencia judicial, sino también cuidando por el efectivo cumplimiento de todas las exigencias legalmente establecidas para preservar tales derechos. Por consiguiente, cuando se trata de documentos judiciales que traen causa de sentencias dictadas contra herencias yacentes, el alcance de la función calificadora se ha ampliado sustancialmente, ya que, bajo su paraguas se procura amparar, tanto un control específico que asegure la observancia de los concretos requisitos legales establecidos para la correcta práctica de los emplazamientos, como un control genérico que garantice el acatamiento de la legislación generalmente aplicable para tutelar los derechos de los titulares inscritos en el Registro.

Ahora bien, la calificación registral no puede albergar un examen de legalidad en abstracto y de la sumisión a las normas del ordenamiento en general. El Registrador debe ocuparse de decidir si el documento judicial que se le presenta puede acceder o no al Registro, por lo que únicamente ha de centrar su labor en comprobar que se han cumplido los preceptos de la legislación hipotecaria destinados a custodiar los derechos que del Registro surgen para los titulares inscritos. No se trataría, pues, de un control de legalidad en abstracto, sino de un control de inscribibilidad, de acceso al registro¹⁴⁴. Por lo tanto, la función calificadora no permite al Registrador fiscalizar la observancia de cualesquiera requisitos legales aplicables al procedimiento del que trae causa el documento judicial a inscribir, sino que solamente puede verificar que el mandamiento judicial deje constancia del respeto a las exigencias legales establecidas con el fin de preservar los derechos que se dimanan del Registro para los titulares registrales, cuya modificación o cancelación se ordena por el Tribunal¹⁴⁵.

Repárese en que la comprobación por parte del Registrador debe quedar circunscrita a que el mandamiento judicial incluya esa declaración de cumplimiento de los requisitos legales enderezados a proteger los derechos de los titulares registrales¹⁴⁶. Por eso, bastaría que el Juez no hubiese incorporado tal declaración de constancia de acatamiento de la específica legalidad registral para justificar el rechazo de la inscripción

¹⁴⁴ Del Rey Barba (2021: 1377 y 1378).

¹⁴⁵ Gomá Lanzón (2022: 357 y 358). Del Rey Barba (2021: 1423). Cabanas Trejo (2022: 2). García García (2019: 576).

¹⁴⁶ Cabanas Trejo (2022: 2).

judicialmente pretendida¹⁴⁷. Parece que estamos en presencia de un obstáculo registral que nace de la propia legislación hipotecaria. Además de los que derivan de los asientos del Registro ya practicados, son también obstáculos registrales los que emanan de la legislación registral, en tanto requisitos legales o reglamentarios que impiden la práctica de la inscripción y están vinculados con los principios hipotecarios, tales como especialidad, rogación, prioridad, tracto, etc. A este tipo de obstáculos surgidos de la propia legislación hipotecaria se refiere el art. 522 LEC al decir que el deber de acatar lo que se disponga en las sentencias constitutivas rige para las personas encargadas de los Registros públicos, salvo que existan obstáculos derivados del propio Registro conforme a la legislación específica¹⁴⁸.

A modo de conclusión de todo lo expuesto, creemos que la doctrina sentada por la DGRN/DGSJFP representa las dos caras de una misma moneda. Por un lado, se atribuye un amplio margen de actuación a los obstáculos registrales como defectos capaces de legitimar el rechazo tabular de la inscripción judicialmente promovida a resultas de un procedimiento dirigido contra la herencia yacente y sus desconocidos herederos, porque se admiten los obstáculos derivados del Registro y, en concreto, los dimanantes de precedentes asientos registrales con base en la creencia de que la falta de designación de administrador judicial ocasiona una ruptura del tracto sucesivo. Y porque, igualmente, se acogen los obstáculos registrales surgidos de la propia legislación hipotecaria cuando el mandamiento judicial no deje constancia del acatamiento de los requisitos legales que preservan los derechos que proceden del Registro para los titulares registrales afectados por la resolución judicial. Por otro lado, y en contraposición, se reducen las facultades de control propias del Registrador en ejercicio de la función calificadora, ya que éste debe limitarse a revisar si el mandamiento judicial deja constancia del cumplimiento de los requisitos legales habilitados para proteger los derechos de los titulares registrales, con independencia de si tales exigencias se han cumplido efectivamente o no. El Registrador tampoco puede cuestionar la conclusión final a la que llegue el Juez en su declaración¹⁴⁹, sino que ha de atender a la misma de

¹⁴⁷ La STS 21 noviembre 2017 (RJ 2017, 5276) y la RDGRN 14 marzo 2018 (RJ 2018, 1209) señalan que «la denegación de la inscripción por falta de constancia en el mandamiento judicial del cumplimiento de estos requisitos del art. 155.4 LC fue correcta...».

¹⁴⁸ Vid. Díaz Fraile (2017: 238 y ss.), Martín Martín (2015: 157 y ss.), Pérez de Ontiveros (2013: 67), García García (2002: 660) y De Pablo Contreras (1999: 37).

¹⁴⁹ Cabanas Trejo (2022: 2).

forma acrítica, pues, de lo contrario, estaría invadiendo un campo reservado al ejercicio de la potestad jurisdiccional.

IV. LA STS 9/9/2021: ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA DIRIGIDA CONTRA LA HERENCIA YACENTE Y LOS IGNORADOS O INCIERTOS HEREDEROS SOLICITANDO SU EMPLAZAMIENTO EDICTAL Y NOTIFICANDO LA PENDENCIA DEL PROCESO AL ESTADO O A LA COMUNIDAD AUTÓNOMA

Durante los años en los que la DGRN/DGSJFP defendió la obligación de designar un administrador judicial, aunque fuese subsidiariamente, para estimar integrada la capacidad procesal de la herencia yacente, el TS no terminó de hacer suya esta doctrina, pero tampoco la rechazó expresamente¹⁵⁰. Hay que esperar a la STS 9 septiembre 2021 (RJ 2021, 4003) para que el Tribunal Supremo emita un pronunciamiento *ad hoc* sobre el asunto, el cual, contribuye a resolver de forma definitiva¹⁵¹ las divergencias que, entre el ámbito decisorio judicial y registral, concurrían en torno al modo en el que debía articularse la comparecencia en juicio de la herencia yacente.

IV.1. La supresión definitiva de la obligación de nombrar un administrador judicial para integrar la capacidad procesal de la herencia yacente

Como una de sus más importantes novedades, la STS 9 septiembre 2021 rechaza abiertamente el criterio sostenido hasta ese instante por la DGRN/DGSJFP y manifiesta que no cabe desatender el mandamiento judicial y denegar la inscripción por el hecho de que, en el proceso en el que se dictó sentencia en rebeldía contra los ignorados herederos de quien aparecía como titular registral, no se hubiera nombrado administrador judicial que representara los eventuales derechos e intereses de los demandados. Por lo tanto, la Sentencia asevera de forma rotunda que ya no es preciso que un defensor judicial comparezca en representación de la herencia yacente, ni siquiera subsidiariamente cuando el emplazamiento no haya podido dirigirse contra ninguna persona concreta como posibles herederos. Ahora, ya no se trata de que la obligación de designar administrador se haya matizado, atemperado, relajado o mitigado, sino que simplemente ha

¹⁵⁰ Gutiérrez Barrenegoa y Monje Balmaseda (2014: 52). Martínez Espín (2013: 440).

¹⁵¹ Debe tenerse en cuenta que se trata de una Sentencia del Pleno de la Sala 1ª del TS y, por lo tanto, con valor por sí misma de doctrina jurisprudencial. En este sentido, Vid. Añón Calvete (2021: 13).

desaparecido por completo y ha dejado de ser *conditio sine quae non* para acceder a la inscripción de lo ordenado judicialmente a resultas de un proceso seguido contra la herencia yacente.

Las razones que el Tribunal Supremo ofrece para llegar a esta deducción concuerdan con aquellas que ya desarrollamos en el punto III.2.2 de este trabajo. Básicamente, nos encontramos ante una obligación que carece de respaldo legal, ya que no existe precepto alguno que la establezca, ni tampoco cabe justificar su imposición en la aplicación extensiva o analógica de lo prescrito en los arts. 791 y ss. LEC. De acuerdo con estos preceptos, el Juez puede acordar, por medio de auto motivado, todas las medidas de administración, custodia y conservación del caudal relicto que considere necesarias para preservar su integridad y garantizar los derechos e intereses de los llamados, pero el reconocimiento de esta facultad queda circunscrita a la fase de intervención del patrimonio hereditario y únicamente mientras no concluya la declaración de herederos o se apruebe la partición. Fuera de estos casos, y otros expresamente previstos en la legislación civil (institución bajo condición suspensiva [800.III CC], espera *nasciturus* [966 y 967 CC], ejercicio del derecho a deliberar [1020 CC]), no está previsto legalmente el nombramiento de un administrador judicial.

Ahora bien, aunque no concorra obligación de investir defensor judicial como requisito para integrar la capacidad procesal de la herencia yacente, es perfectamente factible que aquél exista porque, por ejemplo, el causante haya voluntariamente nominado en su testamento un albacea con facultades representativas. En este caso, será el albacea quien deberá ser emplazado para comparecer judicialmente en representación de la herencia yacente en cuanto administrador de la misma¹⁵².

IV.2. Las diligencias de averiguación del domicilio e identidad de los posibles herederos y la obligación de poner en su conocimiento la demanda notificándoles la pendencia del procedimiento si son localizados

A falta de albacea o administrador nombrado voluntariamente, la STS 9 septiembre 2021 impone a quien demanda a una herencia yacente la obligación de realizar

¹⁵² Miñana Lloréns (2022: sp). De hecho, la propia STS 9 septiembre 2021 (RJ 2021, 4003) se remite a la STS 2 diciembre 1992 (RJ 1992, 10252) para recordar que la posibilidad de reconocer legitimación a alguno de los llamados a la herencia para personarse y actuar en interés de la herencia yacente, únicamente se admite en defecto o ausencia de albacea o administrador testamentario o judicial.

las averiguaciones necesarias a fin de identificar y localizar a aquellas personas que eventualmente pudiesen llegar a tener la condición de herederos. Para que surja esta obligación basta con que se aprecie el menor indicio de la existencia de posibles herederos.

Como se observa, en este concreto punto, el TS no introduce un nuevo criterio que rompa con la doctrina sentada hasta entonces. Al contrario, se limita a recuperar, para aplicarla al concreto caso que se presenta, una consolidada línea jurisprudencial que mantuvo en previas resoluciones y que, incluso, ha sido asumida igualmente por la DGRN/DGSJFP. Ya en su ST 2 diciembre 1992 (RJ 1992, 10252), el Alto Tribunal reconocía que los llamados a la herencia yacente estaban legitimados para personarse y actuar en interés de la misma. Y, en congruencia con ello, a partir de la STS 19 febrero 1998 (RJ 1998, 638), añadió que no cabía prescindir de la llamada a juicio en forma personal cuando existe la posibilidad directa o indirecta de localizar al interesado y hacerle llegar el contenido del acto de comunicación, por lo que, pese a ser una masa patrimonial, las peculiaridades derivadas de la presentación de una demanda contra una herencia yacente no impedían la necesidad de procurar la localización de quien pueda ostentar su representación en juicio como paso previo a una posterior declaración de rebeldía¹⁵³.

Corresponde al demandante determinar quiénes son las personas que representan a la herencia yacente o, en su caso, proporcionar cuantos datos tenga a su disposición para facilitar su localización. De no conocer a los llamados a la herencia, deberá incoar las medidas procesales oportunas con el fin de recabar dichos datos, pudiendo practicarse diligencias de averiguación en el seno del procedimiento judicial instado¹⁵⁴. En aplicación del art. 156 LEC, el actor podrá dirigirse al Letrado de la Administración de Justicia a fin de que proceda a llevar a cabo las pesquisas necesarias para obtener la identidad y el domicilio de los llamados como posibles herederos. Aunque la LEC no establece exactamente qué diligencias de averiguación pueden adoptarse, es habitual que los

¹⁵³ SSTs 28 julio 2009 (RJ 2009, 4579), 30 junio 2010 (RJ 2010, 5695), 25 noviembre 2010 (RJ 2011, 1986), 3 marzo 2011 (RJ 2011, 2623). RRDGRN 8 septiembre 2016 (RJ 2016, 4622), 23 septiembre 2016 (RJ 2016, 5268), 4 octubre 2016 (RJ 2016, 5001), 15 noviembre 2016 (RJ 2016, 5929), 22 mayo 2017 (RJ 2017, 2519), 18 octubre 2017 (RJ 2017, 5860), 14 noviembre 2017 (RJ 2017, 5207), 18 diciembre 2017 (RJ 2017, 5842), 15 febrero 2018 (RJ 2018, 800), 14 marzo 2018 (RJ 2018, 1209), 9 julio 2018 (RJ 2018, 3491), 10 julio 2018 (RJ 2018, 3493), 15 noviembre 2018 (RJ 2018, 5215), 12 diciembre 2018 (RJ 2018, 5622), 6 septiembre 2019 (RJ 2019, 4480), 23 septiembre 2019 (RJ 2019, 4406), 4 noviembre 2019 (RJ 2019, 4765). RRDGSJFP 10 agosto 2020 (RJ 2020, 3568), 16 septiembre 2020 (RJ 2020, 3863), 19 octubre 2020 (RJ 2020, 3973), 28 enero 2021 (RJ 2021, 503) y 14 julio 2021 (RJ 2021, 4155).

¹⁵⁴ SAP A Coruña 19 abril 2018 (AC 2018, 1218).

Juzgados y Tribunales utilicen las siguientes: a). Requerir formalmente al resto de los litigantes para que faciliten la identidad, domicilios y todos los datos que dispongan de los eventuales herederos del difunto causante de la herencia yacente. b). Requerir a los residentes u ocupantes del último domicilio del fallecido para que informen si conocen a los posibles herederos del mismo. c). Acceder al denominado Punto Neutro Judicial para consultar la información obrante en Registros, organismos, Colegios Profesionales, entidades y empresas a fin de recolectar datos sobre los domicilios del causante y de sus posibles herederos. d). Si tuviese constancia de la existencia de testamento, requerir al Notario autorizante para que aporte datos de los eventuales herederos. e). Realizar cualesquiera otras averiguaciones, a instancia de parte o de oficio, que se consideren útiles y adecuadas atendiendo a las circunstancias del caso concreto¹⁵⁵.

Previamente a la interposición de la demanda contra la herencia yacente, o con posterioridad a la misma si hubiese suspendido el procedimiento por no practicarse las correspondientes diligencias de averiguación¹⁵⁶, el potencial demandante podrá instar la tramitación de las diligencias preliminares a las que se refiere el art. 256.1.1º LEC, pidiendo que los llamados con la cualidad de herederos declaren sobre su condición de tales, ya que se trataría de un hecho relativo a su representación o legitimación cuyo conocimiento sería necesario para el pleito, pudiendo solicitar igualmente que exhiban los documentos en los que conste dicha representación o legitimación¹⁵⁷. Con independencia de las probabilidades de éxito que podrían tener las diligencias preliminares en orden a la localización de los posibles herederos y la correcta constitución de la relación jurídico-procesal, lo cierto es que la utilización de este instrumento contribuiría a acreditar la buena fe de la parte actora, ya que exteriorizaría su voluntad decidida de evitar una demanda en rebeldía por comunicación edictal que pudiese ser calificada como una maquinación fraudulenta consumada con la intención de dejar indefensa a la herencia yacente demandada¹⁵⁸.

En la hipótesis de que las diligencias de averiguación o investigación emprendidas diesen sus frutos y se consiguiese localizar a un eventual heredero confirmándose los indicios sobre su existencia, entonces la STS 9 septiembre 2021 prescribe que el siguiente paso a dar será poner en su conocimiento la demanda, tal y como prevé el art. 150.2 LEC.

¹⁵⁵ Sobre las posibles diligencias de averiguación, Vid. Ávila de Encío (2020: 9).

¹⁵⁶ Guitérrez Barrenengoa y Monje Balmaseda (2014: 53).

¹⁵⁷ Miñana Lloréns (2022: sp). Pérez de Ontiveros (2013: 54). Gascón Inchausti (2011: 107). Pardo Muñoz (2011: 94).

¹⁵⁸ Pardo Muñoz (2011: 93).

Con esta remisión normativa, lo que el TS quiere decir es que, por disposición del Tribunal, se deberá notificar al posible heredero que haya sido localizado la pendencia del procedimiento entablado contra la herencia yacente a la que aquél puede llegar a ser llamado, ya que, precisamente por razón de tal eventual llamamiento, sería un sujeto que podría verse afectado por la resolución que se dicte en el referido proceso.

Una vez recibida la notificación, el posible heredero puede decidir libremente si comparece o no en el juicio contra la herencia yacente cuya pendencia se le ha comunicado. En el caso de que no comparezca, el proceso continuará y seguirá adelante en su ausencia sin que, por esa razón, pueda alegarse que se ha producido indefensión. Como es sabido¹⁵⁹, no hay indefensión cuando la incomparecencia es imputable a la voluntad o falta de diligencia del interesado, lo que comporta que, para dar cumplimiento a las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva, basta con acreditar que se le otorgó la posibilidad de comparecer en el procedimiento pendiente que le afecta, con independencia de si efectivamente lo hizo o no¹⁶⁰. Si decide no comparecer, el interesado se estaría ubicando voluntariamente en esta situación, por lo que no cabría hablar de indefensión. Si el interesado no comparece porque no tuvo conocimiento de la notificación, pero pudo haberlo tenido empleando la normal diligencia, tampoco estaría indefenso, toda vez que se habría colocado en tal posición por comportarse negligentemente. En el supuesto de que el posible heredero prefiera comparecer en el juicio pendiente contra la herencia yacente a la que puede ser llamado, aquél podrá pedir que su participación se canalice atendiendo a lo dispuesto en el art. 13 LEC, el cual regula la intervención en el proceso pendiente de sujetos originariamente no demandados¹⁶¹. Al tener un interés directo y legítimo en el resultado del pleito, el llamado como posible heredero puede solicitar ser admitido como demandado. Si el Tribunal accediese a ello, aquél será considerado parte en el proceso a todos los efectos, lo que nos plantea la duda de si con esta conducta se habría aceptado tácitamente la herencia, pero solo para el caso de que el llamamiento a favor del ahora demandado hubiese dejado de ser eventual para transformarse en efectivo.

¹⁵⁹ Vid., entre otras, SSTC 17 septiembre 2001 (STC 2001, 185), 15 julio 2002 (RTC 2002, 149), 24 febrero 2020 (RTC 2020, 26) y SSTS 28 julio 2009 (RJ 2009, 4579) y 3 marzo 2011 (RJ 2011, 2623).

¹⁶⁰ Según la STC 24 febrero 2020 (RTC 2020, 26), «el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) garantiza a todos los que puedan resultar afectados por la decisión que se dicte en un proceso judicial el derecho a conocer su existencia, a fin de *que tengan la posibilidad de intervenir en él...*».

¹⁶¹ Pardo Muñoz (2011: 105).

IV.3. El emplazamiento edictal de los ignorados herederos del fallecido sin testamento y sin sucesores intestados como añadido a la obligación de notificar al Estado la pendencia del procedimiento

En la tesitura de que, pese a haber empleado la diligencia exigible, las averiguaciones fuesen infructuosas y no se hubiera podido localizar a ninguna persona determinada como posible llamada a la herencia yacente, el único sujeto que seguiría teniendo un eventual interés en la misma sería el Estado (o la Comunidad Autónoma), porque, según el art. 956 CC, le corresponde a él suceder a falta de testamento y parientes conocidos con derecho a la sucesión intestada. Por ello, cuando el causante falleciese sin testamento y no se conozcan parientes con derecho a la sucesión intestada ni concurren indicios de su existencia, resulta congruente que la STS 9 septiembre 2021 vuelva a invocar la aplicación del art. 150.2 LEC, pero para exigir ahora al Juez que notifique al Estado la pendencia del procedimiento entablado contra la herencia yacente, ya que, de nuevo, nos encontramos ante un sujeto cuyo interés puede resultar afectado por la resolución que ponga fin al mismo.

Lo que se aplica para cualquier interesado en la herencia yacente, se aplica también para el Estado, puesto que, a falta de otros, es un interesado más. A mayores, el TS argumenta que el establecimiento de la obligación de comunicar al Estado la pendencia del proceso encuentra igualmente apoyo normativo en el art. 6 del RD 1373/2009 de 28 de agosto, que aprueba el Reglamento de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, así como en el art. 791.2 LEC. No obstante, pensamos que entre lo dispuesto en estos preceptos y en el art. 150.2 LEC, concurren algunas diferencias subrayables. Por un lado, el art. 6 del RPAP, no habla de comunicar la pendencia de un pleito incoado contra una herencia yacente que pueda afectar al interés del Estado, sino simplemente de darle cuenta del fallecimiento intestado de alguna persona que carezca de herederos legítimos. Dicha dación de cuenta tampoco la efectúa un Juez en el seno de un proceso ya iniciado, sino una persona que, por razón de su cargo o empleo público en general, pudiese tener noticia del hecho del que debe dar cuenta. Por otro lado, el art. 791.2 LEC se incardina en el ámbito de la intervención judicial de la herencia y de las medidas de aseguramiento a adoptar respecto el caudal hereditario cuando no conste la existencia de testamento ni de parientes con derecho a suceder intestadamente, por lo que quizás no cabría extender su aplicación a otros supuestos distintos de los contemplados por muy similares que fuesen, como, por

ejemplo, cuando se demanda a la herencia yacente en un procedimiento en el que se ejercen pretensiones declarativas, cautelares o de condena que nada tienen que ver con los juicios sucesorios.

De todos modos, la exigencia de notificar al Estado la pendencia del procedimiento entablado contra la herencia yacente no es algo completamente novedoso. Simplemente se trata de la aplicación al problema que nos ocupa de la consolidada y ya citada doctrina jurisprudencial que atribuye legitimación a los llamados como posibles herederos para personarse y actuar en interés del patrimonio hereditario en situación de yacencia¹⁶². También podemos encontrar algunas RRDGRN en las que con bastante precedencia se calificaba al Estado como un interesado en la herencia yacente, cuyas expectativas de derecho habría que proteger en cuanto potencial heredero. En concreto, la RDGRN 24 febrero 2006 (RJ 2006, 10139) sostenía que, si no se adoptaban las oportunas medidas de administración y garantía del caudal hereditario, dirigir la demanda contra los herederos de una persona fallecida no era suficiente para integrar la capacidad procesal de la herencia yacente, pues no garantizaba una adecuada defensa de los intereses de la herencia aún no aceptada, ni, por tanto, los intereses del definitivo heredero que sería, en última instancia, el Estado o entidad pública correspondiente¹⁶³. Más recientemente, e invocando la doctrina según la cual, para colmar el tracto sucesivo, basta con demandar a personas determinadas como posibles herederos siempre que el Juez haya estimado suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente, la RDGSJFP 30 septiembre 2020 (RJ 2020, 3684) denegó la inscripción de una anotación preventiva de embargo razonando que no existía un pronunciamiento judicial expreso sobre la legitimación pasiva de los herederos, ni constaba si se había remitido notificación edictal a los posibles desconocidos herederos o si, en última instancia, se había emplazado al Estado, ya que, conforme al art. 956 CC, a falta de personas que tengan derecho a heredar, heredaría el Estado.

Se ha dicho que, para notificar al Estado la pendencia del procedimiento emprendido contra la herencia yacente, no es necesario esperar a su declaración de herederos *ab intestato*¹⁶⁴, aunque quizás sería más preciso afirmar que «no se debe esperar» a tal declaración, porque, de lo contrario, la notificación perdería su sentido y

¹⁶² Como más representativas, Vid. SSTS 2 diciembre 1992 (RJ 1992, 10252) y 3 marzo 2011 (RJ 2011, 2623).

¹⁶³ En el mismo sentido RRDGRN 21 febrero 2007 (RJ 2007, 1579), 5 noviembre 2007 (RJ 2007, 9253), 20 noviembre 2007 (RJ 387), 17 marzo 2009 (RJ 2009, 1866). En la doctrina, Pardo Muñoz (2011: 47).

¹⁶⁴ Pardo Muñoz (2011: 100).

funcionalidad. Para quien sustente la tesis de que, una vez superados los trámites administrativos y declarado el Estado como heredero intestado, éste adquiere automáticamente la herencia sin necesidad de previa aceptación¹⁶⁵, la declaración de heredero supondría que habría acabado la incertidumbre en torno al titular de la herencia yacente y ésta se habría extinguido. A partir de ese momento, ya no sería procedente comunicar al Estado la pendencia del procedimiento, sino que habría que demandarlo directamente por sucesión procesal (art. 16 LEC) como responsable del pago de las deudas hereditarias, aunque con el límite que supone el beneficio de inventario (arts. 957 CC y 20.1 Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas). En cambio, recientemente se ha defendido¹⁶⁶, con base en el art. 8.2 del RPAP y el art. 21.3 LPAP, que el Estado puede inhibirse en el procedimiento administrativo de declaración de heredero *ab intestato* y, en consecuencia, renunciar a la herencia que se le ofrece. Dado que la aplicación del art. 8.2 RPAP se limita a los supuestos en los que en la masa hereditaria no figurasen o no se localizasen bienes inmuebles, y, como quiera que, por ese motivo, no se aplicaría el art. 17.1 LPAP que atribuye *ex lege* al Estado la propiedad de los bienes inmuebles carentes de dueño, la inhibición o renuncia por su parte extinguiría igualmente la herencia yacente, dispersándose el patrimonio que hasta ese momento se había mantenido cohesionado precisamente a la espera de un heredero y que, por razón de tal dispersión, habría perdido la capacidad para ser parte demandada en juicio.

Al igual que acontece con los restantes llamados como posibles herederos e interesados en la herencia yacente a los que se debe notificar la pendencia del procedimiento dirigido contra ella, el Estado no está obligado a comparecer en el mismo. El Abogado del Estado puede renunciar voluntariamente a dicha comparecencia y el procedimiento seguiría adelante en su ausencia sin resultar indefenso por ese motivo¹⁶⁷. A fin de conjurar una hipotética indefensión, no es necesario que el notificado intervenga o participe en el pleito, sino que se le haya concedido efectivamente la posibilidad de intervenir y participar. No concurre indefensión cuando, atendiendo a las circunstancias del caso, el interesado tuvo conocimiento de la comunicación de pendencia o pudo haberlo tenido empleando la normal diligencia, en un momento procesal todavía oportuno para personarse y actuar en defensa de sus derechos e intereses. Para que pueda invocarse

¹⁶⁵ Por todos, Vid. Monje Balmaseda (2001: 262 y ss.).

¹⁶⁶ Pérez Álvarez (2022: 192).

¹⁶⁷ En sentido similar, Miñana Lloréns (2022: sp.).

indefensión, se requiere que la situación procesal de incomparecencia en la que se ubique el notificado no sea imputable ni a su voluntad, ni a su negligencia.

Luego de defender la necesidad de notificar la pendencia del procedimiento al Estado cuando se demanda a los ignorados herederos de una persona que ha fallecido sin otorgar testamento, la STS 9 septiembre 2021 agrega que ello no basta para colmar la capacidad procesal de la herencia yacente, sino que igualmente hay que emplazar mediante edictos a esos desconocidos o inciertos herederos. Una vez más, el TS vuelve a traer a colación una clásica doctrina suficientemente consolidada, en cuyo desarrollo el TC ha tenido un importante protagonismo. El emplazamiento edictal, concebido con todas las exigencias y garantías requeridas jurisprudencialmente para el mismo (a cuya previa exposición nos remitimos [punto II del presente trabajo]), constituye una solución ponderada que satisface de forma equilibrada todos los intereses en conflicto, evitándose que la realización de uno de ellos pueda servir como pretexto para preterir, ignorar o sacrificar el contrapuesto. Pese a todos los requisitos que se exigen para su efectividad, la citación mediante edictos no representa una carga desproporcionada o sumamente costosa que impida al demandante el efectivo ejercicio de los derechos o pretensiones que ostente contra la herencia yacente. Pero al mismo tiempo, se trata de una medida lo suficientemente garantista como para evitar una vulneración del principio de indefensión que ponga en riesgo el derecho a la tutela judicial efectiva de la propia herencia como demandada y los llamados a la misma como posibles herederos. Si alguien estimase que el emplazamiento edictal resulta insuficiente y discrepase con la aplicación ya de por sí garantista que hacen los Tribunales, sería precisamente ante ellos donde dicha discrepancia debería hacerse valer utilizando la vía de los recursos procesales disponibles para ello. Como ya explicamos previamente, no cabe incluir dentro del alcance de la función calificadora registral, el examen sobre la corrección y eficacia de los mecanismos de emplazamiento legalmente previstos, ya que se estaría invadiendo un campo reservado a la función jurisdiccional, en cuyo ejercicio los Jueces apremian al demandante para que agote todas las vías de localización de los posibles llamados a la herencia¹⁶⁸.

En definitiva, desde un punto de vista estrictamente procesal, lo único que se le puede exigir al actor en las demandas interpuestas contra la herencia yacente es obrar con la debida diligencia en la averiguación de quienes puedan verse afectados por la sentencia que se dicte, emplazando mediante edictos a los desconocidos e inciertos herederos y

¹⁶⁸ Carpi Martín (2014: 3375).

notificando al Estado la pendencia del procedimiento cuando el causante haya fallecido sin testamento y no se conozcan los parientes con derecho a la sucesión intestada ni concurren indicios de su existencia. Constatado el cumplimiento de estos condicionantes, cabría concluir que la relación jurídico procesal se encuentra bien constituida, sin que quepa alegar vulneración del principio de indefensión ni una supuesta quiebra del tracto sucesivo registral¹⁶⁹.

No creemos que la publicidad registral que se deriva de la anotación preventiva de la demanda dirigida contra la herencia yacente pueda servir para suplir la función que cumple la citación edictal como instrumento para eludir la indefensión procesal de los llamados y posibles herederos. Como ha dicho la STS 22 septiembre 2008 (RJ 2008, 5776), es cierto que «La anotación preventiva de la demanda (art. 42.1º LH) tiene por objeto el dar a conocer, mediante la publicidad de que gozan los asientos registrales, la existencia de un proceso pendiente que pueda afectar a algún derecho real que con anterioridad haya accedido al registro...»¹⁷⁰. La anotación preventiva es una modalidad de asiento registral que procura publicitar la situación de pendencia de un proceso que afecta a una determinada situación jurídica que, de ser estimada, conllevaría, una modificación registral¹⁷¹. Cabría pensar, pues, que, a través de la referida publicidad registral, los posibles herederos desconocidos o inciertos podrían tener conocimiento del procedimiento judicial que les puede llegar a afectar y, en consecuencia, decidir si les conviene o no comparecer en el mismo. Sin embargo, como también dice la RDGSJFP 21 febrero 2024 (RJ 2024, 83692), resulta igualmente cierto que «la medida cautelar de anotación de demanda se acuerda como una forma de aseguramiento del patrimonio del demandado en aras de evitar una posible venta que implique una disminución del mismo, no como una medida para garantizar las modificaciones jurídico-reales que pudieran derivarse del procedimiento». No es objeto de la publicidad inherente a la anotación preventiva notificar a los ignorados llamados como potenciales herederos la pendencia de un proceso judicial que les puede llegar a afectar, para así garantizar su derecho a la tutela judicial efectiva esquivando su indefensión. La anotación preventiva posee una eficacia meramente negativa¹⁷², pues la publicidad consustancial a la misma sólo pretende enervar el juego normal de la fe pública registral que, con invocación del art. 34 LH, podría ser

¹⁶⁹ Pérez de Ontiveros (2013: 62).

¹⁷⁰ En la doctrina, Andrades Navarro (2021: 2526) y Domínguez Luelmo (2016: 681).

¹⁷¹ Andrades Navarro (2021: 2527).

¹⁷² Ramos Méndez (1980: 46). Andrades Navarro (2021: 2526)

alegada por un tercero para ser protegido en la adquisición del derecho real que, constante el procedimiento, le habría transmitido el demandado como persona registralmente facultada para ello. No en vano, la antes citada STS 22 septiembre 2008 indica que la publicidad que la anotación preventiva otorga al procedimiento que puede afectar a algún derecho real ya inscrito, tiene como «finalidad evitar que la realización de ulteriores actos o negocios sobre dicho derecho puedan desembocar en el traspaso de su titularidad a un tercero en quien concurren todas las exigencias de los principios de buena fe (art. 34 LH) y legitimación (art. 38 LH) registrales, con la consiguiente producción de los radicales efectos de irreivindicabilidad anudados a tal posición jurídica»¹⁷³. Y tratándose de demandas dirigidas contra la herencia yacente, la persona que aparece en el Registro con facultades para transmitir ya habría fallecido y, si los posibles herederos enajenasen o vendiesen bienes hereditarios, habrían aceptado tácitamente la herencia (art. 1000.1º CC), por lo que ni siquiera cabría que la anotación preventiva de la demanda produjese el efecto enervador de la fe pública registral: en puridad no habría demandado que pudiese vender o enajenar bienes hereditarios.

En esta misma línea, conviene no olvidar que, según el art. 20 LH, no podrá tomarse anotación de demanda si el titular registral es persona distinta de aquella contra la cual se ha dirigido el procedimiento¹⁷⁴. Por consiguiente, al intentar anotar en el Registro la demanda interpuesta contra la herencia yacente con el objetivo de poner en conocimiento de los llamados la pendencia del proceso que les afecta, se reproduciría el mismo inconveniente que dificulta la calificación registral positiva de aquellos documentos judiciales que traen causa de sentencias dictadas contra la herencia yacente. Al haber fallecido el causante y no haber aceptado aún la herencia los potenciales herederos, no habría coincidencia entre el inicial titular registral y la persona contra la que se dirige el procedimiento, por lo que, de nuevo, se podría rechazar la inscripción de la anotación preventiva de la demanda basándose en la concurrencia de un obstáculo registral identificable con la vulneración del principio general de interdicción de la indefensión que es consustancial a la quiebra del tracto sucesivo. Además, se trataría de una solución absurda porque, para que la demanda interpuesta contra la herencia yacente pudiese acceder al registro mediante su anotación preventiva se tendrían que cumplir las

¹⁷³ Ya con precedencia, Vid. RDGRN 27 noviembre 2001(RJ 2001, 5363).

¹⁷⁴ Para que pueda practicarse una anotación preventiva de demanda es preciso que ésta se dirija contra el titular registral del dominio o del derecho real a que la demanda se contrae. Vid. Domínguez Luelmo (2016: 681) y RDGSJFP 16 noviembre 2022 (RJ 2023, 5403).

mismas exigencias relativas a localización de llamados desconocidos, citaciones por edictos y notificaciones de pendencia de procedimiento que luego nuevamente habría que repetir para calificar positivamente el documento judicial resultante de ese proceso.

V. DESDE LA STS 9/9/2021 HASTA EL INFINITO Y MÁS ALLÁ.

V.1. El posterior posicionamiento de la DGSJFP. La conclusión obtenida tras «completar su doctrina» a la vista de la señalada Sentencia.

La primera Resolución que acoge la jurisprudencia contenida en la STS 9 septiembre 2021 es la RDGSJFP 14 octubre 2021 (RJ 2021, 5548), a la que posteriormente le siguen también, en esta misma dirección, las RRDGSJFP 25 octubre 2021 (RJ 2021, 5554), 24 octubre 2022 (RJ 2022, 357420), 2 diciembre 2022 (RJ 2022, 382847) y 14 febrero 2023 (RJ 2023, 1406)¹⁷⁵. Estas Resoluciones tienen en común comenzar su fundamentación reiterando la doctrina registral vigente hasta ese momento, insistiendo en que: a). Todo título que pretenda acceder al Registro ha de venir otorgado por el titular registral o en procedimiento seguido contra él. b). Cuando interviene la herencia yacente, toda actuación que pretenda tener reflejo registral debe articularse, bien mediante el nombramiento de administrador judicial, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente. c). Esta doctrina tiene que matizarse en el sentido de considerar que la exigencia del nombramiento del defensor judicial ha de limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento, estimando el Juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente. Pero inmediatamente y a renglón seguido, la DG introduce una fractura en lo manifestado hasta ese punto, advirtiendo que el Pleno de la Sala Primera del TS ha sentado doctrina en la materia objeto de recurso y, en congruencia con ello, pasa a transcribir casi literalmente los puntos Cuarto y Quinto del Fundamento de Derecho Segundo de la STS 9 septiembre 2021, para luego rematar resumiendo de forma sintética el nuevo criterio jurisprudencial afirmando que «A la vista de la señalada Sentencia, este

¹⁷⁵ Pese a dictarse con posterioridad a la STS 9 septiembre 2021, todavía no recogen la doctrina consagrada en la misma las RRDGSJFP 17 noviembre 2021 (RJ 2022, 1223), 17 diciembre 2021 (RJ 2021, 5509), 13 julio 2022 (RJ 2022, 5150), 19 julio 2022 (RJ 2022, 5196), 16 noviembre 2022 (RJ 2023, 5403) y 3 septiembre 2023 (RJ 2023, 600).

Centro Directivo debe completar su doctrina para estos casos, y concluir que cuando se demanda a una herencia yacente caben dos posibilidades: a). Que se conozca o se tengan indicios de la existencia de concretas personas llamadas a la herencia. En este caso, habrá de dirigirse la demanda contra estos herederos, previa averiguación de su identidad y domicilio. b). Que no se tenga indicio alguno de la existencia de herederos interesados en la herencia yacente (caso de personas que han fallecido sin testamento y sin parientes conocidos con derecho a sucesión intestada). En estos supuestos, además de emplazar a los ignorados herederos por edictos, se debe comunicar al Estado o a la Comunidad Autónoma llamada por la normativa civil aplicable a la sucesión intestada a falta de otros, la pendencia del proceso, conforme al citado artículo 150.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». En lo que concierne a lo proclamado por la DG en la «letra a)», se aprecia una cierta divergencia con lo expuesto por el TS, porque, para éste, si concurriese el menor indicio de la existencia de un posible heredero, previa averiguación de su identidad y domicilio, lo que procedería no sería dirigir contra tal heredero la demanda, sino ponerla en su conocimiento notificándole la pendencia del proceso que puede llegar a afectarle. La herencia yacente tiene capacidad para ser parte (art. 6.1.4º LEC) y, en tanto no recaiga aceptación, los llamados son meros titulares de la delación que todavía no han adquirido la cualidad de definitiva de herederos. Por ello, mientras la herencia yace, la demanda no puede dirigirse contra los posibles herederos, sino contra la propia herencia yacente, bastando respecto a aquéllos que se ponga en su conocimiento la referida demanda notificándoles la pendencia del procedimiento, toda vez que dicho emplazamiento se efectúa para que los llamados como posibles herederos comparezcan judicialmente en representación de aquélla con el objeto de integrar la capacidad procesal de la que carece. En lo que atiene a lo indicado por la DG en la «letra b)», se introduce ahora una diferencia de trato que quiebra la equiparación que el TS había mantenido entre el Estado y los restantes interesados en la herencia que hubieran sido localizados, ambos en cuanto llamados como posibles herederos, pues, en vez de exigirse, tanto para el uno como el otro, que se les notifique la pendencia del procedimiento cuya resolución puede afectar a sus intereses, se afirma que lo que corresponde es dirigir la demanda contra los herederos conocidos, previa averiguación de su identidad y domicilio, y notificar al Estado la pendencia del procedimiento. De nuevo, el problema emerge como resultado de una poco afortunada interpretación registral de la distinción entre la capacidad para ser parte y la capacidad procesal, conforme a la cual la demanda debería interponerse contra la herencia yacente porque tiene capacidad para ser parte, mientras que, para integrar su falta de

capacidad procesal, llegaría con poner en conocimiento de los llamados como posibles herederos el hecho de tal interposición, comunicándoles la pendencia del procedimiento a efectos de que puedan comparecer en juicio en nombre y representación de la propia herencia, si así lo desean.

En concordancia con la readmisión de la citación por edictos como medio de emplazamiento válido cuando la demanda se dirija contra los ignorados herederos del causante sin otorgar testamento y no se conozcan parientes con derecho a la sucesión intestada ni concurren indicios de su existencia, la DGSJFP finaliza su fundamentación remitiéndose a la doctrina contenida en la STS 6 febrero 2020 (RJ 2020, 219) y la STC 24 febrero 2020 (RTC 2020, 26) para subrayar que la notificación por vía edictal tiene carácter supletorio y excepcional y sólo debe emplearse cuando se hayan agotado, razonablemente, las posibilidades de utilizar los mecanismos de comunicación personal.

En consecuencia, al acogerse en sede registral el criterio jurisprudencial mantenido por el TS, se deduce que la falta de designación de un administrador judicial ex arts. 791 y ss. LEC ya no va a poder seguir fundamentando el rechazo tabular de los documentos judiciales que traigan causa de sentencias dictadas en juicios entablados contra una herencia yacente, ni siquiera cuando el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento.

En cambio, en aplicación de la nueva jurisprudencia, los Registradores podrían negarse a inscribir los referidos documentos judiciales siempre que quedase acreditado: a). que se conoce efectivamente la existencia de concretas personas llamadas a la herencia y no se haya dirigido contra ellas la demanda. b). que se tengan indicios de la existencia de concretas personas llamadas a la herencia y no se hubiesen llevado a cabo o no se hubiesen agotado, de forma razonable y diligente, las averiguaciones tendentes a identificarlas y localizar su domicilio. c). que no se hubiese emplazado edictalmente a los ignorados herederos, o que se les hubiese emplazado mediante edictos, pero no cumpliendo las garantías y exigencias jurisprudencialmente requeridas para ello. d). que, pese a cumplir todo lo anterior, no se haya notificado al Estado o Comunidad Autónoma la pendencia del procedimiento entablado contra la herencia yacente cuya resolución puede llegar a afectar sus intereses como posible heredero.

Las RRDGSJFP que recogen la jurisprudencia contenida en la STS 9 septiembre 2021 prescinden de identificar expresamente cuál sería, de entre todas las previstas en el art. 100 RH, la deficiencia que justificaría una calificación registral negativa del

documento judicial en el que se hayan acreditado alguna de las circunstancias anteriores, si bien cabe intuir que el eventual rechazo tabular se basaría en la presencia de un obstáculo que surge del Registro¹⁷⁶, en tanto en cuanto, al faltar el emplazamiento de los herederos desconocidos e inciertos y la notificación del procedimiento a la administración concernida con posibles derechos derivados del asiento registral de que se trate, se podría generar una vulneración del principio general de indefensión trasunto de una ruptura del tracto sucesivo registral¹⁷⁷, puesto que el título a inscribir se habría obtenido en un procedimiento judicial seguido contra una persona distinta del titular registral o sus posibles herederos (arts. 20 y 82.1 LH).

V.2. Reflexiones finales: retorno al punto de partida de un viaje para el que las alforjas fueron necesarias

Empezamos este trabajo partiendo de la clásica doctrina del TS, según la cual, y en defecto de administrador, debían de ser admitidas las demandas interpuestas contra la herencia yacente y los desconocidos e inciertos herederos, siempre que se emplazara a estos últimos por medio de edictos publicados en forma y cumpliendo la estricta jurisprudencia que requiere la observancia de rigurosos condicionamientos a fin de evitar un posible riesgo de indefensión. Y ahora, finalizamos este mismo trabajo concluyendo, de conformidad con el actual criterio del TS, que resultan admisibles las demandas que se dirijan contra la herencia yacente y los ignorados herederos de una persona fallecida sin testamento y sin parientes con derecho a suceder *ab intestato*, con tal de que se emplace edictalmente a éstos y se notifique al Estado o Comunidad Autónoma la pendencia del procedimiento.

Por lo tanto, salvo ciertas diferencias de matiz ya comentadas, se diría que las posturas jurisprudenciales mantenidas al principio y al final de todo este itinerario evolutivo, prácticamente coinciden y resultan muy similares. Parece que hemos transitado a lo largo de una suerte de proceso cíclico o movimiento pendular en el que, una vez

¹⁷⁶ En concreto, las RRDGSJFP 24 octubre 2022 (RJ 2022, 357420) y 2 diciembre 2022 (RJ 2022, 382847) señalan que el Registrador tiene la obligación de examinar si en el procedimiento han sido emplazados aquellos a quienes el Registro concede algún derecho que podría ser afectado por la sentencia, con el objeto de evitar su indefensión proscrita, ya que, precisamente, el art. 100 RH permite al Registrador calificar del documento judicial los obstáculos que surjan del Registro y, entre ellos, se encuentra la imposibilidad de practicar un asiento registral si no ha sido parte o no ha sido oído el titular registral en el correspondiente procedimiento judicial.

¹⁷⁷ Faus Pujol (2023: 8).

llegados al extremo diametralmente opuesto, se retorna al punto de partida para acabar en el mismo sitio donde se había comenzado. Entre medias, se desarrolla el periplo recorrido por la doctrina registral que, desde una inicial disrupción y ruptura con la tradicional jurisprudencia, empezó exigiendo indefectiblemente el nombramiento de un administrador judicial como requisito para considerar integrada la capacidad procesal de la herencia yacente, pasó a relajar o matizar dicha exigencia manteniéndola sólo para determinados casos a título subsidiario, y terminó por eliminarla completamente dejando de ser *conditio sine quae non*, ni siquiera subsidiaria, para acceder a la inscripción de lo ordenado judicialmente a resultas de un procedimiento seguido contra la herencia yacente.

Ante la progresión y regresión descrita, cabe preguntarse si para este viaje habríamos necesitado alforjas. A nuestro juicio, la respuesta a este interrogante debe ser positiva, ya que este *iter* doctrinal y jurisprudencial que se ha extendido a lo largo de casi veinte años contribuye a identificar el punto donde se ubica la línea divisoria que marca la frontera entre el ejercicio de la función jurisdiccional atribuida a los Tribunales de Justicia y la función calificadora correspondiente a los Registradores. La particular problemática sobre la capacidad procesal de la herencia yacente ha servido para ir más allá de este concreto problema y evidenciar la inconveniencia de postular una interpretación extensiva de los dictados del art. 100 RH, con base en la cual otorgar a la función calificadora de los documentos judiciales un alcance excesivo que podría llegar a invadir un campo exclusivamente reservado a la potestad jurisdiccional, tal y como es el examen sobre la corrección y eficacia de las medidas de notificación y emplazamiento legalmente previstas.

Tanto el TC como el TS, se han esforzado en construir una batería de múltiples y exigentes requisitos que necesariamente han de ser cumplidos cuando se utilizan los mecanismos de citación edictales, todo ello para asegurarse de que, con esta forma de emplazamiento, no se vulnera el principio de interdicción de indefensión, ni el derecho a la tutela judicial efectiva de los emplazados, pero, al mismo tiempo, tampoco se erige un obstáculo que impida al actor obtener la efectiva satisfacción judicial de sus derechos y pretensiones. Tal y como jurisprudencialmente se configura hoy en día la citación edictal, una vez demostrado que se han agotado las diligencias de averiguación tendentes a procurar la localización de los posibles herederos desconocidos e inciertos, este medio de comunicación procesal resulta suficientemente garantista para los derechos e intereses que aquéllos puedan tener en la herencia yacente, por lo que, en orden a conseguir, dicha

tutela, no es necesario realizar una interpretación correctora de los preceptos registrales dedicados a la calificación de los documentos judiciales y al tracto sucesivo, toda vez que no hay laguna protectora alguna que colmar¹⁷⁸.

Y es precisamente esta idea la que la STS 9 septiembre 2021 quiere poner de relieve y en valor: la suficiencia del emplazamiento edictal como instrumento apto para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de las personas a emplazar, siempre y cuando el actor se empeñe diligentemente en su identificación y localización, aunque no lo consiga. Quien pretenda demandar a una herencia yacente ha de emplearse con diligencia razonable (no necesariamente excesiva) a la hora de realizar todas las averiguaciones precisas para localizar el domicilio e identificar a los llamados como posibles herederos que en ese momento resulten desconocidos o inciertos. Si el demandante cumple con este nivel de diligencia, la relación jurídico procesal quedará correctamente constituida, ya se logre localizar o no a los llamados como potenciales herederos¹⁷⁹. En el supuesto de que las averiguaciones tuviesen éxito y se localizase a los eventuales herederos, entonces se deberá poner en su conocimiento la demanda dirigida contra la herencia yacente que les concierne, notificándoles la pendencia del procedimiento para que decidan si les conviene comparecer o no, aunque inapropiadamente la DGSJFP diga que lo procedente es interponer la demanda contra estos herederos. En la hipótesis de que no se haya conseguido identificar y localizar a los llamados como posibles herederos, pese a haberse agotado la debida diligencia en las averiguaciones, procederá su emplazamiento edictal, sin que ello represente riesgo alguno para la integridad de su derecho a la tutela judicial efectiva.

Y por si esta aplicación garantista que hacen los Tribunales del sistema de notificación edictal no fuese suficiente, cuando la demanda se entable contra la herencia yacente del fallecido sin otorgar testamento y sin que se conozcan parientes con derecho a suceder *ab intestato*, no basta con emplazar por edictos a los herederos desconocidos e inciertos. Además, habrá que notificar al Estado o a la Comunidad Autónoma la pendencia del procedimiento. Se añade, de este modo, otro trámite procesal que probablemente haya sido concebido con la intención de completar y reforzar la eficacia

¹⁷⁸ Carpi Martín (2014: 3375).

¹⁷⁹ Es decir, la exigencia de agotar las diligencias de averiguación para localizar a los herederos inciertos o desconocidos sería algo similar al cumplimiento de una obligación de medios y no de resultado. El actor, en este caso, debe emplearse diligentemente en utilizar todos los medios a su alcance para localizar e identificar a los posibles herederos, pero no se encuentra obligado a obtener el resultado de la efectiva identificación y localización.

garantista de los requisitos jurisprudencialmente exigidos para que sea válido el emplazamiento edictal de los herederos desconocidos e inciertos. La imposición de la obligación de notificar al Estado la pendencia de procedimiento constituye un claro indicio que revela la preocupación del TS por reaccionar frente a la sedicente insuficiencia de la citación edictal como instrumento idóneo para evitar una vulneración del principio de interdicción de la indefensión y una merma del derecho a la tutela judicial efectiva. Por mucho que se ignore quienes son los herederos de la persona fallecida sin otorgar testamento, y por mucho que no se conozcan parientes con derecho a la sucesión intestada, al final el Estado o la Comunidad Autónoma siempre estarán ahí perfectamente identificados y localizables para comparecer en el proceso en el que la herencia yacente ha sido demandada y actuar en defensa no sólo de los derechos que eventualmente les pudieran llegar a corresponder en la misma o de los derechos de la propia herencia en cuanto patrimonio relicto, sino igualmente en amparo de los derechos que los terceros ostenten sobre el mismo, toda vez que se les facilita ahora un claro punto de referencia al que dirigir sus pretensiones. Es cierto que el recurso a la aplicación del art. 150.2 LEC no es nuevo y que, incluso, la obligación de notificar al Estado la pendencia del procedimiento podría deducirse sin necesidad de establecerla expresamente. Ya hace tiempo, el TS reconoció en su ST 2 diciembre 1992 (RJ 1992, 10252) la legitimación de los llamados a la herencia para personarse y actuar en interés de la misma. Y ahora, como concreción de ello, el propio Tribunal, en su ST 9 septiembre 2021, especifica que deberá notificarse la pendencia del procedimiento entablado contra la herencia yacente a los llamados como posibles herederos que hayan sido efectivamente localizados e identificados a resultas de las diligencias de averiguación, quedando el emplazamiento edictal reservado subsidiaria y excepcionalmente para aquellos que no pudiesen ser localizados. Dado que el Estado o la Comunidad Autónoma poseen la condición de llamados como eventuales herederos, y dado que son sujetos perfectamente identificables y localizables sin emplear mucho esfuerzo en ello, la lógica silogística impone la necesidad de notificar a la Delegación de Economía y Hacienda correspondiente la pendencia del procedimiento seguido contra la herencia yacente, ya que la resolución que ponga fin al mismo puede afectarles. Sin perjuicio de ello, igualmente resulta cierto que el hecho de que el TS sancione expresamente la obligación de notificar a la Administración Pública la pendencia del procedimiento no está de más y nunca sobra, ya que clarifica totalmente la forma en la que el actor habría de proceder si no logra identificar a los eventuales herederos, eliminando así las posibles dudas que pudieran

existir al respecto. De igual modo, la exacción de este trámite procesal evidencia el firme propósito del TS por asegurar la efectiva realización del derecho a la tutela judicial efectiva de la herencia yacente y los llamados a la misma como posibles herederos, pero sin que ello se convierta, al mismo tiempo, en un obstáculo para la satisfacción de las pretensiones de la parte demandante, pues nos hallamos ante una carga realizable y asumible sin grandes costes o desproporcionados sacrificios.

Bibliografía

- ALBALADEJO GARCÍA, M. *Curso de Derecho Civil*. T.V. Derecho de sucesiones. 11ª ed. Edisofer. Madrid 2015 (436 pp.).
- ANDRADES NAVARRO, A. «La anotación preventiva de demanda». DEL REY BARBA y ESPEJO LERDO DE TEJADA (dirs.). *Tratado de Derecho Inmobiliario Registral*. T. II. *Tirant lo Blanch*. Valencia 2021 (pp. 2526-2562).
- AÑÓN CALVETE, J. «Demanda contra herencia yacente y desconocidos herederos. Comentario a la Sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 9 de septiembre de 2021». *Actualidad Civil*, nº 12, diciembre 2021 (pp. 1-13).
- ÁVILA DE ENCÍO, J. M. «Representación y emplazamiento de la herencia yacente. Sucesión procesal por causa de muerte (art. 16 LEC)». *Revista de Derecho vLex*, nº 190, marzo 2020 (pp. 1-19).
- BERNABÉU PÉREZ, I. C. «El acceso al Registro de la Propiedad de títulos judiciales, cuando el demandado es la herencia yacente: necesidad de nombramiento de administración judicial». *Revista Práctica de los Tribunales*, nº 79, febrero 2011 (pp. 52-53).
- CABANAS TREJO, R. «Interpretación correctora de la ley y calificación registral, Tribunal Supremo dixit (sentencia de 15 de diciembre de 2021)». *El Notario del Siglo XXI*, nº 101, ene-feb 2022 (pp. 1-6).
- CALAZA LÓPEZ, S. «La intervención y administración judicial de la herencia». *RCDI*, sept-oct. 2014, nº 745 (pp. 2553-2594).
- CARPI MARTÍN, Mª R. «La herencia yacente como parte demandada. Cuatro odiseas procesales». *RCDI*, nov-dic 2014, nº 746 (pp. 3363-3377).
- CASTRO SÁENZ, A. *La herencia yacente en relación con la personalidad jurídica*. Universidad de Sevilla 1998 (271 pp.).
- «Nueva aproximación a la herencia yacente desde la perspectiva civil». *AFDUC*, 2000, nº 4, (pp. 623-630).
- «Un acercamiento civilístico a la herencia yacente». *AFDUC*, 2000, nº 4 (pp. 617-621).
- CHICO Y ORTÍZ, J. Mª. *Estudios sobre Derecho hipotecario*. T. I. Marcial Pons. Madrid 1994 (925 pp.).
- CORDÓN MORENO, F. «Estatuto procesal de la herencia yacente». *Ga-p*, enero 2022 (pp. 1-7).
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. *Compendio de Derecho Sucesorio*. 2ª ed. La Ley. Madrid 1999 (469 pp.).
- DE PABLO CONTRERAS, P. «Comentario al art. 18 LH». ALBALADEJO Y DÍAZ ALABART (dirs.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. T. VII. Vol. 4º. Arts. 18 a 41 LH. Edersa. Madrid 1999 (pp. 1- 54).

- DEL REY BARBA, S. «La calificación registral». Del Rey Barba y Espejo Lerdo de Tejada (dirs.). *Tratado de Derecho Inmobiliario Registral*. T. II. Tirant lo Blanch. Valencia 2021 (pp. 1361-1453).
- DÍAZ FRAILE, J. M^a. «La calificación de los documentos judiciales en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria». *ADC*. T. LXX, ene-mar 2017 (pp. 217-252).
- DÍAZ MARTÍNEZ, A. *De la herencia yacente a la aceptación tácita. Reclamaciones patrimoniales de terceros*. Aranzadi-Thomson-Reuters. Cizur Menor 2010 (359 pp.).
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. IV. 10^a ed. Tecnos. Madrid 2006 (555 pp.).
- *Sistema de Derecho Civil*. Vol. IV. T. 2. 12^a ed. Tecnos. Madrid 2017 (307 pp.).
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. «Comentario al art. 42 LH». DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.). *Comentarios a la Ley Hipotecaria*. Aranzadi-Thomson-Reuters. 2^a ed. Cizur Menor 2016 (pp. 681-706).
- FAUS PUJOL, M. «Herencia yacente». *Revista Práctica de Derecho de Sucesiones vLex*, marzo 2023, (pp. 1-18).
- FUENTES MARTÍNEZ, J. J. «La sucesión y la institución hereditaria». Delgado de Miguel (dir.). *Instituciones de Derecho Privado*. Thomson-Civitas. Madrid 2004 (pp. 21-295).
- GARCÍA GARCÍA, J. M. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*. T. III. Civitas. Madrid 2002 (1515 pp.).
- *Legislación hipotecaria y del crédito inmobiliario. Jurisprudencia y comentarios*. T. I. Civitas-Thomson-Reuters. Cizur Menor 2019 (1759 pp.).
- *Legislación hipotecaria y del crédito inmobiliario. Jurisprudencia y comentarios*. T. II. Civitas-Thomson-Reuters. Cizur Menor 2019 (2420 pp.).
- GARCÍA GOLDAR, M. *La liquidación de la herencia en el Código Civil español. Especial referencia a las deudas sucesorias desconocidas o sobrevenidas*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid 2019 (566 pp.).
- GARCÍA HERRERA, V. *La usucapión a favor de la herencia yacente*. Dykinson. Madrid 2008 (486 pp.).
- GASCÓN INCHAUSTI, F. «Capacidad para ser parte, capacidad procesal y legitimación de la herencia yacente». *Tribunales de Justicia*, 2001-12 (pp. 103-107).
- GITRAMA GONZÁLEZ, M. *La administración de la herencia en el Derecho español*. Edersa. Madrid 1950 (458 pp.).
- GOMÁ LANZÓN, I. «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de septiembre de 2021. Calificación registral de documento judicial con emplazamiento de la herencia yacente». YZQUIERDO TOLSADA (dir.). *Comentarios a las Sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*. Vol. 13, 2021/2022. Dykinson. Madrid 2022 (pp. 353 y ss.).
- GÓMEZ GÁLLIGO, J. «La calificación registral». *Lunes 4.30*, n^o 463, junio 2009 (pp. 19-66).
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V. «El procedimiento registral y su revisión judicial: análisis de su práctica». Larrosa Amante (dir.). *Derecho Inmobiliario: problemática actual*. T. II. Ed. Consejo General Poder Judicial. Madrid 2010 (pp. 945-1306).
- «Herencia yacente y tracto registral». Domínguez Luelmo y García Rubio (dirs.). *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber amicorum Teodora F. Torres García*. La Ley. Madrid 2014 (pp. 599-613).
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V. Y RAGA SASTRE, N. *El procedimiento registral y su revisión judicial: fundamentos y práctica*. Lex Nova. Valladolid 2010 (443 pp.).

- GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A. Y MONJE BALMASEDA, O. «La administración y representación de la herencia en el Derecho español». LLEDÓ YAGÜE, FERRER VANRELL, TORRES LANA (dirs.). *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*. Dykinson. Madrid 2015 (pp. 11-54).
- HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M^a D. *La herencia yacente*. Bosch. Barcelona 1995 (284 pp.).
- «Algunos aspectos sobre la herencia yacente». *RDP*, junio 2002 (pp. 460-476).
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. R. *Calificación registral de documentos que tienen origen en decisiones judiciales*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid 1996 (pp. 396).
- LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho Civil*. T. V. Sucesiones. 4^a ed. Dykinson. Madrid 2009 (462 pp.).
- LASARTE ÁLVAREZ, C. *Principios de Derecho Civil. Derecho de sucesiones*. T. VI. 16^a ed. Marcial Pons. Madrid 2020 (350 pp.).
- LASO BAEZA, V. «La inscripción de sentencia judicial firme frente a titulares registrales no emplazados y la posición de la Dirección General y del Tribunal Supremo». *RCDI*, mar-ab. 2014, n^o 742 (pp. 785-794).
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, M^a L. «Las anotaciones preventivas». DEL REY BARBA y ESPEJO LERDO DE TEJADA (dirs.). *Tratado de Derecho Inmobiliario Registral*. T. II. *Tirant lo Blanch*. Valencia 2021 (pp. 2144-2177).
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M. «La calificación registral de las resoluciones registrales. Notas críticas». *Teoría y Derecho*, n^o 5, 2009 (pp. 93-99).
- MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M. «La herencia yacente». Gete-Alonso Calera (dir.). *Tratado de Derecho de Sucesiones*. T. I. 2^a ed. Civitas-Thomson-Reuters. Cizur Menor 2016 (pp. 159-185).
- MARIÑO PARDO, F. «¿Es procedente nombrar judicialmente un administrador a la herencia yacente?». *Iuris Prudente*. Blog, 4 diciembre 2021.
- MARTÍN MARTÍN, A. J. *Última jurisprudencia sobre calificación registral del documento judicial*. Colegio Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid 2015 (pp. 408).
- MARTÍNEZ DE SANTOS, A. «¿Se ha transformado la calificación registral en una cuarta instancia judicial?». *Diario La Ley*, n^o 9205, mayo 2018 (pp. 1-16).
- MARTÍNEZ ESPÍN, P. «Anotación preventiva de embargo frente a herencia yacente». *CCJC*, n^o 92, mayo-agosto 2013 (pp. 436-445).
- MARTÍNEZ SANTIAGO, J. M^a. «Comentario al art. 20 LH». Albaladejo y Díaz Alabart (dirs.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. T. VII. Vol. 4^o. Arts. 18 a 41 LH. Edersa. Madrid 1999 (pp. 57-134).
- MARTÍNEZ VALERO, L. «El tratamiento procesal de la herencia yacente». *Boletín de Derecho Privado*, n^o 2, enero 2023 (pp. 26-36).
- MATEO VILLA, I. «Comentario al art. 18 LH». Domínguez Luelmo (dir.). *Comentarios a la Ley Hipotecaria*. Aranzadi-Thomson-Reuters. 2^a ed. Cizur Menor 2016 (pp. 349- 366).
- MIÑANA LLORÉNS, V. «Estudio procesal de la herencia yacente en el proceso civil». Castillo Martínez y Longás Pastor (dirs.). *Cuestiones prácticas de Registro de la Propiedad y administración de justicia*. Tirant lo Blanch. Valencia 2022 (versión electrónica).
- MONJE BALMASEDA, O. *La herencia yacente*. Dykinson. Madrid 2001 (408 pp.)
- PARDO MUÑOZ, F. J. *Eficacia registral de las resoluciones judiciales dictadas en procesos civiles seguidos contra la herencia yacente, comunidad hereditaria o herederos desconocidos, ignorados o inciertos de una persona fallecida*.

- RRDGRN de 19 de agosto de 2010 y 10 de enero de 2011. Referencia a la hipoteca inversa.* Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid 2011 (172 pp.).
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. *Derechos reales. Derecho hipotecario.* 4ª ed. T. II. Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad. Centro de Estudios Registrales. Madrid 2001 (675 pp.).
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. ET AL. *Curso de Derecho Civil (V). Derecho de Sucesiones.* Edisofer. Madrid 2022 (479 pp.).
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C. «Documentos judiciales, herencia yacente y Registro de la Propiedad». *RADP*, septiembre-diciembre 2013, nº 32 (pp. 47-73).
- POVEDA DÍAZ, J. «La calificación de los documentos judiciales». *Protección registral de los derechos reales y tutela judicial efectiva.* Consejo General del Poder Judicial. Madrid 1999 (pp. 40-56).
- RAMOS MÉNDEZ, F. *La anotación preventiva de demanda.* Bosch. Barcelona 1980 (235 pp.).
- RIVAS MARTÍNEZ, J. J. *Derecho de sucesiones. Común y Foral.* T. I. 4ª ed. Dykinson. Madrid 2009 (1113 pp.).
- ROCA SASTRE, R. Mª ET AL. *Derecho hipotecario.* T. I. Bosch. Barcelona 2008 (9ª edic.) (704 pp.).
- RODRÍGUEZ OTERO, L. *Instituciones de Derecho hipotecario.* 1ª parte. 2ª ed. Bosch. Barcelona 2012 (378 pp.).
- ROMERO COLOMA, A. Mª. «En torno a la problemática de la herencia yacente». *RCDI*, nov-dic. 1997, nº 643 (pp. 2217-2225).
- ROYO MARTÍNEZ, M. *Derecho sucesorio mortis causa.* Edelce. Sevilla 1951 (375 pp.).
- SÁNCHEZ CALERO, F. J. «La dinámica del proceso sucesorio». Sánchez Calero (coord.). *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de Familia y Sucesiones.* 11ª ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2022 (pp. 403-409).
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. *La herencia yacente (Vertientes personal y patrimonial).* Tirant lo Blanch. Valencia 1997 (455 pp.).
- TORRES MALDONADO, M. A. «¿Derechos sin sujeto? A propósito de la herencia yacente». *Derecho y Cambio Social*, año 9, nº 30, 2012 (pp. 1-22).

Relación jurisprudencial

Tribunal Constitucional

- STC 8 marzo 1999 (RTC 1999, 26)
- STC 13 noviembre 2000 (RTC 2000, 268)
- STC 12 febrero 2001 (RTC 2001, 34)
- STC 17 septiembre 2001 (RTC 2001, 185)
- STC 15 julio 2002 (RTC 2002, 149)
- STC 16 septiembre 2002 (RTC 2002, 162)
- STC 25 noviembre 2002 (RTC 2002, 216)
- STC 2 junio 2003 (RTC 2003, 102)
- STC 14 julio 2003 (RTC 2003, 138)
- STC 29 noviembre 2004 (RTC 2004, 225)
- STC 14 diciembre 2015 (RTC 2015, 266)
- STC 24 febrero 2020 (RTC 2020, 26)

Tribunal Supremo

- STS 21 junio 1943 (RJ 1943, 838)

STS 10 noviembre 1981 (RJ 1981, 4471)
STS 20 septiembre 1982 (RJ 1982, 4920)
STS 12 marzo 1987 (RJ 1978, 1435)
STS 7 mayo 1990 (RJ 1990, 3689)
STS 21 mayo 1991 (RJ 1991, 3379)
STS 2 diciembre 1992 (RJ 1992, 10252)
STS 31 enero 1994 (RJ 1994, 643)
STS 27 diciembre 1994 (RJ 1994, 10326)
STS 24 marzo 1995 (RJ 1995, 2397)
STS 19 febrero 1998 (RJ 1998, 638)
STS 29 junio 1998 (RJ 1998, 5293)
STS 6 noviembre 1998 (RJ 1998, 8166)
STS 16 noviembre 2000 (RJ 2000, 9236)
STS 15 diciembre 2000 (RJ 2000, 10394)
STS 14 mayo 2001 (RJ 2001, 6208)
STS 3 diciembre 2001 (RJ 2002, 2198)
STS 13 febrero 2003 (RJ 2003, 1017)
STS 14 mayo 2003 (RJ 2003, 4754)
STS 4 marzo 2005 (RJ 2005, 1777)
STS 2 marzo 2006 (RJ 2006, 5445)
STS 9 mayo 2007 (RJ 2007, 3104)
STS 6 septiembre 2007 (RJ 2007, 5440)
STS 22 septiembre 2008 (RJ 2008, 5776)
ATS 27 noviembre 2008 (ECLI:ES:2008:11429A)
STS 28 julio 2009 (RJ 2009, 4579)
STS 30 junio 2010 (RJ 2010, 5695)
STS 25 noviembre 2010 (RJ 2011, 1986)
STS 3 marzo 2011 (RJ 2011, 2623)
STS 21 octubre 2013 (RJ 2014, 435)
STS 21 noviembre 2017 (RJ 2017, 5276)
STS 6 febrero 2020 (RJ 2020, 219)
STS 9 septiembre 2021 (RJ 2021, 4003)
STS 15 diciembre 2021 (RJ 2021, 5509)
STS 17 diciembre 2021 (RJ 2022, 134)
STS 21 septiembre 2023 (RJ 2023, 4708)

Audiencias Provinciales

SAP Valencia 1992 (AC 1992, 1287)
SAP Huelva 24 junio 1993 (AC 1994, 1147)
SAP Cáceres 5 abril 1995 (AC 1995, 668)
SAP Girona 17 abril 1998 (AC 1998, 807)
SAP Burgos 14 julio 1998 (AC 1998, 6163)
SAP Madrid 24 septiembre 1998 (AC 1998, 7264)
SAP Córdoba 12 julio 1999 (AC 1999, 1429)
SAP Almería 21 enero 2000 (AC 2000, 692)
SAP Sevilla 6 marzo 2000 (AC 2000, 2171)
SAP Asturias 28 junio 2001 (AC 2011, 2026)
SAP Palencia 6 mayo 2002 (AC 2002, 1039)
SAP Alicante 4 octubre 2002 (AC 2002, 1769)
SAP La Rioja 11 octubre 2002 (AC 2002, 2231)

SAP Badajoz 12 diciembre 2002 (JUR 2003, 78208)
 SAP Asturias 21 febrero 2003 (AC 2003, 315)
 SAP Sevilla 9 octubre 2003 (JUR 2003, 270921)
 SAP Vizcaya 21 abril 2004 (JUR 2004, 296226)
 SAP Asturias 23 noviembre 2004 (JUR 2005, 82916)
 SAP Barcelona 30 abril 2010 (JUR 2010, 240583)
 SAP Alicante 14 diciembre 2011 (JUR 2012, 81863)
 SAP Guadalajara 24 junio 2014 (JUR 2014, 191542)
 AAP Asturias 19 enero 2018 (JUR 2018, 69223)
 SAP A Coruña 19 abril 2018 (AC 2018, 1218)
 SAP La Rioja 16 enero 2020 (JUR 2020, 11187)
 SAP Teruel 17 junio 2020 (JUR 2020, 314903)
 SAP Almería 7 noviembre 2023 (JUR 2024, 28509)

Dirección General de los Registros y del Notariado
Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

RDGRN 15 septiembre 2001 (RJ 2002, 2412)
 RDGRN 27 noviembre 2001 (RJ 2002, 5363)
 RDGRN 27 octubre 2003 (RJ 2003, 7669)
 RDGRN 25 junio 2005 (RJ 2005, 5398)
 RDGRN 24 febrero 2006 (RJ 2006, 10139)
 RDGRN 18 noviembre 2006 (RJ 2006, 8919)
 RDGRN 21 febrero 2007 (RJ 2007, 1579)
 RDGRN 5 noviembre 2007 (RJ 2007, 9253)
 RDGRN 20 noviembre 2007 (RJ 2008, 387)
 RDGRN 2 octubre 2008 (RJ 2009, 628)
 RDGRN 17 marzo 2009 (RJ 2009, 1866)
 RDGRN 27 julio 2010 (RJ 2010, 5136)
 RDGRN 19 agosto 2010 (RJ 2010, 5011)
 RDGRN 20 agosto 2010 (RJ 2010, 5012)
 RDGRN 10 enero 2011 (RJ 2011, 3433)
 RDGRN 20 agosto 2010 (RJ 2010, 5012)
 RDGRN 22 enero 2011 (RJ 2011, 2465)
 RDGRN 10 enero 2011 (RJ 2011, 3433)
 RDGRN 3 mayo 2011 (RJ 2011, 3128)
 RDGRN 24 junio 2011 (RJ 2011, 4761)
 RRGRN 9 julio 2011 (RJ 2012, 3178)
 RDGRN 2 septiembre 2011 (RJ 2012, 2570)
 RDGRN 8 septiembre 2011 (RJ 2015, 6036)
 RDGRN 8 noviembre 2011 (RJ 2011, 2582)
 RDGRN 23 octubre 2012 (RJ 2012)
 RDGRN 28 noviembre 2012 (RJ 2013, 705)
 RDGRN 9 mayo 2013 (RJ 2013, 4836)
 RDGRN 27 mayo 2013 (RJ 2013, 5424)
 RDGRN 12 julio 2013 (RJ 2013, 6677)
 RDGRN 8 mayo 2014 (RJ 2014, 3250)
 RDGRN 12 junio 2014 (RJ 2014, 4616)
 RDGRN 16 junio 2014 (RJ 2014, 4179)
 RDGRN 27 junio 2014 (RJ 2014, 4473)
 RDGRN 11 noviembre 2014 (RJ 2014, 6411)

RDGRN 5 marzo 2015 (RJ 2015, 6511)
RDGRN 17 julio 2015 (RJ 2015, 4050)
RDGRN 8 septiembre 2015 (RJ 2015, 6036)
RDGRN 19 septiembre 2015 (RJ 2015, 5082)
RDGRN 22 octubre 2015 (RJ 2015, 6042)
RDGRN 9 diciembre 2015 (RJ 2015, 6351)
RDGRN 17 marzo 2016 (RJ 2016, 3225)
RDGRN 17 mayo 2016 (RJ 2016, 3986)
RDGRN 8 septiembre 2016 (RJ 2016, 4622)
RDGRN 23 septiembre 2016 (RJ 2016, 5268)
RDGRN 4 octubre 2016 (RJ 2016, 5001)
RDGRN 11 octubre 2016 (RJ 2016, 5017)
RDGRN 15 noviembre 2016 (RJ 2016, 5929)
RDGRN 15 noviembre 2016 (RJ 2016, 5928)
RDGRN 15 noviembre 2016 (RJ 2016, 6059)
RDGRN 3 abril 2017 (RJ 2017, 2339)
RDGRN 25 abril 2017 (RJ 2017, 1889)
RDGRN 26 abril 2017 (RJ 2017, 1886)
RDGRN 19 mayo 2017 (RJ 2017, 2513)
RDGRN 22 mayo 2017 (RJ 2017, 2519)
RDGRN 7 junio 2017 (RJ 2017, 4083)
RDGRN 22 junio 2017 (RJ 2017, 3925)
RDGRN 18 octubre 2017 (RJ 2017, 5860)
RDGRN 20 octubre 2017 (RJ 2017, 5851)
RDGRN 14 noviembre 2017 (RJ 2017, 5207)
RDGRN 30 noviembre 2017 (RJ 2017, 5468)
RDGRN 1 diciembre 2017 (RJ 2017, 5682)
RDGRN 18 diciembre 2017 (RJ 2017, 5842)
RDGRN 15 febrero 2018 (RJ 2018, 800)
RDGRN 14 marzo 2018 (RJ 2018, 1209)
RDGRN 9 julio 2018 (RJ 2018, 3491)
RDGRN 10 julio 2018 (RJ 2018, 3493)
RDGRN 20 julio 2018 (RJ 2018, 3179)
RDGRN 7 septiembre 2018 (RJ 2018, 4105)
RDGRN 15 noviembre 2018 (RJ 2018, 5215)
RDGRN 12 diciembre 2018 (RJ 2018, 5622)
RDGRN 21 junio 2019 (RJ 2019, 3475)
RDGRN 4 julio 2019 (RJ 2019, 3362)
RDGRN 26 julio 2019 (RJ 2019, 4247)
RDGRN 6 septiembre 2019 (RJ 2019, 4480)
RDGRN 6 septiembre 2019 (RJ 2019, 4732)
RDGRN 22 septiembre 2019 (RJ 2019, 4406)
RDGRN 23 septiembre 2019 (RJ 2019, 4406)
RDGRN 15 octubre 2019 (RJ 2019, 4740)
RDGRN 4 noviembre 2019 (RJ 2019, 4765)
RDGSJFP 20 julio 2020 (RJ 2020, 3037)
RDGSJFP 10 agosto 2020 (RJ 2020, 3568)
RDGSJFP 16 septiembre 2020 (RJ 2020, 3863)
RDGSJFP 30 septiembre 2020 (RJ 2020, 3684)
RDGSJFP 19 octubre 2020 (RJ 2020, 3973)

RDGSJFP 26 noviembre 2020 (RJ 2020, 5507)
RDGSJFP 14 enero 2021 (RJ 2021, 215)
RDGSJFP 28 enero 2021 (RJ 2021, 503)
RDGSJFP 18 febrero 2021 (RJ 2021, 989)
RDGSJFP 11 marzo 2021 (RJ 2021, 1554)
RDGSJFP 14 abril 2021 (RJ 2021, 1612)
RDGSJFP 18 mayo 2021 (RJ 2021, 3471)
RDGSJFP 1 julio 2021 (RJ 2021, 3916)
RDGSJFP 7 julio 2021 (RJ 2021, 4158)
RDGSJFP 14 julio 2021 (RJ 2021, 4155)
RDGSJFP 23 julio 2021 (RJ 2021, 3937)
RDGSJFP 14 octubre 2021 (RJ 2021, 5548)
RDGSJFP 25 octubre 2021 (RJ 2021, 5545)
RDGSJFP 17 noviembre 2021 (RJ 2022, 1223)
RDGSJFP 13 julio 2022 (RJ 2022, 5150)
RDGSJFP 19 julio 2022 (RJ 2022, 5196)
RDGSJFP 24 octubre 2022 (RJ 2022, 357420)
RDGSJFP 24 octubre 2022 (RJ 2023, 5369)
RDGSJFP 16 noviembre 2022 (RJ 2023, 5403)
RDGSJFP 2 diciembre 2022 (RJ 2022, 382847)
RDGSJFP 2 diciembre 2022 (RJ 2023, 5426)
RDGSJFP 14 febrero 2023 (RJ 2023, 1406)
RDGSJFP 25 julio 2023 (RJ 2023, 362562)
RDGSJFP 3 septiembre 2023 (RJ 2023, 600)
RDGSJFP 21 febrero 2024 (JUR 2024, 83692)

RESISTENCIA DE LA FIANZA A LA EXONERACIÓN DEL DEUDOR Y OBJETIVOS DEL MECANISMO DE SEGUNDA OPORTUNIDAD

Resistance of the guarantee to the exoneration of the debtor and objectives of the «fresh start» process

IGNACIO HERNÁNDEZ MENI

ignacio.meni@gm.uca.es

Doctorando en Derecho. Abogado
Universidad de Cádiz

Cómo citar / Citation

Hernández Meni, I. (2024).

Resistencia de la fianza a la exoneración del deudor y objetivos del mecanismo de segunda oportunidad

Cuadernos de Derecho Privado, 9, pp. 76-98

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.62>

(Recepción: 04/07/2024; aceptación: 02/09/2024; publicación: 02/09/2024)

Resumen

El artículo 492 TRLC 2022¹ suprime la accesoriedad de la fianza en el supuesto de exoneración de la deuda al obligado principal. De esta forma, pese a que la obligación principal se extingue, el fiador sigue obligado en los términos iniciales frente al acreedor garantizado. Mediante el presente trabajo pretendemos exponer algunas reflexiones sobre esta decisión del legislador. Por un lado, abordaremos el significado y contenido que tiene la accesoriedad en la fianza, para determinar si esta regla concursal respeta la naturaleza del instituto. Por otro lado, expondremos cuáles son los objetivos del proceso concursal de persona física y, concretamente, cuál es la finalidad o el espíritu del mecanismo de segunda oportunidad. Ciertas voces en la doctrina defienden la resistencia de la fianza a la exoneración del deudor por el objetivo de satisfacer a los acreedores que tiene la garantía. No obstante, debe analizarse también que la segunda oportunidad pretende constituir un mecanismo de protección para las familias. En consecuencia, ¿deben recibir el mismo tratamiento todo tipo de fiadores ante el evento de la exoneración del deudor? ¿Es necesario proteger a los fiadores familiares del obligado principal?

En el presente trabajo se entrelazarán, en definitiva, la naturaleza accesoria de la fianza con la finalidad del mecanismo de segunda oportunidad, con el objeto de pronunciarnos

¹ Se emplea esta referencia, a efectos de simplificación, a lo largo de todo el trabajo, para aludir a la versión vigente de los preceptos del TRLC, tras la reforma operada por la Ley 16/2022 de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), en adelante, Ley 16/2022.

Se sigue, en este sentido, la referencia «TRLC 2022» empleada en Fortea Gorbe (2022: 265).

acerca de una regla positiva que, *a priori*, altera la esencia de la fianza tal como la conocíamos hasta ahora.

Palabras clave

Exoneración; fianza; segunda oportunidad; deudor persona física; insolvencia.

Abstract

Article 492 of the TRLC 2022 eliminates the accessory nature of the guarantee in the event of debt discharge for the principal debtor. Thus, despite the extinction of the principal obligation, the guarantor remains obligated under the initial terms to the secured creditor. This paper aims to present some reflections on this legislative decision. On one hand, we will address the meaning and content of accessory nature in guarantees, to determine whether this insolvency rule respects the nature of the institution. On the other hand, we will outline the objectives of the individual insolvency process, specifically the purpose or spirit of the *fresh start* process. Some voices in the doctrine defend the resistance of the guarantee to the debtor's discharge due to the objective of satisfying creditors that the guarantee aims to achieve. However, it must also be analyzed that the *fresh start* aims to constitute a protection mechanism for families. Consequently, should all types of guarantors receive the same treatment in the event of debtor discharge? Is it necessary to protect family guarantors of the principal debtor?

Ultimately, this paper will interweave the accessory nature of the guarantee with the purpose of the *fresh start*, to comment on a positive rule that, at first glance, alters the essence of the guarantee as we have known it until now.

Key words

Debt discharge; guarantee; fresh start; individual debtor; insolvency.

SUMARIO:

I.- EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA LIBERACIÓN DEL DEUDOR PERSONA FÍSICA Y DE LA POSICIÓN DEL FIADOR ANTE LA EXONERACIÓN DE LA DEUDA GARANTIZADA. II.- LOS OBJETIVOS DEL MECANISMO DE SEGUNDA OPORTUNIDAD DE PERSONAS FÍSICAS. III.- LA RELACIÓN ENTRE LA NATURALEZA DE LA FIANZA Y LA NATURALEZA DE LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO. IV.- CONCLUSIONES. *Bibliografía. Relación jurisprudencial.*

I. EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA LIBERACIÓN DEL DEUDOR PERSONA FÍSICA Y DE LA POSICIÓN DEL FIADOR ANTE LA EXONERACIÓN DE LA DEUDA GARANTIZADA

Desde el año 2008, tras los devastadores efectos que produjo la crisis económica en las sociedades de muchos países, desde organismos internacionales (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional) se recomendó a los Estados la articulación de mecanismos en sus respectivos ordenamientos, que permitiesen la liberación de deuda de las personas físicas.

Este encargo fue recogido por el legislador español que, desde el año 2013, por vía de modificaciones en la norma concursal, ha establecido mecanismos liberatorios para el deudor persona física («primero la remisión de la deuda», posteriormente el «beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho» y actualmente el derecho a la «exoneración del pasivo insatisfecho») con el objetivo de mitigar el rigor del principio de responsabilidad patrimonial universal, el cual impedía que en muchos casos los deudores insolventes pudiesen rehacer su vida después de problemas profesionales o personales, provocando que quedasen en consecuencia abocados a la exclusión social.

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, *de apoyo a los emprendedores y su internacionalización* (en adelante, Ley 14/2013) fue la primera norma en introducir la liberación de deuda del deudor persona física en nuestro ordenamiento, lo cual se llevó a cabo mediante la modificación del artículo 178 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC)², que pasó a albergar la «remisión» de las deudas insatisfechas por el concursado persona natural, siempre que no hubiese sido declarado culpable ni condenado por el delito del artículo 260 Código penal –u otro singularmente relacionado con el concurso–.

Seguidamente, el texto establecía dos vías de acceso a la mencionada remisión de las deudas insatisfechas –la liquidación de la masa activa, o el intento de acuerdo extrajudicial de pagos–, disponiéndose diferentes condiciones en cuanto a la cobertura del pasivo en función de la vía por la que accediese el deudor. Los créditos públicos quedaban fuera de la remisión de las deudas. El acuerdo extrajudicial de pagos, que se

² El tenor literal del precepto era el siguiente: «La resolución judicial que declare la conclusión del concurso del deudor persona natural por liquidación de la masa activa declarará la remisión de las deudas insatisfechas, siempre que el concurso no hubiera sido declarado culpable ni condenado por el delito previsto por el artículo 260 del Código Penal o por cualquier otro delito singularmente relacionado con el concurso y que hayan sido satisfechos en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados y, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios. Si el deudor hubiere intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos, podrá obtener la remisión de los créditos restantes si hubieran sido satisfechos los créditos contra la masa y todos los créditos concursales privilegiados».

configuró mediante la creación del Título X en la Ley Concursal, estaba reservado para personas físicas que tuviesen la condición de empresario.

Pese a las modificaciones introducidas por este texto normativo, hemos de señalar que no se configuraron en él los efectos que provocaba la «remisión» de las deudas insatisfechas en terceros obligados (codeudores solidarios, fiadores y avalistas), dejando este apartado sin regulación especial³. Esta omisión fue criticada por una parte de la doctrina, que denunció que el legislador dejara incompleto el mecanismo de segunda oportunidad, obviando una regulación tan necesaria en sede de insolvencias. Algunos autores se pronunciaron acerca del contenido que debía tener la regulación de los efectos de la exoneración sobre los fiadores⁴.

En efecto, esta laguna normativa abrió el debate sobre cómo aquella debía colmarse. Un sector doctrinal entendía que, ante la ausencia de regulación específica por el legislador, debía aplicarse el régimen general de la fianza (art. 1847 CC), y con base en ello, extinguida la deuda mediante remisión, quedaría extinguida también la obligación del fiador⁵.

El resultado práctico de la Ley 14/2013, en cuanto a la exoneración del deudor persona física, fue muy deficiente⁶. Prueba de ello es el reducido número de concursos de persona natural que se desarrollaron tras la publicación de la Ley⁷.

Más tarde, el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (en adelante Real Decreto Ley 1/2015)⁸ y la Ley a la que dio lugar –Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (en adelante Ley 25/2015)– regularon la exoneración del deudor persona física, independientemente de su condición o no de empresario. La «remisión»

³ Este extremo ya fue denunciado en su momento por Velasco Peche (2014:274).

⁴ Es el caso de Cuenca Casas, quien en aquel momento ya argumentaba que era necesario que la exoneración del pasivo insatisfecho no beneficiara a los fiadores, y que, por tanto, los acreedores mantuvieran su derecho de reclamación frente a aquellos. *Vid.* Cuenca Casas (2014.a:154): «(...) procede hacer una corrección y adaptación normativa de las garantías personales que permita que, a pesar de la exoneración del concursado, el acreedor pueda dirigir su acción contra el fiador».

⁵ Arjona Guajardo-Fajardo (2018:19-20)

⁶ En este sentido, Cuenca Casas (2016:579), apunta a la ineficiencia de la regulación como el motivo fundamental de la escasa acogida en el plano práctico.

⁷ Por ello, se entiende que el mecanismo de segunda oportunidad de personas físicas no queda plenamente desarrollado hasta la publicación de la Ley 25/2015, de 27 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (en adelante, Ley 25/2015).

⁸ Sobre las críticas a esta norma, *vid.* Carrasco Perera (2015.a:2)

de la deuda pasa a denominarse «beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho», que se introduce en el artículo 178 *bis* LC.

El Real Decreto Ley 1/2015 no se pronunció sobre la acción de regreso del fiador, por lo que, en aplicación de las normas de Derecho común, este podía ejercer la misma una vez realizado el pago, pese a que el deudor de la obligación garantizada hubiese obtenido el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. Sin embargo, la Ley 25/2015, modificó el artículo 178 *bis* LC, añadiendo un nuevo contenido al apartado quinto del precepto, mediante el que incorporó que los fiadores, además de no poder valerse de la exoneración obtenida por el concursado⁹, tampoco podrán «subrogarse por el pago posterior a la liquidación en los derechos que el acreedor tuviese contra aquél, salvo que se revocase la exoneración concedida».

En la Ley 25/2015 sí se regularon los efectos de la exoneración de la deuda sobre los obligados solidarios, fiadores y avalistas, disponiéndose los mismos en el apartado quinto del artículo 178 *bis* LC. De manera expresa se indicaba: «Quedan a salvo los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho obtenido por el concursado ni subrogarse por el pago posterior a la liquidación en los derechos que el acreedor tuviese contra aquél, salvo que se revocase la exoneración concedida».

Posteriormente, con la promulgación del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal¹⁰ (en adelante, TRLC), la figura del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho quedó diseminada entre los artículos 486 a 502. Los efectos de la exoneración sobre los deudores solidarios, fiadores y avalistas, pasaron a recogerse en el artículo 502. El tenor literal del precepto era el siguiente: «[l]a exoneración no afectará a los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho obtenido por el deudor ni subrogarse por el pago posterior a la liquidación en los derechos que el acreedor tuviese contra aquél, salvo que se revocase la exoneración concedida»¹¹.

⁹ Decisión del legislador que ha sido calificada por una parte de la doctrina como un supuesto de excepción legal de la accesoriedad. *Vid.* Berrocal Lanzarot (2016:144)

¹⁰ Sobre esta reforma y sus objetivos, *vid.* Rodríguez de Quiñones (2019:3)

¹¹ Observamos como en los países de nuestro entorno la decisión del legislador ha sido similar. *Vid.* Arjona Guajardo-Fajardo (2018:18-19).

Sobre la posición de los fiadores en esta norma *vid.* Fernández Seijó (2021:794)

Por su parte, la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), en adelante, Directiva 1023/2019, estableció un marco de referencia para armonizar las legislaciones de los Estados miembros en materia de insolvencia y segunda oportunidad. Resulta relevante destacar el amplio margen que la norma dejó a los Estados miembros, en primer lugar porque la Directiva solo trata la regulación de la insolvencia de empresarios y profesionales, dando la posibilidad a que los Ordenamientos incluyan mecanismos de segunda oportunidad también para las personas físicas no empresarios; en segundo lugar, porque otorga amplio margen a los Estados para establecer los criterios oportunos para examinar la buena fe del deudor, así como para asignar la condición de no exonerable a determinados créditos.

La transposición de la Directiva a nuestro ordenamiento se ha llevado a cabo por medio de la Ley 16/2022. El legislador aprovechó la ocasión para realizar mejoras y ajustes que obedecían a propuestas recibidas tanto de la doctrina como del análisis de la jurisprudencia¹².

Uno de los bloques que más alteraciones experimenta en la Ley 16/2022 es precisamente el destinado a regular la insolvencia de las personas físicas y la exoneración del pasivo insatisfecho, anteriormente considerado como un beneficio (BEPI), y que ahora pasa a ser directamente un derecho del concursado¹³ (EPI).

Con la aprobación de la Ley 16/2022 los efectos de la exoneración sobre la fianza han sido establecidos en el artículo 492 TRLC 2022, que lleva por rúbrica «efectos de la exoneración sobre obligados solidarios, fiadores, avalistas, aseguradores y quienes, por

¹² Fernández Seijó (2021:989).

¹³ El principal efecto de este cambio lo manifiesta Cuenca Casas: «La principal novedad de la DRI se refiere a la configuración de la exoneración como un derecho, no como un beneficio o excepción. Este cambio se refleja en la propia Ley española, en la que se traslada a los acreedores o a la administración concursal la carga de probar que el deudor no es honesto, es decir, que concurre alguna circunstancia que permite cuestionar su buena fe». Cuenca y Fernández (2023: 50).

Tal como acertadamente expone Corbal Ibáñez de la Cadinière, «La exoneración del pasivo insatisfecho constituye un derecho del deudor a ser excepcionado de la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal (...) se enmarca en el sistema de ejecución de las obligaciones como excepción al derecho del acreedor a instar la ejecución sobre los bienes del deudor ex art. 1911 CC». Corbal Ibáñez de la Cadinière (2023:454).

disposición legal o contractual tengan obligación de satisfacer la deuda afectada por la exoneración». El precepto se divide en dos apartados:

1. *La exoneración no afectará a los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores, avalistas, aseguradores, hipotecante no deudor o quienes, por disposición legal o contractual, tengan obligación de satisfacer todo o parte de la deuda exonerada, quienes no podrán invocar la exoneración del pasivo insatisfecho obtenido por el deudor.*
2. *Los créditos por acciones de repetición o regreso quedarán afectados por la exoneración con liquidación de la masa activa o derivada del plan de pagos en las mismas condiciones que el crédito principal. Si el crédito de repetición o regreso gozare de garantía real será tratado como crédito garantizado.*

Pese a la evolución y las modificaciones legislativas en la configuración de la liberación del deudor persona física, la resistencia de la fianza a la extinción de la obligación garantizada ha sido una constante, desde la Ley 25/2015 hasta la actualidad.

En los siguientes epígrafes analizaremos los objetivos que plantea el mecanismo de segunda oportunidad y los pondremos en relación con la naturaleza de la fianza, para emitir un juicio acerca de esta decisión del legislador concursal.

II. LOS OBJETIVOS DEL MECANISMO DE SEGUNDA OPORTUNIDAD DE PERSONAS FÍSICAS

Al objeto de investigar cuáles son los objetivos del mecanismo de segunda oportunidad, hemos de acudir a la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 1/2015. De la lectura de la misma se extrae que mediante el mecanismo de segunda oportunidad se pretende equiparar a las personas físicas con las jurídicas, en cuanto a posibilidades de recuperación tras una situación de dificultad económica. Para ello resulta necesario que se reduzca el rigor de la responsabilidad patrimonial universal, del artículo 1911 Código Civil.

El rigor de este precepto implicaba que en muchos casos la persona física no pudiese rehacerse de una situación de endeudamiento, derivada de problemas familiares o empresariales. La atemperación del mismo viene motivada por la convicción de que la permanencia de la persona en ese estado no es beneficiosa, desde luego para ella, pero

tampoco para el desarrollo económico, ni para la sociedad en su conjunto. La imposibilidad de reinsertarse en el mercado productivo provocaba que estas personas se viesen abocadas a desenvolverse en la economía sumergida.

Se pretende que el endeudamiento no tenga un carácter estigmatizante, sino que sea concebido como un evento propio del mercado económico, del que cualquier sujeto pueda rehacerse, tras acogerse al procedimiento oportuno. Con todo, el legislador advierte de que con la habilitación de mecanismos liberatorios para el deudor no puede generarse un estado de alarma o incertidumbre en los acreedores, especialmente en las entidades financieras, ya que esto podría desembocar en el retraimiento del crédito, con los notables efectos negativos que ello produciría en el mercado económico. En consecuencia, se parte de la premisa de que debe seguir incentivándose el cumplimiento de las obligaciones y la cultura del pago.

En la exposición de motivos se señala como destinatario de la norma, no solo al deudor individualmente considerado, sino a las familias, como núcleo, con el objeto de que «los beneficios de la recuperación económica alcancen a todos los segmentos de la población¹⁴». Este objetivo de la norma alumbró el enfoque que estamos desarrollando en el presente trabajo, respecto de la posición que debe ocupar la fianza dentro del concurso del deudor garantizado.

Pese a que la finalidad del mecanismo de segunda oportunidad no recae sobre un sujeto individualmente considerado, sino que extiende sus efectos a un núcleo de personas («las familias»), ya hemos visto como el artículo 487 TRLC 2022 no contempla una distinción de tratamiento en función de si el fiador es familiar del deudor concursado, o si tiene otra condición, como la de fiador profesional.

¹⁴ «Tras el imprescindible saneamiento de una parte del sistema financiero español, la introducción de la segunda oportunidad, la mejora del funcionamiento del acuerdo extrajudicial de pagos y la ampliación del ámbito de aplicación del Código de Buenas Prácticas contribuirán a acelerar la caída de la ratio de endeudamiento de las familias españolas y las pequeñas y medianas empresas. Por último, en el presente contexto de consolidación del crecimiento económico, la rápida adopción de las medidas contenidas en el título I y en las concordantes disposiciones de la parte final de este real decreto-ley, que regulan determinados aspectos directamente relacionados con los previstos en el articulado, debe contribuir tan pronto como sea posible a que los beneficios de la recuperación económica alcancen a todos los segmentos de la población. Estas medidas estructurales se completan con la ampliación de otras coyunturales destinadas a proteger, en particular, a deudores en situación de especial vulnerabilidad. Aunque la mejoría del escenario económico general es apreciable, en el momento actual sigue siendo necesario hacer frente a la situación de aquellas familias que continúan sufriendo la adversidad económica, lo que justifica que se amplíe el ámbito subjetivo del Código de Buenas Prácticas y del plazo de suspensión de lanzamientos, cuya finalización es inminente». Boletín Oficial del Estado, 28 de febrero de 2015, núm. 51, Sec. I, p. 19063.

Esta omisión deliberada del legislador ya se puso de manifiesto durante la tramitación parlamentaria de la Ley. A continuación, vamos a sintetizar los principales argumentos que se emplearon a través de enmiendas y propuestas de veto:

- (i) Por diversos grupos parlamentarios, se alegó que no se estaba protegiendo el núcleo familiar cuando no se preveía la posibilidad de que la unidad familiar se sometiese al procedimiento de segunda oportunidad de manera conjunta, obligando a sus miembros a iniciar respectivos procedimientos individuales, con los correspondientes costes económico y temporal que ello supone¹⁵.
- (ii) Respecto de la desprotección que mantenían que sufría el fiador, las críticas brotaban de dos argumentos diferentes. De un lado, se tomaba en consideración que en un alto porcentaje de los casos se constituyen como fiadores del deudor principal familiares de este (caso prototípico de los padres que garantizan un préstamo solicitado por el hijo), por lo que, esgrimían, al dejar abierta la vía de ejecución a los acreedores frente a los garantes, en muchos casos se estará afectando negativamente a la economía familiar. De otro lado, se alegó que el mecanismo de segunda oportunidad no debía producir una concatenación de insolvencias en distintos sujetos (sanear al deudor principal dejando en insolvencia a su fiador), de manera que en lugar de obtenerse una recuperación económica lo que obtengamos sea la «cesión» de la insolvencia de un sujeto a otro¹⁶.

Siguiendo esta línea, se entendía merecedor de protección el fiador que guarda un estrecho vínculo con el deudor principal¹⁷. Por ello se realizaron propuestas dirigidas a

¹⁵ «(...) Tampoco se ofrece una protección integrada al núcleo familiar para que cada miembro de la familia no tenga que ir al acuerdo extrajudicial de pagos individualmente, con los consiguientes problemas de coordinación». Propuesta de veto número 1 del Grupo Parlamentario Socialista, BOCG, Senado, X Legislatura, Núm. 557, 7 de julio de 2015, p. 79.

¹⁶ «La situación de los fiadores y avalistas no puede ser una vía para ampliar la cadena de sujetos afectados por la insolvencia y que se ven arrastrados a la pérdida de su vivienda habitual. Se hace preciso simplificar el procedimiento eliminando la necesidad de acudir a sucesivos procesos concursales y procedimientos de exoneración del pasivo insatisfecho, disponiendo la posibilidad de acogerse a los beneficios dispuestos para el deudor principal en lo que resulte preciso para que los fiadores o avalistas no se vean afectados por un desahucio de su vivienda habitual». Propuesta de enmienda de UGT y COO, BOCG, Senado, X Legislatura, núm. 557, 7 de julio de 2015, pp. 111-112.

¹⁷ La protección que se sugiere en las enmiendas pasa por «recuperar» la accesoriedad de la fianza, perdida por la excepción legal llevada a cabo por la norma. Se trata de que los beneficios obtenidos por el deudor principal puedan comunicar efectos al fiador, de manera que la extinción de la deuda acaecida por la concesión al deudor del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho provoque la extinción de la obligación del fiador. Sin embargo, no se sugiere la aplicación automática del artículo 1847 Código Civil, sino que se pretende un control judicial de la accesoriedad, en el sentido de que sea el juez quien, a partir de la consideración de la persona del fiador y sus circunstancias económicas, decida si adquiere virtualidad

proteger al fiador con vínculo consanguíneo hasta el segundo grado con el deudor insolvente, o con vínculo de afinidad. En concreto, el texto propuesto en la enmienda número 4 fue el siguiente:

«Quedan a salvo los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho obtenido por el concursado, excepto las cantidades que no hayan podido satisfacerse con la ejecución de la vivienda habitual del deudor, que en cualquier caso quedan exoneradas. En todo caso, los fiadores o avalistas vinculados al deudor por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado podrán beneficiarse de la exoneración del pasivo insatisfecho obtenido por el concursado. Para acordar dicha exoneración, el juez deberá valorar la situación económica y patrimonial del fiador o avalista tras oír a los acreedores afectados y al mediador concursal»¹⁸.

De lo expuesto en este apartado se desprende que, pese a que en la exposición de motivos se manifiesta que la protección de la norma debe alcanzar a las familias, no se articula sin embargo ninguna regla dirigida al familiar del concursado que intercede como fiador de este. Pese a que esta circunstancia no pasó inadvertida, como acabamos de exponer, en la fase de tramitación parlamentaria, el legislador se mantuvo firme en su voluntad de establecer una regla de resistencia de la fianza a la exoneración del obligado

la accesoriadad (extinguendo la obligación del fiador) o si se mantiene la excepción legal de la accesoriadad, comunicando los beneficios recibidos por el deudor respecto de su garante.

¿Cuál es el argumento que subyace a la aplicación de la accesoriadad? Pues precisamente la contemplación en el fiador de las mismas necesidades que presenta el deudor al que se le concede el beneficio de exoneración. Es decir, si el garante es un particular que va a quedar en una situación de insolvencia (si no lo está ya), pudiendo incluso perder su vivienda habitual, lo que le haría desembocar en un procedimiento de segunda oportunidad propio, resulta aconsejable extender a la garantía las medidas aplicadas a la obligación principal. Estaríamos ante supuestos en los que los mismos motivos que llevan a la norma a introducir mecanismos que excepcionen el rigor de la responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 1911 CC) concurren también en el fiador. En esta línea, diferenciaríamos un escenario extraconcursal donde la accesoriadad está presente en la fianza de manera esencial/definiendo su funcionamiento, de otro escenario, marcado por la situación concursal del deudor, donde es necesario que el juez determine si se mantiene o no la accesoriadad, por existir otros intereses en juego, que trata de proteger la norma concursal. De esta manera, cuando concurren en el fiador las mismas circunstancias que motivaron al legislador para mitigar los duros efectos del artículo 1911 Código Civil, la accesoriadad deberá estar presente para ser un conductor de la exoneración entre el deudor y el fiador. En cambio, cuando por la condición del fiador o por sus circunstancias no se puedan apreciar en él los elementos que determinan la excepción del principio de responsabilidad patrimonial universal (esto es, la concesión de una segunda oportunidad), se suprimirá la accesoriadad de la fianza (excepción legal) para alcanzar otros legítimos intereses, como sería en este caso el derecho de crédito de los acreedores.

¹⁸ Enmienda nº4, GPMX, BOCG, Senado, X Legislatura, núm. 557 7 de julio de 2015, PP 88-89. En términos muy cercanos se expresan las propuestas de enmienda números 37 (GPMX), 53 (GPS), 105 (GPEPC), 152 (GPEPC) y 193 (GPCIU). BOCG, Senado, X Legislatura, núm. 557 7 de julio de 2015, pp. 79 y ss.

principal, lo cual obedece a su temor por los posibles efectos negativos que la liberación del fiador pudiese provocar en la concesión de crédito.

Para tener todas las herramientas para poder emitir un juicio acerca de la decisión del legislador concursal, hemos de completar nuestro estudio con el análisis de la naturaleza de la fianza y de la naturaleza de la exoneración del pasivo insatisfecho.

III. LA RELACIÓN ENTRE LA NATURALEZA DE LA FIANZA Y LA NATURALEZA DE LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO

Un sector mayoritario de la doctrina trata de armonizar la exoneración del pasivo insatisfecho con el artículo 1847 Código Civil argumentando que no se da el supuesto de hecho para que opere este precepto, ya que no estamos ante una extinción de la deuda sino ante una mera inexigibilidad de la misma¹⁹, que se concede exclusivamente al deudor en atención a sus particulares circunstancias²⁰. De esta manera se justifica que la fianza

¹⁹ Acoge esta posición la SAP Barcelona 27 diciembre 2018 (ECLI:ES:APB:2018:12965). En esta resolución, se afirma que «La facultad obtenida se configura como un derecho subjetivo, a través del cual, las obligaciones del deudor, le resultan inexigibles y ello sin perjuicio de la posibilidad de que, en un momento ulterior, pudieran resultar exigibles ante la revocación del beneficio obtenido, tras la reapertura del concurso». Sobre esta base se asienta la resolución de la controversia, por medio de la cual se estima parcialmente el crédito que ostenta el apelante, si bien se indica que, debido al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho obtenido por el deudor, tal crédito no podrá ser ejecutado por el acreedor salvo que se revoque el beneficio de exoneración referido.

²⁰ En este sentido se pronuncia Fachal Noguer (2022): «debemos entender que no nos hallamos, en puridad, ante un supuesto de extinción objetiva, sino de «inexigibilidad subjetiva» de la deuda. En una correcta comprensión del funcionamiento de la exoneración y de sus efectos, cabe sostener que el crédito no se extingue, sino que deviene inexigible exclusivamente frente al exonerado». Esta postura es compartida por Sendra Albiñana (2021:154): «De esta forma se supera la antigua tesis mantenida por algunos autores que se posicionaban a favor de la imposibilidad de la exigencia de la fianza para aquellos supuestos en que se había obtenido el beneficio al amparo del número 4 del apartado 3 del artículo 178 bis LC –vía automática equiparable hoy al régimen general del art. 488 TRLCon– por entender que la exoneración del pasivo insatisfecho implica la extinción de los créditos, manifestándose que "imperativamente" no puede subsistir la fianza sin deuda, y como ya expusimos en otras sedes nos mostramos contrarios a tal interpretación en tanto en cuanto parte de una premisa radicalmente opuesta a cuanto mantenemos, esto es, que el beneficio produce una extinción de los créditos objeto de exoneración siendo que a nuestro juicio tan sólo se produce una inexigibilidad de los mismos».

Al respecto, Senent Martínez (2020:2127), afirma que la exoneración del pasivo insatisfecho es una liberación de deuda de carácter excepcional y de aplicación restrictiva, que sólo puede incidir en el deudor principal, en la medida en que se le otorga con base en una situación y características propias, y con el objeto de obtener una finalidad determinada: recomponer su vida económica.

En un sentido similar, Fernández Pérez (2022:2032): «(...) nos encontramos en una situación en la que la deuda se sigue debiendo, pero no se puede exigir su pago al deudor que ha quedado exonerado; pero esto no impide que pueda exigirse su pago a terceros que, no podrán repetir contra el deudor, puesto que a él por el beneficio de la exoneración no le resultará exigible en ningún caso».

Desde la perspectiva de Sendra Albiñana (2016:149-158), la exoneración del pasivo insatisfecho no puede considerarse una forma de extinguir las obligaciones. Al contrario, considera que su naturaleza es la de «excepción personal» del deudor concedida *ex lege* en el ámbito concursal, en atención a la concurrencia de una serie de requisitos y circunstancias en la persona del concursado. Ello implica, –indica el autor– que este beneficio legal sólo pueda ser invocado por el deudor principal, al que se le permite desatender esa

resista a la exoneración de la deuda concedida al deudor, toda vez que esta sigue activa respecto de los fiadores.

Otro sector doctrinal afirma que con la exoneración del pasivo insatisfecho tiene lugar la extinción de la deuda. No obstante, considera justificado que la norma concursal introduzca un supuesto de excepción de la accesoriedad en la fianza, en atención a la protección de determinados objetivos que se pretenden alcanzar con el concurso de persona física²¹, como la satisfacción de los acreedores o la protección del sistema crediticio. En esta tesis se reconoce que se da el supuesto de hecho del artículo 1847 Código Civil, por lo que se considera necesaria la intervención expresa del legislador en este campo para que los efectos de la exoneración no comuniquen al fiador²².

Una tercera tesis cierra la puerta a la extensión de los efectos de la exoneración al fiador por un doble motivo. Por un lado, considera que la exoneración del pasivo es un beneficio personalísimo que sólo recae sobre el deudor en atención a sus particulares circunstancias²³ y, por el otro, sostiene que no se produce una extinción de la deuda sino

obligación, pero que, al mismo tiempo, sigan intactas las opciones de cobro del acreedor mediante la realización del patrimonio de los fiadores, toda vez que la deuda no ha quedado extinguida.

En similar sentido, *vid.* Hernández Rodríguez (2015:139).

²¹ Esta tesis es defendida por Cuenca Casas (2023:623) quien considera esta medida justificada por la finalidad de la garantía y necesaria en términos de protección del mercado crediticio. Indica la autora que, siendo la accesoriedad elemento caracterizador de las garantías personales, era imprescindible que el legislador de manera expresa introdujera esa regla para alcanzar los pretendidos efectos de protección del crédito. En su opinión, se trata de un efecto necesario que viene condicionado por la propia función que desempeñan de manera inherente las garantías personales: servir de refuerzo al acreedor frente al posible incumplimiento del deudor principal. Cuenca y Fernández (2023:623).

Mantiene también este criterio Garrido García (2014:337).

²² Partiendo de la necesidad de supresión expresa de la accesoriedad por el legislador para la inaplicación del artículo 1847 Código Civil, Serrano y Sánchez (2015), analizando los efectos de la Ley 25/2015, indicaban que la accesoriedad de la garantía estaba presente, con todos sus efectos propios, cuando la persona física se acogía al ordinal 4º del artículo 178 bis, ya que en este precepto no se recogía expresamente la resistencia de la fianza (parte de la doctrina lo achacó a una incorrección técnica del legislador).

En consecuencia, sostenían que el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho afectaba también al fiador o deudor de refuerzo, que debía ver reducida su obligación en la misma proporción. Para los autores, resultaba decisivo el carácter esencial de la accesoriedad de la fianza. Con base en ello, sostenían que la inaplicación de este elemento sólo cabe cuando de manera expresa lo sostenga la ley, interpretando que no se establecía dicho efecto por el legislador en el caso del apartado cuarto del artículo 178 bis, por lo que en ese caso procedía aplicar el régimen de la fianza del Código civil.

En este sentido, compartimos la opinión de Arjona Guajardo-Fajardo (2018: 24), quien, analizando la construcción a la que acabamos de aludir, indica que los autores realmente «van mas allá», llegando a manifestar que «la fianza sin deuda del afianzado no puede subsistir». Desde nuestra perspectiva, esta tesis sostiene como esencial el elemento de la accesoriedad, y lo hace resistente frente a las especialidades del concurso, haciéndolo valer mediante una concreta interpretación del precepto.

²³ Sobre el merecimiento del deudor como requisito para la aplicación de la exoneración *vid.* Cuenca Casas (2018.b:7), quien precisa que «...el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho no es un derecho de todo deudor insolvente, sino sólo de aquel que lo merezca». En similar sentido, *vid.* Senent Martínez (2020: 2127); Arjona Guajardo-Fajardo (2018: 19).

una mera prohibición de reclamar al obligado principal, permaneciendo activa la obligación respecto de los fiadores²⁴.

A mayor abundamiento, esta postura considera que también nos conduce a la resistencia de la fianza frente a la exoneración su naturaleza accesoria. Se sostiene que es la propia accesoriadad la que implica que se active la garantía cuando el acreedor no puede satisfacer su crédito con el patrimonio del deudor principal. Efectivamente, una concepción de la accesoriadad asociada a la causa general de garantía (reforzamiento del crédito) constituye un argumento para afirmar que la fianza debe activarse cuando se produce el incumplimiento del obligado principal, pese a que la obligación principal haya desaparecido²⁵.

La incomunicabilidad de las alteraciones experimentadas por la obligación del deudor principal –en virtud de institutos concursales– con la obligación del fiador, ha sido definida por algunos autores como supuestos de «excepción legal de la accesoriadad»²⁶. No obstante, debe analizarse también otra posición que transita por tratar la accesoriadad en relación con la causa específica de la fianza, la cual se pronuncia estableciendo que el fiador asume una obligación que se define *per relationem* con la del deudor y en régimen de comunicabilidad respecto de la obligación subyacente. Esta dimensión de la accesoriadad, de carácter material, provoca el efecto contrario, el cual es la atracción al fiador de las vicisitudes que experimente la obligación principal: en el caso de la exoneración, la extinción de la deuda provocaría la extinción de la fianza.

En nuestra opinión, la exoneración del pasivo insatisfecho del deudor concursado extingue la deuda, dado que se trata de un supuesto de condonación legal de la misma²⁷, siendo aplicable el artículo 1156 Código Civil, que propugna: «Las obligaciones se

²⁴ Esta es la posición que mantienen Puigcerver y Adam (2019:162-165).

²⁵ En esta línea, *vid.* Perdices Hueto (2005:15).

²⁶ *Vid.* Berrocal Lanzarot (2016:139); Cuenca Casas (2016: 623-634). La última autora citada sostiene que en caso contrario «se desnaturalizaría la esencia y la finalidad última de las garantías personales». En el mismo sentido, Senent Martínez (2020: 2131), indica que «(...) el régimen de garantías personales subsiste plenamente y debe operar, en tanto concurre el presupuesto que le sirve de fundamento que no es otro que suplir la insolvencia de otro coobligado».

²⁷ En la misma línea, Corbal Ibáñez de la Cadinière (2023:454): «(...) Una interpretación literal, sistemática y teleológica de su normativa reguladora conduce a concluir que la exoneración implica la extinción de los derechos de crédito incluidos en su ámbito objetivo (...)» «(...) Se trata de un supuesto de condonación de deudas no convencional adoptada por decisión judicial *ex lege* (...)». También califica la exoneración como supuesto de condonación de deuda, Berrocal Lanzarot (2016:72): «La segunda oportunidad consiste básicamente en la liberación o condonación definitiva de las deudas no satisfechas por el deudor persona física bien en acuerdo extrajudicial de pagos o en el proceso concursal en fase de liquidación con la exoneración del pasivo, favoreciendo con ello la recuperación del deudor y evitar que se mantenga en una situación permanente de insolvencia (...)».

extinguen: Por el pago o cumplimiento. Por la pérdida de la cosa debida. *Por la condonación de la deuda*. Por la confusión de los derechos de acreedor y deudor. Por la compensación. Por la novación». Este precepto se encuentra vinculado con el artículo 1190 Código Civil, que establece: «La condonación de la deuda principal extinguirá las obligaciones accesorias; pero la de estas dejará subsistente la primera».

En consecuencia, dada la naturaleza esencialmente accesoria de la fianza, tanto en aplicación del artículo 1847, como del artículo 1190 en relación con el 1156, todos ellos del Código Civil, la regla general es que la exoneración del obligado principal comporta la extinción de la fianza.

Se ha señalado que si no se excepcionase legalmente la accesoriidad en este supuesto, se estaría vulnerando la esencia de la fianza²⁸. No podemos estar de acuerdo con este planteamiento. Realmente sucede a la inversa, *a priori* se traiciona la esencia de la fianza cuando se mantiene incólume la obligación del fiador pese a que haya sido condonada la obligación del deudor principal.

Por una parte de la doctrina, al hilo del análisis del tratamiento que debe recibir la fianza por la norma concursal cuando se ha declarado el concurso del deudor garantizado, se ha expuesto que la finalidad concreta de la fianza es la cobertura del riesgo de insolvencia de aquel²⁹. De aquí se deriva que, siendo esta su finalidad específica, no cabe articular otro destino para la fianza que no sea su resistencia a la extinción de la obligación garantizada, en todo caso.

Por nuestra parte, sostenemos que la finalidad específica de la fianza no es cubrir la insolvencia del deudor principal. Encontramos otra figura, como el seguro de crédito,

²⁸ «(...) [s]e excepciona legalmente de forma expresa la accesoriidad de las garantías con el fin de preservar su esencia». Corbal Ibáñez de la Cadinière (2023:454)

²⁹ Así lo manifiesta Cuenca Casas: «(...) Se salvaguarda la esencia de las garantías personales (ejercitables para los casos de insolvencia del deudor principal) y además se mantiene la eficacia de la exoneración del pasivo pendiente frente al deudor principal». Cuenca Casas (2020.c).

También ha sido la concepción de causa de fianza que ha mostrado el Tribunal Supremo. Resulta clara en este extremo la STS 22 julio 2002 (ECLI: ES: TS: 2002:5570): «En cuanto a la incidencia sobre la fianza del convenio de quita logrado en la suspensión de pagos o la quiebra del deudor afianzado, la sentencia de 24 de enero de 1989 (RJ 1989, 119) declaró que aceptar la tesis de la liberación del fiador, porque en otro caso quedaría obligado a más que el deudor principal, "significaría desnaturalizar la extensión de la fianza en términos que resultarían en abierta contradicción con lo que la preceptiva contenida en el art. 1822 CC establece, dado que en el caso los fiadores recurrentes se obligaron solidariamente con el deudor principal a pagar las deudas contraídas por éste y sería absurdo entender que quedarán liberados en parte de su obligación de saldar totalmente la deuda impagada por el hecho de que en un juicio universal de quiebra otros acreedores adoptaran, con su voto en contra, el acuerdo de otorgar una quita, pues de ello derivaría que la garantía que para el cobro de las deudas la fianza representa, precisamente para el supuesto de insolvencia total o parcial del deudor principal, quedara vacía de contenido" (...)».

que sí desempeña esta función específica. En el caso de la fianza, su finalidad viene marcada por los elementos que integran el contenido obligacional del fiador³⁰: la cobertura del incumplimiento del deudor y la extinción de la obligación principal por motivo puramente personal de este. Dado que la finalidad específica de la fianza no es la cobertura de la insolvencia, no podrá sostenerse que la liberación del fiador en aplicación de la accesoriedad material vulnera la finalidad o naturaleza del instituto. En nuestra opinión, esto nos abre la puerta a contemplar ciertos escenarios en los que es posible que la exoneración del deudor comunique efectos a la obligación fideiusoria.

Cuando afirmamos que la finalidad específica de la fianza no es la cobertura de la insolvencia, ni la cobertura del riesgo de concesión de la EPI al deudor, sino la cobertura de dos riesgos típicos que son el incumplimiento del obligado principal (art. 1822 CC) y la extinción de la obligación principal por motivo puramente personal del deudor (art. 1824. II CC), estamos señalando que no es una medida adecuada introducir una regla general de resistencia de la fianza a la exoneración del deudor (actual art. 492 TRLC 2022), sino que se adecúa más a la naturaleza de la fianza la decisión de contemplar distintas reglas en función de las circunstancias concretas que concurren en cada supuesto, otorgando cierto margen al juez para que realice una ponderación entre los intereses que entran en conflicto: la protección de las familias y la protección del crédito de los acreedores.

El carácter esencial de la accesoriedad material de la fianza está destinado a evitar que en ella se incremente el riesgo asumido por el fiador³¹. La regla de supresión general de la accesoriedad, del artículo 492 TRLC 2022, altera la causa específica de la fianza, dado que mediante la excepción legal de un elemento esencial para la estructura de la figura, se incrementa el riesgo típico del fiador, ampliando los límites que institucionalmente se encuentran definidos. Esta alteración de la naturaleza de la fianza puede estar justificada por las especialidades que plantea el concurso del deudor garantizado; no obstante, ya adelantamos que no compartimos el modo en que esta regla se ha configurado por parte del legislador concursal.

Por otro lado, cuando se están analizando los efectos del concurso de persona física sobre la fianza, hemos de constatar que la normativa concursal, sin suprimir la

³⁰ En la fianza, el contenido de la obligación del fiador se encuentra institucionalmente delimitado: el fiador solo puede ser obligado a cubrir el riesgo de incumplimiento del deudor y de extinción de la obligación principal por motivo puramente personal de este (arts. 1822 y 1824).

³¹ A diferencia de lo que ocurre en las garantías autónomas, en la fianza el contenido obligacional del fiador se encuentra institucionalmente delimitado.

satisfacción de los acreedores como objetivo, establece un nuevo interés que es el de la recuperación de los deudores personas físicas y la protección de las familias. Esta finalidad motiva la regulación de la exoneración del pasivo insatisfecho, que puede ser concedida incluso a deudores que carezcan totalmente de patrimonio y que por lo tanto no puedan satisfacer en ningún porcentaje las deudas contraídas.

Nuestro planteamiento implica un cambio de perspectiva: no es que la esencia de la fianza implique que la garantía deba resistir en todos los casos a la exoneración del obligado principal por ser esto inherente a su causa, sino que es de la esencia de la fianza extinguirse al tiempo que lo hace la obligación principal, y de aquí se sigue que, solo cuando sea indispensable en atención a otro interés digno de protección –debido a la especial situación que implica el concurso del deudor– cabrá establecer una quiebra legal de accesoriadad que prescindiera del consentimiento del fiador³².

Con todo, pese a la naturaleza esencialmente accesoria de la fianza en términos funcionales y materiales, su causa tolera, con el objeto de proteger al acreedor, tanto la resistencia de la obligación fideiusoria a la extinción de la obligación principal en determinados supuestos, como ciertas reglas legales de inoponibilidad de excepciones, que se encuentren justificadas³³. Por este motivo, no nos oponemos a la existencia en la

³² Hemos de tener en cuenta que el artículo 492 TRLC 2022, al independizar la obligación fideiusoria de la obligación principal, altera el equilibrio de la fianza (principio de equidad), al incrementar el riesgo típico que había asumido el fiador. En consecuencia, el fiador pasa a ser un garante autónomo, quedando expuesto a una posición de mayor vulnerabilidad. Por ello, la fianza no debe resistir en todo caso a la extinción de la obligación garantizada, sino solo en aquellos supuestos en que prevalezca, como interés protegible, la satisfacción del crédito de los acreedores, de manera que se justifique con ello la mutación de la naturaleza jurídica de la fianza por la norma especial.

³³ Esta idea es recogida adecuadamente en el artículo 5171-3 de la Propuesta de Código Civil de la APDC: «Sin perjuicio de lo establecido en los preceptos siguientes y de las excepciones que pueden establecer las leyes para supuestos concretos, la existencia y la extensión de la fianza dependen de la existencia y extensión de la obligación garantizada por el fiador».

La posibilidad de supuestos de quiebra de accesoriadad es contemplada en el artículo 5171-6, del citado texto: «1. Con carácter general, el fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones, debiendo entenderse reducida su obligación a los límites de la del deudor si se ha obligado a más o en condiciones más gravosas que el principal obligado. 2. Sin embargo, lo dispuesto en el apartado anterior no se aplica cuando la obligación garantizada resulta minorada o el deudor principal ha sido liberado del cumplimiento en un procedimiento concursal, ni cuando su obligación se reduce o se extingue en virtud de alguna norma legal que establece estos efectos en atención a circunstancias concretas que afecten a la persona del deudor. En estos casos, la extensión de la fianza se determina con arreglo a la norma que establezca los términos de la vinculación del fiador (...)».

A los dos preceptos acabados de citar hace referencia el artículo 5175-2, que señala que la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la garantizada, «siempre y cuando no exista una norma legal que excepcione este efecto, de acuerdo con lo previsto en los artículos 5171-3 y 5171-6». En nuestra opinión, pese a que es necesario que el régimen del Código Civil contemple la posibilidad de quiebras de accesoriadad y que prevea la necesidad de que en ciertos supuestos la resistencia de la obligación fideiusoria a la extinción de la principal venga establecida por una norma positiva a modo de excepción de la accesoriadad, consideramos, sin embargo, que la heterogeneidad de escenarios que pueden

norma concursal de una regla de quiebra legal de accesoriedad, sino al modo en que esta se ha configurado por el legislador, toda vez que se aleja de la naturaleza de la fianza y de ciertos objetivos del mecanismo de segunda oportunidad.

Consideramos que esta opción legislativa no es la más acertada por dos motivos: (i) No se intenta encontrar un punto de equilibrio que conjugue el interés del acreedor y la naturaleza de la fianza³⁴, sino que se establece una regla en virtud de la cual el precepto concursal siempre prevalece sobre el artículo 1847 Código Civil. (ii) Se abstrae de la protección legal al fiador persona física familiar del concursado, pese a que con ello se puede ir en una dirección contraria a la que se persigue con el mecanismo de segunda

producirse en el concurso de persona física y los diferentes caracteres que pueden concurrir en el fiador y en su relación con el obligado principal, hacen necesario que el Código Civil contemple un margen de decisión para el juez en lo relativo a la regla aplicable a la fianza en sede concursal, apreciable caso por caso, y basada en la habilitación legal que la Propuesta de la APDC configura correctamente.

³⁴ No puede obviarse (ni siquiera en el concurso de acreedores) que la fianza es una garantía esencialmente accesoria donde la obligación del fiador está perfectamente comunicada en términos materiales respecto de la obligación del deudor. Tampoco podemos dejar de centrar la visión en que el concurso de persona física presenta una serie de particularidades en comparación con el concurso de acreedores de la persona jurídica. Encontramos otra posición en la doctrina que, en lugar de intentar encontrar un equilibrio o justificación jurídica a la alteración de la fianza por medio de la norma concursal, se inclina por sostener que el régimen de la fianza del Código Civil rige plenamente en situaciones extraconcursales pero que, estando incurso en concurso el deudor, a tenor del criterio de especialidad de la norma, la garantía deja de regirse por aquella norma, y se le aplican las reglas específicas de la normativa concursal. Gómez López (2021:19): «En definitiva, entre el artículo 1847 del Código Civil y el artículo 502 del texto refundido de la Ley Concursal rige, como en muchos casos en que interviene la normativa de insolvencia, el principio "lex specialis derogat generali". Así, el artículo 1847 del Código Civil regirá extramuros del concurso, pero, por mor del artículo 502 del texto refundido de la Ley Concursal, cuando medie concurso la obligación subsiste frente a los garantes personales».

Cabría plantearse cómo encaja esta posición con el principio de conservación de los contratos en sede concursal. El art. 156 TRLC propugna el principio general de vigencia de los contratos: «La declaración de concurso no es causa de resolución anticipada del contrato. Se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de la otra parte de suspender o de modificar las obligaciones o los efectos del contrato, así como la facultad de resolución o la de extinción del contrato por la declaración de concurso de cualquiera de ellas o por la apertura de la fase de liquidación de la masa activa».

Esta regla debe ser complementada con el *interés del concurso*, tal como apunta Blanco García-Lomas (2022:984): «(...) En consecuencia, el "interés del concurso" es el motivo o el interés por el que el mantenimiento del contrato que se quiere mantener, es beneficio para que el procedimiento concursal pueda conseguir su objetivo primordial, cual es la maximización de la satisfacción de los intereses de los acreedores por medio del mantenimiento de la actividad del concursado».

También cabría realizar una reflexión, de naturaleza diversa: ¿resulta conveniente que un elemento -interés del concurso- de marcado carácter económico (y por lo tanto de naturaleza fluctuante y sujeto a la coyuntura de cada momento) provoque la alteración de un elemento esencial de la garantía personal de referencia en nuestro ordenamiento? Esta idea guarda relación con cuanto expone Imaz Zubiaur (2024:17): «El Derecho Civil, desde su prisma y vocación más social, no debería impulsar cambios normativos de largo alcance que descuiden el amparo de las partes más vulnerables de la relación contractual, en un mundo global y feroz que emplea la arquitectura jurídica para robustecer, hasta blindar, continua y velozmente intereses (a menudo) menos dignos de auxilio».

Sobre la ponderación de elementos dentro del concepto interés del concurso, Tirado Martí (2009:1005): «(...) El conflicto latente entre todos los intereses incluidos en el concepto obliga a establecer una jerarquía, que prima el interés de los acreedores a la satisfacción de sus créditos conforme al sistema de clasificación legal sobre el interés del concursado. No obstante, cuando el conflicto se origine entre cualquiera de esos sujetos interesados y el interés público, deberá primar este último».

oportunidad. Con la norma vigente la recuperación del deudor puede producirse a través de la generación de insolvencia en un familiar.

Los intereses dignos de protección que pueden implicar una quiebra legal no consentida por el fiador tenemos que buscarlos en el ámbito que motiva la aplicación de reglas excepcionales que se apartan de la naturaleza de la fianza³⁵, esto es, en el proceso concursal de persona física. En esta línea, ¿se encuentra justificado que se establezca una quiebra general de accesoriad que afecte en todos los casos a todo tipo de fiadores? La respuesta debe ser negativa, puesto que en ciertos casos el interés que prevalentemente perseguirá el proceso concursal de persona física hará aconsejable la adopción de otras reglas.

¿Es posible que el fiador sea destinatario del espíritu y finalidad del mecanismo de segunda oportunidad? La respuesta debe ser afirmativa, puesto que la protección que el mismo trata de abarcar se extiende, como indica la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 1/2015, no solo a los deudores concursados sino también a las familias en su conjunto³⁶.

De ello se desprende que en determinados casos en que el fiador sea familiar del concursado, la finalidad que persigue el mecanismo de segunda oportunidad no hará aconsejable la resistencia de la fianza mediante una quiebra legal de accesoriad. Y es

³⁵ Recordemos que ya al tiempo de la Codificación existía el debate en torno a cómo debía influir la insolvencia del deudor principal en las reglas de la fianza, a tenor de la naturaleza de esta. Pothier se posicionaba a favor de alterar la accesoriad material, esto es, la comunicabilidad entre obligación principal y garantía. De este modo, el autor consideraba que el estado de insolvencia del obligado principal hacía conveniente que se interrumpiera la oponibilidad de excepciones por parte del fiador: «Las excepciones que se fundan en la insolvencia absoluta ó parcial del deudor principal (...) no pueden oponerlas los fiadores». Pothier (1872:189-190).

³⁶ Se muestra en contra de este planteamiento Cuenca Casas, quien afirma que carece de justificación que la EPI genere efectos en el fiador debido a la accesoriad de la fianza: «Creo que es perfectamente posible excepcionar legalmente la accesoriad de la fianza y precisamente por hacerlo tiene sentido la propia garantía. Lo absurdo es que el fiador pueda ser exonerado aun siendo solvente perjudicándose los derechos de los acreedores sin mucha justificación». Cuenca y Fernández (2023:139)

Entendemos que la extinción de la fianza o la concesión de la EPI al fiador está justificada en determinados casos (siempre que el fiador sea un familiar del concursado), debido a la finalidad de protección de las familias frente a la insolvencia y la exclusión social que desempeña el mecanismo de segunda oportunidad. Ello debe configurarse tratando de alcanzar el máximo equilibrio posible con la protección del crédito.

De forma mayoritaria en la doctrina civilista se ha valorado la pertinencia de la resistencia de la fianza en el concurso como acto necesario para alcanzar el objetivo del concurso de protección del crédito. No obstante, no observamos en la doctrina que se analice esta cuestión en relación con la finalidad del mecanismo de segunda oportunidad de protección del núcleo familiar. Consideramos que por las especificidades que presenta el concurso de persona física deben tenerse en cuenta también los específicos objetivos de este y no sólo los objetivos generales del Derecho concursal.

Tal como indica Corbal Ibáñez de la Cadinière (2023:301): «Las más modernas aproximaciones al tratamiento de la insolvencia personal centran la cuestión en la rehabilitación del deudor y en su recuperación para el sistema, no solo en su propio beneficio, sino también en beneficio de sus acreedores y del conjunto de la sociedad».

importante apreciar que esto no atenta contra la causa de la fianza, sino que más bien respeta la finalidad específica de la misma³⁷, como garantía esencialmente accesoria en términos funcionales y materiales.

Con todo, no podemos perder de vista que el mecanismo de segunda oportunidad se inserta en un proceso concursal, y que es objetivo de este la satisfacción del crédito de los acreedores. El hecho de que tengamos que conciliar este objetivo, con la finalidad de recuperación del deudor y protección de las familias, implica que, en nuestra opinión, deba tenerse en cuenta la vía por la que el concursado accede a la exoneración, al objeto de determinar la regla aplicable a la fianza.

Cuando el deudor haya obtenido la exoneración del pasivo en un concurso sin masa³⁸, sin haber abonado siquiera parcialmente la deuda contraída, la extinción de la fianza en aplicación del artículo 1847 Código Civil podría ser contraria a la función de refuerzo que debe desempeñar aquella, ante una situación en la que el acreedor podría quedar desamparado.

El equilibrio que pretende alcanzar el concurso de persona física entre seguridad del crédito y otorgar una vía de recuperación al deudor, se vería conculcado si en este tipo de casos se exonerase al obligado principal y a su vez se extinguiese la fianza, todo ello sin atender en una medida razonable el pasivo. En estos casos, la resistencia de la fianza

³⁷ El principio de equidad de la fianza –presente en la figura desde el Derecho justiniano– debe actuar como mecanismo de equilibrio cuando el fiador es un familiar o allegado del deudor que se obliga altruistamente por su parentesco o afinidad con este. En estos supuestos la búsqueda de la regulación justa implica establecer ciertas reglas de protección para el fiador que van en la dirección de evitar que este, pese a no recibir beneficio alguno por su intercesión, sea expuesto de igual o similar manera que si de un obligado a título principal se tratase. Es cierto que el escenario concursal puede implicar que no se apliquen ciertas reglas de la fianza. No obstante, a diferencia de lo que recoge la norma vigente, consideramos que debe estar justificado en cada caso por qué se rompe con la accesoriidad. En este trabajo señalamos que hay supuestos en los que el interés prevalente en el concurso de persona física hará conveniente que esta se mantenga en sus términos, por lo que no estará justificada la supresión de la accesoriidad.

³⁸ Dispone el art. 37 *bis* TRLC 2022: «Se considera que existe concurso sin masa cuando concurren los supuestos siguientes por este orden: a) El concursado carezca de bienes y derechos que sean legalmente embargables. b) El coste de realización de los bienes y derechos del concursado fuera manifiestamente desproporcionado respecto al previsible valor venal. c) Los bienes y derechos del concursado libres de cargas fueran de valor inferior al previsible coste del procedimiento. d) Los gravámenes y las cargas existentes sobre los bienes y derechos del concursado lo sean por importe superior al valor de mercado de esos bienes y derechos». Por su parte, el art. 37 *ter* TRLC 2022, que lleva por rúbrica «especialidades de la declaración de concurso sin masa», dispone en su apartado segundo que «En el caso de que, dentro de plazo, ningún legitimado hubiera formulado esa solicitud, el deudor que fuera persona natural podrá presentar solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho».

Cuando no se hayan podido satisfacer en una medida razonable los créditos de los acreedores por carecer de patrimonio el deudor concursado sí puede resultar justificado el sacrificio del fiador alterando la naturaleza de su obligación y posicionándolo en un régimen de garante autónomo. Así lo hace aconsejable la protección del crédito de los acreedores y la protección del sistema crediticio. Lo que procede es establecer una regla especial de supresión de la accesoriidad para este supuesto concreto.

a la extinción de la obligación principal podría estar justificada. No obstante, consideramos que debe otorgarse margen de discreción al juez para determinar que el fiador se someta al proceso concursal del deudor principal, cuando sea familiar de este, y pueda acceder a la exoneración del pasivo, tras la liquidación de su propio patrimonio, o mediante el sometimiento a un plan de pagos.

Un escenario muy diferente encontramos cuando el concursado ha obtenido la exoneración del pasivo insatisfecho tras la liquidación de su patrimonio, pudiendo incluso haberse visto desprendido de su vivienda habitual. Cuando se consideren satisfechos en una medida razonable los créditos de los acreedores, estimamos que debe apuntarse en ese momento a otro de los objetivos del concurso de persona física: la protección de las familias. En este sentido, cabría valorar que la fianza se extinguiese, en aplicación del artículo 1847 Código Civil, cuando la posición de fiador estuviese integrada por un familiar del exonerado. El juez deberá valorar en este extremo la situación económica del familiar fiador.

IV. CONCLUSIONES

1. La protección que trata de dispensar el mecanismo de segunda oportunidad se extiende, no solo al deudor individualmente considerado, sino también a las familias, como núcleo.

2. Del punto anterior se desprende que el fiador familiar del concursado debe ser destinatario de las normas que componen el mecanismo de segunda oportunidad.

3. Es posible alcanzar un mayor equilibrio entre el tratamiento del fiador en el concurso y la naturaleza esencialmente accesoria de la fianza, que el que actualmente presenta el artículo 492 TRLC 2022.

4. La supresión legal de la accesoriidad no es incompatible con la naturaleza de la fianza, puesto que en determinados casos es una medida necesaria para la protección del acreedor.

5. Pese a lo indicado en el punto anterior, consideramos que la configuración del artículo 492 TRLC 2022 no es la adecuada, puesto que no realiza uno de los objetivos del mecanismo de segunda oportunidad: la protección de las familias.

6. Para ejecutar el citado objetivo, es necesario que en ciertos casos se mantenga la accesoriidad de la fianza, con los efectos que ello provoca, en aplicación de las normas de Derecho común.

7. Para determinar si se mantiene la naturaleza accesoria de la fianza o si se suprime la accesoriidad, es necesario realizar, caso por caso, una ponderación de los intereses que entran en juego: deberá analizarse si el fiador es familiar del concursado y en qué grado se han satisfecho los créditos de los acreedores. Para ello se hace necesario analizar la vía por la que el deudor concursado accede a la exoneración del pasivo.

8. En lugar de una regla general de supresión de la accesoriidad (artículo 492 TRLC 2022), consideramos más adecuado otorgar un margen de discreción al juez para determinar las reglas que se le aplican a la fianza, en función de las circunstancias existentes en cada concurso de persona física, teniendo en cuenta los elementos indicados en el punto anterior, en adición a la valoración de la situación económica que presente el familiar fiador.

Bibliografía

- ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L. (2018). «Fianza, concurso y exoneración de deudas», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 44/2018 (Estudios), Civitas, Cizur Menor.
- BERROCAL LANZAROT, I. (2016). «Las últimas reformas para la defensa del deudor hipotecario. El nuevo régimen legal del acuerdo extrajudicial de pagos y el mecanismo de segunda oportunidad», FLORES DOÑA, M., (dir.), *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid.
- BLANCO GARCÍA-LOMAS, L. (2022). «Efectos sobre los contratos», GALLEGO SÁNCHEZ, E., (dir.), *Derecho Concursal y Preconcursal (Texto refundido de la Ley Concursal tras la reforma por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre)*, T. I, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- CARRASCO PERERA, Á. (2015). «El mecanismo de “segunda oportunidad” para consumidores insolventes en el RDL 1/2015: realidad y mito», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 13/2015.
- CORBAL IBÁÑEZ DE LA CADINIÈRE, P. (2023). *La insolvencia de la persona física: prevención y solución*, tesis doctoral, repositorio Docta Complutense, Madrid.
- CUENA CASAS, M. y FERNÁNDEZ SEIJO, J. M. (2023). *La exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores de persona física*, Aranzadi, Cizur Menor.
- CUENA CASAS, M. (2020). «El régimen de segunda oportunidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal. La exoneración del pasivo insatisfecho», *Diario La Ley*, núm. 9675, Sección Tribuna, 16 de julio de 2020.
- CUENA CASAS, M. (2018). *La exoneración del pasivo insatisfecho, regularización, aclaración y armonización de la legislación concursal*, Aranzadi, Cizur Menor.
- CUENA CASAS, M. (2016). «La exoneración del pasivo insatisfecho», *Cuadernos de Derecho y Comercio*. Núm. Extraordinario.
- CUENA CASAS, M. (2014). «Ley de emprendedores y exoneración de deudas o fresh start», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 31.

- FACHAL NOGUER, N. (2022). «¿Cuáles son los efectos que proyecta la exoneración de pasivo insatisfecho sobre los terceros garantes?», *La Ley Insolvencia*, núm. 11, abril-junio 2022.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, N. (2022). «La exoneración del pasivo insatisfecho», GALLEGO SÁNCHEZ, E., (dir.), *Derecho Concursal y Preconcursal (Texto refundido de la Ley Concursal tras la reforma por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre)*, T. II, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J. M. (2021). «Art. 502. Efectos de la exoneración sobre los obligados solidarios y sobre fiadores», PRENDES CARRIL, P. y FACHAL NOGUER, N., (dirs.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley concursal. Comentario judicial, notarial y registral*, vol. II, Aranzadi, Cizur Menor.
- FORTEA GORBE, J. L. (2022). «El Auto de declaración de concurso», GALLEGO SÁNCHEZ, E., (dir.), *Derecho Concursal y Preconcursal (Texto refundido de la Ley Concursal tras la reforma por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre)*, T. I, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- GARRIDO GARCÍA, J. M. (2014). «Informe del Banco Mundial sobre el tratamiento de la insolvencia de las personas naturales», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 31.
- GÓMEZ LÓPEZ, E. (2021). «Las garantías personales y el concurso de acreedores», CAMPUZANO LAGUILLO, A. B. (dir.), *Los Contratos en el Concurso de Acreedores*, Civitas, Cizur Menor.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. (2015). *La segunda oportunidad. La superación de la crisis de insolvencia*. Lefebvre-El Derecho, Madrid (2ª edic.).
- IMAZ ZUBIAUR, L. (2024). *Fianza: accesoriadad, subsidiariedad y solidaridad*, Atelier, Barcelona.
- PERDICES HUETOS, A. (2005) *Fianza y Concurso. Las garantías personales en la Ley Concursal*. Civitas, Madrid.
- POTHIER, R. J. (1872) *Tratado de las obligaciones*, traducido al español por José Ferrer y Subirana, Mariano Noguera y Francisco Carles, (2ª edic.), Ed. C. Bailly-Baillièrre, Madrid.
- PUIGCERVER ASOR, C., y ADAM DOMENECH, F. (2019) *La aplicación práctica de la segunda oportunidad: Problemas y respuestas*, Bosch Editor, Barcelona.
- RODRÍGUEZ DE QUIÑONES, A. (2019). «Refundición y refundación del derecho concursal (breves reflexiones sobre la propuesta de texto refundido de la ley concursal)», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 313.
- SENDRA ALBIÑANA, A. (2021) «El mecanismo de segunda oportunidad», BOLDÓ RODA, C., (Dir.), *Derecho preconcursal y segunda oportunidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- SENDRA ALBIÑANA, A. (2016). «El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho como limitación cuantitativa al principio de responsabilidad patrimonial universal», *Revista CESCO de derecho de consumo*. I. Estudios y consultas, núm. 17/2016.
- SENENT MARTÍNEZ, S. (2020). «Art. 500. Efectos de la exoneración sobre los acreedores», PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal, Texto Refundido de la Ley Concursal*, 2ª ed., T. I, Wolters Kluwers, Madrid.
- SERRANO DE NICOLÁS, A. y SÁNCHEZ GARCÍA, J. M. (2015). «La fianza se extingue si se concede al deudor persona natural el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, por el trámite del número 4º del apartado tercero del artículo 178 bis del RDL 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción financiera y otras medidas de orden social», *Revista de Derecho vLex*, núm. 132, mayo 2015.

- TIRADO MARTÍ, I. (2009). «Reflexiones sobre el concepto de “interés concursal” (Ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores)», *ADC*, T. LXII, 2009, fasc. II.
- VELASCO PECHE, F. (2014). «Exoneración del pasivo insatisfecho y concurso de acreedores (comentario a la tesis doctoral de D. S. SENENT MARTÍNEZ)», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 61.

Relación jurisprudencial

Tribunal Supremo

STS 22 julio 2002 (ECLI: ES: TS: 2002:5570)

Audiencias provinciales

SAP Barcelona 27 diciembre 2018 (ECLI:ES:APB:2018:12965).

LA REPARACIÓN *AD INTEGRUM* POR DAÑO MORAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE ACCIDENTES

Ad integrum compensation for moral damage in civil liability derived from accidents

ESTHER MONTERROSO CASADO

esther.monterroso@udima.es

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad a Distancia de Madrid

Cómo citar / Citation

Monterroso Casado, E. (2024).

La reparación *ad integrum* por daño moral en la responsabilidad civil de accidentes

Cuadernos de Derecho Privado, 9, pp. 99-139

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.63>

(Recepción: 11/07/2024; aceptación: 02/09/2024; publicación: 02/09/2024)

Resumen:

Este artículo realiza un análisis de la reparación por daño moral en los supuestos de responsabilidad civil extracontractual derivada de la causación de un accidente. El estudio determina la naturaleza de dicho daño, analizando el concepto de daño o perjuicio moral, y su extensión, su reparación y valoración atendiendo a dos aspectos fundamentales como son la prueba o presunción de la existencia del daño moral, y las circunstancias y la causalidad en el resultado. También se justifica la necesidad de introducir una regulación legal en esta materia. A continuación, se aborda la posibilidad de aplicación, con carácter orientativo, del baremo contenido en la LRCSCVM para la valoración de los daños personales, incluyendo el daño moral. Por último, el estudio se centra en los criterios de corrección del resarcimiento por daño moral en los accidentes, tomando en consideración para fijar la indemnización: el daño moral complementario, el daño moral derivado del duelo patológico, el daño moral por actuación dolosa, y el daño moral derivado del carácter catastrófico e intencional del accidente.

Palabras claves:

Daño moral, responsabilidad civil, reparación, cuantificación del daño.

Abstract:

This article analyzes reparation for moral damage in cases of extracontractual civil liability derived from the causation of an accident. The study determines the nature of moral damage, analyzing the concept of moral damage or harm, its extent, its repair and the valuation of the damage taking into account two fundamental aspects such as the proof or presumption of the existence of moral damage, and the circumstances and causality in the result. The need to introduce legal regulation in this matter is also justified. Next, the possibility of applying, as a guide, the scale contained in the LRCSCVM for the assessment of personal injuries, including moral damage, is analyzed. Finally, the study focuses on the criteria for correcting compensation for moral damage in accidents, taking into consideration: complementary moral damage, moral

damage derived from pathological bereavement, moral damage due to malicious act, and moral damage derived from the catastrophic and intentional nature of the accident.

Keywords:

Moral damage, civil liability, compensation, quantification of damage

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. NATURALEZA DEL DAÑO MORAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL III. RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL EN LOS ACCIDENTES. III.1. La reparación del daño corporal psicológico y del daño moral. III.2. La apreciación de la existencia de daño moral. III.2.1. La prueba o la presunción de la existencia del daño moral. III.2.2. Valoración atendiendo a las circunstancias y a la causalidad en el resultado. III.3. La cuantificación económica por daño moral: determinación de la indemnización ante la negativa ausencia de regulación legal. IV. LA APLICACIÓN DEL BAREMO DE LA LRCSCVM PARA EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL OCASIONADO POR DAÑOS PERSONALES. IV.1. El carácter vinculante del baremo en los accidentes de circulación. IV.2. El carácter orientativo del baremo en el resto de accidentes. V. CRITERIOS DE CORRECCIÓN DEL RESARCIMIENTO POR DAÑO MORAL EN LOS ACCIDENTES. V.1. El daño moral complementario. V.2. El daño moral derivado del duelo patológico. V.3. El daño moral por actuación dolosa. V.4. El daño moral derivado del carácter catastrófico e intencional del accidente. VI. CONCLUSIONES Y PROPUESTA *DE LEGE FERENDA*. *Bibliografía. Relación jurisprudencial.*

I. INTRODUCCIÓN

El daño moral representa un papel crucial en la evaluación integral de los perjuicios sufridos por las víctimas en el ámbito de la responsabilidad civil por accidentes. Aunque tradicionalmente se le ha otorgado prioridad al daño material, el reconocimiento del daño moral como elemento de resarcimiento ha ido adquiriendo una relevancia cada vez mayor en la jurisprudencia y en la legislación, reflejando un reconocimiento más completo de las consecuencias de los accidentes en la esfera emocional y psicológica, y su impacto como daño en la vida de las personas. De hecho, para el cumplimiento del principio de la reparación íntegra, los daños morales son objeto de una compensación convencional que viene siendo calificada de imperfecta, a diferencia de los daños materiales objeto de una compensación perfecta (a través de su equivalente pecuniario).

Este reconocimiento ha ido evolucionando hacia una concepción más amplia de la reparación del daño, en línea con los principios de justicia y equidad, ya que reconocer y compensar el daño moral es fundamental para garantizar una justa restitución a las víctimas y perjudicados, promoviendo la equidad en el sistema legal.

Es por ello que el objetivo de este artículo es analizar el alcance de la reparación *ad integrum* en la responsabilidad civil por accidentes, más allá de la mera compensación económica por pérdidas materiales. Al ser el daño moral un tipo de daño subjetivo e intangible, lo que lo distingue de otras formas de daño, estudiar su naturaleza, su valoración y su cuantificación constituyen un desafío jurídico dada la especial relevancia de las resoluciones jurisprudenciales dictadas en esta materia.

Otro aspecto de especial consideración será la aplicación del baremo comprendido en el sistema legal de indemnizaciones en accidentes de circulación, diferenciando entre su carácter vinculante en dichos sucesos y el carácter orientativo en el resto de accidentes como solución para la valoración del daño moral cuando se encuentra asociado al daño corporal en los accidentes distintos al tráfico rodado, y sus particularidades, que pueden verse afectados por el principio de la *restituto in integrum*.

El estudio concluirá realizando un análisis de los criterios de corrección del resarcimiento por daño moral en los accidentes, que en los últimos años ha utilizado la jurisprudencia, tomando en consideración el daño moral complementario, el derivado del duelo patológico, y el del carácter catastrófico e intencional del accidente.

Por último, las conclusiones otorgarán la posibilidad de ofrecer una propuesta de *lege ferenda* relativa a la necesidad de una regulación legal de esta materia.

II. NATURALEZA DEL DAÑO MORAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

Desde el inicio del siglo XX la jurisprudencia comenzó a indemnizar de manera explícita el daño moral en los supuestos de responsabilidad civil extracontractual en los casos de lesión del derecho al honor (SSTS de 6 de diciembre de 1912, si bien se indemnizaban los perjuicios patrimoniales causados, y de 14 de diciembre de 1917, de 7 de noviembre de 1919 y de 12 de marzo de 1928, donde ya sí se indemniza el daño moral en puridad, sin perjuicio de sus consecuencias patrimoniales)¹, para después estimar su existencia en los supuestos de

¹ Aunque la sentencia de 6 de octubre de 1912 supusiera un cambio de paradigma a este respecto, eso no quiere decir que los daños morales no se indemnizaran por otras vías, como indican Medina Crespo (2000: 589; y 2010:16) y Medina Alcoz (2004: 113). Cuestión distinta son los argumentos esgrimidos en contra de una indemnización expresa considerando que como no era valorables resultaban imposibles de cuantificar (SSTS de 6 de diciembre de 1882 o la de 11 de marzo de 1889). Una de las objeciones para no indemnizar el daño moral era que no existía entre los daños extrapatrimoniales y el dinero una relación de equivalencia; y por otro lado por la imposibilidad de probar la existencia de los perjuicios no patrimoniales y determinar su medida para dotarles de un dinero en concepto de reparación. *Vid.* Naveira Zarra (2006: 100 y ss.), Rodríguez Guitián (2015: 15) y García Serrano (1972: 815).

responsabilidad civil por fallecimientos y lesiones derivados de un accidente (STS de 17 de febrero de 1956). En el ordenamiento jurídico, el daño moral se reconoce expresamente por primera vez en la regulación de la responsabilidad civil procedente de los delitos o faltas en el Código Penal de 1944; y, en el ámbito civil, este menoscabo fue expresamente contemplado con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, *reguladora del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, donde aspectos tales como la humillación o el menoscabo de la reputación son considerados a la hora de proporcionar una indemnización. Otras leyes posteriores han ido incluyendo el daño moral en su sistema de valoración y resarcimiento como sucede, y analizaremos más adelante, con el anexo de la *Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor (LRCSCVM)*.

En la actualidad, la indemnización por daño moral se admite sin ningún género de duda en este ámbito de la responsabilidad civil extracontractual². De este modo, es posible obtener una indemnización por los daños morales sufridos en determinados supuestos, como cuando se vulneran los derechos de la personalidad (el honor, la dignidad o la consideración social), o en los casos en los que la persona sufra un dolor físico por las lesiones producidas. Téngase en cuenta que dentro de estos derechos de la personalidad se encuentra la integridad física, que si es menoscabada da lugar a un perjuicio moral derivado de daño corporal. Además, en este daño resarcible no solo se engloba el daño moral que recae en el propio individuo, en sentido estricto, sino también cuando se sufra la pérdida de la compañía y el afecto de un ser querido o, incluso, de un animal de compañía (como recientemente incorpora el Código Civil)³.

Aunque el daño moral no se encuentre específicamente regulado en el Código Civil como categoría, no existen dudas de que se integra en el ámbito del artículo 1902, por su encaje en esa amplia terminología de «reparar el daño causado» que emplea el precepto⁴. En consonancia con este artículo, el ordenamiento garantiza, al menos en teoría, la reparación total de los daños y perjuicios ocasionados por el agente dañador una vez que se demuestre su

² Tendencia que es recogida por los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (art. 10:301. Daño no patrimonial PETL) y el Marco Común de Referencia (DCFR). *Vid.* Martín-Casals (2013: 9-10).

³ Tras la reforma operada Ley 17/2021, de 15 de diciembre, *de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales*, se ha incorporado un nuevo artículo al Código Civil que expresamente determina el daño moral por el fallecimiento de un animal en los siguientes términos: "En el caso de que la lesión a un animal de compañía haya provocado su muerte o un menoscabo grave de su salud física o psíquica, tanto su propietario como quienes convivan con el animal tienen derecho a que la indemnización comprenda la reparación del daño moral causado" (artículo 333 *bis*).

⁴ *Vid.* Yzquierdo Toldada (2001: 156). A este respecto, dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2008 que: "Aunque el daño moral no se encuentre específicamente nominado en el Código Civil, tiene, ciertamente, adecuado encaje en la exégesis de ese amplísimo "reparar el daño causado" que emplea el artículo 1902, como tiene declarado esta Sala a partir de la Sentencia de 6 de diciembre de 1912, y como se recuerda en la Sentencia de 14 de julio de 2006 de continua referencia".

existencia y su relación causal con el accidente. Por lo tanto, al tratarse de un elemento constitutivo de la responsabilidad (no hay responsabilidad sin daño), se debe reconocer su reparación y conceder una compensación adecuada. La institución de la responsabilidad civil cumple la función de reparar estos daños que el individuo no tiene la obligación de soportar. Recordemos esta obligación genérica a través de la máxima romana de *neminem laedere* (no dañar al otro). Es por ello que, aunque se produzca una acción u omisión negligente, resulta necesario que los daños y perjuicios presuntamente ocasionados queden totalmente acreditados, pues si no existe daño no será posible la existencia de responsabilidad civil.

La producción de un daño ha venido siendo conceptualizado como “todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica que sufre una persona y del cual haya de responder otra”⁵. Bajo esa premisa, debe delimitarse bien la doble clasificación del daño, donde se puede distinguir entre daño material y daño personal (dentro de éste el daño personal en sentido estricto y el daño corporal)⁶, y sus consecuencias perjudiciales (contingentes o necesarias): perjuicios patrimoniales y perjuicios morales.

El daño o perjuicio generado a la víctima o perjudicado puede ser, de este modo, de diferente índole; siendo frecuente que se produzcan simultáneamente, al igual que es posible que se genere un único perjuicio y que sea de naturaleza moral⁷; sin perjuicio de que, en ocasiones, la jurisprudencia convierta lo que son perjuicios patrimoniales en morales⁸. En lo que a los diferentes tipos de daños se refiere, el Tribunal Supremo, en su Sentencia 50/2020, de 22 de enero (ponente J.L. Seoane Spiegelberg) y como tiene declarado la Sala de lo Civil, siendo expresión de la misma la STS 801/2006, de 27 de julio, distingue, atendiendo a su origen, el que el daño causado a los bienes o derechos de una persona “puede ser calificado como daño patrimonial, si se refiere a su patrimonio pecuniario; daño biológico, si se refiere a su integridad física; o daño moral, si se refiere al conjunto de derechos y bienes de la personalidad que

⁵ Santos Briz (1963: 132).

⁶ “[...] el daño corporal es una de las dos especies de daño personal, siendo el que afecta al patrimonio fisiológico de la persona, diferenciado del patrimonio, anímico o espiritual; y, a su vez, al hablarse del daño corporal, puede utilizarse el concepto en un sentido estricto, para hacer referencia solo al daño corporal emergente (la pérdida de la vida o la pérdida de la salud), y en un sentido amplio, comprensivo también de sus consecuencias perjudiciales, con referencia tanto a los perjuicios personales como a los perjuicios económicos o patrimoniales”. Medina Crespo (2022: 58).

⁷ En ocasiones, incluso, solo se originan daños «morales puros», considerándose como tales cuando ese daño moral no se encuentra vinculado, ni directa ni indirectamente, con otro daño de carácter patrimonial. *Vid.* García Serrano (1972: 799-851).

⁸ Gómez Pomar realiza una ardua crítica a la tendencia jurisprudencial de “hacer pasar como daños morales lo que realmente son daños patrimoniales” (2000: 12) y (2005: 8). Por su parte, Díez-Picazo reprocha el proceso jurisprudencial de trivialización y deformación que ha sufrido la figura del daño moral, que llega a calificar de “escándalo”, siendo actualmente la idea de qué debe entenderse por daño moral menos clara que nunca (2008: 13).

integran el llamado patrimonio moral”. En esta línea, cabe destacar la STS 232/2016, de 8 de abril (ponente F. Pantaleón Prieto), dictada en el caso de responsabilidad civil tras el naufragio del buque Costa Concordia, que diferenció entre los daños personales y los morales sufridos por todos los pasajeros, incluso aunque no hubieran padecido daños corporales, por la gravísima preocupación esa noche, en aguas italianas, “por la zozobra, ansiedad, angustia y el enorme estrés vivido”⁹.

Como equivalencia del término, la expresión «daño extrapatrimonial» tiene ya pocos adeptos en la doctrina. Resulta clara la denominación jurisprudencial de daño moral, la mención a ella que realiza el Código Penal (artículo 110), al igual que las leyes especiales dictadas posteriormente, así como la crítica a que los meros daños emocionales escaparían fuera de esa denominación¹⁰. Para Díez-Picazo, el daño moral sería “la afectación de la esfera sicofísica que es consecuencia de la lesión de un derecho o bien de la personalidad”, es decir, serían los que se provocan a los derechos de la personalidad o extrapatrimoniales. A este respecto, diferencia un aspecto interno, que hace referencia a la esfera interna del sujeto (como sería el dolor o la angustia), y otro que sería el externo, que aminora las posibilidades de relación con el mundo exterior¹¹. Por ese motivo, no resulta útil conceptualizar el daño moral, como definición, en sentido negativo, en contraposición con el daño patrimonial, precisamente por sus repercusiones en ese ámbito¹².

Por su parte, la jurisprudencia, sirva de ejemplo la STS 810/2006, 14 de julio, critica también esa equiparación, poniendo de manifiesto que “la construcción del referido daño como sinónimo de ataque o lesión directos a bienes o derechos extrapatrimoniales o de la personalidad, peca hoy de anticuada y ha sido superada tanto por la doctrina de los autores como de esta Sala. Así, actualmente, predomina la idea del daño moral, representado por el impacto

⁹ Medina Crespo, en su comentario a dicha sentencia, pone de relieve que eso es así porque “la salud constituye un bien fundamental de la persona como sustrato de un derecho de la personalidad; y sucede lo mismo con la tranquilidad emocional de la persona que constituye también un bien fundamental que es el sustrato de otro derecho de la personalidad: la integridad psicofísica se quebranta cuando se inflige una lesión corporal y la integridad emocional se quiebra cuando se inflige una lesión de tal cariz” (2016: 15).

¹⁰ Domínguez López (2003: 263-270).

¹¹ Díez-Picazo (2008: 91-92).

¹² Para Medina Crespo (2022: 121-122) no es aconsejable esta expresión negativa que supone la denominación de daño extrapatrimonial, si bien pone de relieve su utilidad para no confundir el daño personal con el daño patrimonial, “ni, por tanto, las consecuencias patrimoniales del daño personal, con sus consecuencias personales, al igual que tampoco deben confundirse las consecuencias materiales o patrimoniales de un daño material con sus consecuencias de carácter personal”. El autor defiende el concepto de daño existencial (que afectan a la esfera asistencial de la persona, incluyendo los bienes del patrimonio personal, anímico o espiritual), acuñado recientemente por la doctrina italiana, precisamente por los inconvenientes derivados de las denominaciones de daño personal, daño moral y daño extrapatrimonial.

o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, cual si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad (ofensas a la fama, al honor, honestidad, muerte de persona allegada, destrucción de objetos muy estimados por su propietario, etc.). De ahí que, ante, frente, o junto a la obligación de resarcir que surge de los daños patrimoniales, traducido en el resarcimiento económico o dinerario del "*lucro cessans*" y/o "*damnum emergens*", la doctrina jurisprudencial haya arbitrado y dado carta de naturaleza en nuestro derecho a la reparación del daño o sufrimiento moral, que si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado -Sentencia de 31 de mayo de 1983 y las en la misma citadas- (STS de 25 de junio de 1984)".

En esta línea, se considera que constituye daño moral "aquel que no afecta a los bienes materiales que integran el patrimonio de una persona, sino que supone un menoscabo de la persona en sí misma, de los bienes ligados a la personalidad, por cuanto que afectan a alguna de las características que integran el núcleo de la personalidad, como son la integridad, física y moral, la autonomía y la dignidad" (SSTS 429/2020, de 15 de julio, y 1617/2023, de 21 de noviembre).

La doctrina más reciente pone de relieve las distintas concepciones del daño moral que se vienen utilizando. Medina Crespo distingue entre el daño moral en un sentido restrictivo, estricto, amplio y amplísimo. Respecto el daño moral *restricto* sería "el daño estrictamente personal causado por cualquier atentado al patrimonio espiritual (moral) de la persona, sin incluir, por tanto, el daño personal ligado a la agresión a su patrimonio psicofísico, fisiológico o biológico. En un sentido *stricto*, se identificaría con el perjuicio personal derivado de la agresión al patrimonio psicofísico biológico de la persona, pero sin incluir el daño corporal en sí (...)". En un sentido amplio, comprendería el daño fisiológico (la lesión corporal, sin tener en cuenta sus efectos perjudiciales, o la muerte producida a los parientes), los perjuicios morales derivados del mismo y los daños morales ocasionados al patrimonio espiritual de la persona. Y ya, en último lugar, estarían los daños morales en sentido amplísimos, delimitados de forma negativa, comprendiendo a aquellos que no sean de índole patrimonial, es decir, "cualquier menoscabo o detrimento personal, sin considerar su repercusión patrimonial, incluyéndose el daño corporal en sí, las consecuencias perjudiciales personales derivadas de cualquier ataque a los bienes o derechos de la personalidad (corporales y extracorporales) y también las

consecuencias perjudiciales personales derivadas de un daño material (el llamado perjuicio de afección)”¹³.

La naturaleza imprecisa de este término, tal y como acabamos de poner de relieve, ha permitido a los tribunales extender su apreciación, incluyendo un variado elenco de daños morales, que pueden derivarse en el caso de los accidentes, tanto en el ámbito inmaterial o espiritual. De este modo, se delimita como situación básica para admitir un daño moral indemnizable “la consistente en un sufrimiento o padecimiento psíquico, que considera concurre en diversas situaciones como el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra (como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre), ansiedad, angustia, incertidumbre, impacto, quebranto y otras situaciones similares" (SSTS 245/2019, de 25 de abril, 646/2022, de 5 de octubre, y 1617/2023, de 21 de noviembre).

Esta concepción del daño moral, al producirse por la vulneración de determinados derechos, bienes o derechos de la persona, ocasiona que resulte difícil de delimitar como un daño puro¹⁴. Ese dolor o sufrimiento es solo un tipo de perjuicio moral¹⁵, sin duda el más común de encontrar en los daños personales acaecidos en los supuestos de accidentes, que puede encontrarse comprendido en el daño personal por las lesiones y secuelas o por la pérdida de un ser querido¹⁶. Sabemos que el daño moral es mucho más amplio hoy que el mero *pretium doloris* y que puede manifestarse en diversas formas que experimenta la víctima como resultado del accidente. Entre sus consecuencias, se pueden comprender el sufrimiento o el dolor emocional, abarcando también, entre otras, la angustia, los sentimientos de culpabilidad, el estrés postraumático, la distimia, la sensación de inseguridad, las alteraciones del sueño, las adicciones (a fármacos o a drogas). Incluso, se considera como tal la pérdida de calidad de vida o el perjuicio estético como resultado de las lesiones sufridas. Además de manifestarse en la víctima, también puede darse su impacto entre los allegados si como consecuencia del accidente se produce la pérdida de una vida. No solo podrían quedar perjudicados económicamente por dicho fallecimiento, sino que el experimentar un hecho traumático con dicha pérdida conlleva un grave daño moral.

¹³ Medina Crespo (2022: 129).

¹⁴ Téngase en cuenta, además, que cualquier daño personal constituye un daño moral, y que cualquier perjuicio personal es un perjuicio moral. Medina Crespo (2022: 125). Y, por otro lado, que si atendemos a los perjuicios patrimoniales derivados de un daño corporal tampoco quedan indemnizados enteramente pues el lucro cesante ha sido generalmente preterido.

¹⁵ “Por lo tanto, no todo daño extrapatrimonial es *pretium doloris*, aunque todo *pretium doloris* sí es un daño extrapatrimonial”. Barrientos (2008:90).

¹⁶ Vid. Díez Picazo (2000: 327) y Vicente Domingo (1994: 196).

De este modo, ni en la legislación ni en la jurisprudencia nos encontramos que exista un *numerus clausus* de daños morales, lo que ocasiona una inseguridad jurídica a la hora de reclamar y estimar su existencia como daños morales¹⁷. Además, se tiende a apreciar la existencia del daño moral, en general, sin precisar, los síntomas o consecuencias específicas, su duración y el daño concreto que se indemniza, de manera que se desconoce si, como consecuencia de un traumático accidente, el daño producido ocasionado a la víctima o a sus allegados es de angustia, aflicción emocional, insomnio, ansiedad, secuela psicológica o dificultad de adaptación, entre otras muchas que pudieran darse. Y, en último lugar, otro aspecto importante, que no siempre se tiene en cuenta, es la pérdida real que ha sufrido la persona, por algo que tenía y disfrutaba, siendo precisamente esa pérdida la que causa un sufrimiento psicológico y que afecta al desarrollo personal.

III. RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL EN LOS ACCIDENTES

III.1. La reparación del daño corporal psicológico y del daño moral

El fundamento de la responsabilidad civil, tanto cuando nos encontramos ante un criterio de imputación de la responsabilidad subjetivo como objetivo, es la reparación de un daño injusto padecido (que la víctima no estaba obligada a soportar) y esta, al menos en teoría, debe ser integral, tanto la derivada del artículo 1101 como del 1902 del Código Civil. Sobre el alcance de la responsabilidad, la jurisprudencia indica que “el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento o acto ilícito, lo que se conoce como *restitutio in integrum*” (STS 420/2020, de 14 julio). No obstante, la principal diferencia entre los daños patrimoniales y los daños morales se encuentra en la función del dinero para restaurar la pérdida ya que, si en el primer caso es compensable de este modo, en el caso del daño moral no siempre se puede compensar, téngase en cuenta que puede tratarse de la pérdida de una vida humana¹⁸.

Para establecer la indemnización de un daño sufrido en un accidente se debe valorar el perjuicio económico (daño emergente y el lucro cesante), el daño biológico sufrido (lesiones transitorias y secuelas), así como el daño moral, compuesto por diversos aspectos: que pueden ir desde la pérdida de bienestar o calidad de vida, al perjuicio estético o al estrés postraumático. La cuantía de esa indemnización dependerá de que resulten acreditados ambos extremos: que dichos

17 “Conlleva un riesgo de proliferación de demandas tendentes a reclamar daños morales que a veces son inexistentes” (Casado Andrés: 6 y 7).

18 Gómez Pomar (2000: 1-3).

daños o lesiones resulten acreditados, y que exista una relación casual adecuada entre el accidente y los daños sufridos.

Respecto al resarcimiento del daño moral objetivo es el padecimiento causado a cualquier persona (y que incluye el daño moral subjetivo)¹⁹, pero existen excepciones ya que no afecta por igual a todas las personas.

Para la reparación del daño moral, hay que tener en cuenta el concepto amplio de daño moral y el significado del daño psicológico, que cuando adquiere tal entidad es en puridad un daño corporal que genera un perjuicio moral, ya que conlleva una lesión psíquica.

Por ello, para lograr esta reparación en el caso que nos ocupa, debe quedar bien definida la diferencia entre el daño psicológico y el daño moral ya que no son equivalentes, y que en principio debiera ser objeto de valoración distinta, el primero por el perito y el segundo por el juez²⁰. Un daño moral puede ser el vacío del ser querido, pero si se cronifica ese daño anímico hay un daño psicológico que es daño corporal. Hay que tener en cuenta qué es lo que se está indemnizando, la privación de la compañía y el afecto del ser querido, o cómo se siente el perjudicado.

De este modo, si la salud psicológica se ve alterada por la causación de un accidente existe un daño psicológico que debe ser indemnizado y que requiere para acreditar su existencia de un informe pericial, por ejemplo, un dictamen o un informe de un psicólogo o un psiquiatra, donde se diagnostiquen las lesiones psicológicas de la víctima o el perjudicado, además de su tratamiento, para poder apreciar, valorar y cuantificar el daño psicológico y sus efectos. Por otro lado, y de ahí la diferencia, podría darse un daño moral, es aquí donde se puede utilizar otro tipo de pruebas, la declaración del reclamante, la testifical sobre el estrés o sufrimiento, o incluso las presunciones, al tratar de un aspecto subjetivo. Es por ello que la indemnización del daño psicológico (objetivo) no debe recibir el mismo tratamiento indeterminado del daño moral (subjetivo).

Sin perjuicio de dicha distinción, por último, hay que considerar que también pueda acontecer un daño patrimonial derivado de estos daños como serían los gastos médicos o psicológicos de una terapia realizada o el coste de la misma si estuviera justificada. En este sentido, por ejemplo, el artículo 36.3 de la LRCSCVM concede (y limita en su ámbito de

¹⁹ Medina Crespo (2022: 126).

²⁰ El daño psicológico cuenta con base empírica y es medible y objetivable, por lo que puede ser objeto de valoración pericial; mientras que el daño moral es impreciso y sin cuantificación empírica, por lo que tiene que ser objeto de valoración por el juez. *Vid.* Muñoz (2013: 61-62) y Esbec (2000: 153).

aplicación) a los familiares el derecho a los gastos de tratamiento médico y psicológico que reciban durante un máximo de seis meses por las alteraciones psíquicas que, en su caso, les haya causado el accidente.

III.2. La apreciación de la existencia de daño moral

III.2.1. *La prueba o la presunción de la existencia del daño moral*

La presencia de un daño para que genere reparación debe probarse en juicio, de manera que si un sujeto sufre un daño para la determinación y concreción de la cuantía indemnizatoria será preciso su acreditación. Sin embargo, a la hora de valorar por los tribunales la existencia de un daño moral, se observa una disparidad de interpretaciones, al no detallar los jueces en la sentencia los criterios utilizados, fijándose una suma por el juez atendiendo a su apreciación de las circunstancias y los parámetros de proporcionalidad y razonabilidad. Por eso, el problema de la valoración de este daño resulta de difícil solución, al no existir un baremo para todos los accidentes (salvo en el ámbito de los accidentes de circulación) ni unas tablas orientativas, como tampoco un consenso jurisprudencial. Su valoración dependerá, en última instancia, de las específicas circunstancias del caso, si se trata de un daño que afecta a la persona permanentemente o de forma puntual, y de la discreción del juez encargado de determinarla.

Si se analiza la jurisprudencia española, la prueba del daño moral no suele ser objeto de prueba directa, es decir, rara vez se efectúan informes médicos o psicológicos o una prueba testifical, más allá de la declaración del estado emocional. En la mayor parte de los supuestos se funda en “la presunción implícita de tratarse de sentimientos comunes a todas las personas”²¹. No obstante, señalan Martín-Casals y Solé, tiene un alcance más amplio como lo demuestra los ordenamientos europeos, gozando de una autonomía y características propias, “más allá de las consecuencias que pueda tener sobre los sentimientos de la persona”²².

En esta tesitura, la jurisprudencia se ha pronunciado respecto a la acreditación de dicho daño moral en una situación de notoriedad como es la producida por las consecuencias de la muerte, sin que se precise de una prueba específica. A este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo 281/2011, de 11 de abril (ponente J.A. Xiol Ríos), en un fallecimiento derivado de un accidente de un trabajador en un montaje en la central eléctrica del aeropuerto tinerfeño Reina Sofía, declara lo siguiente: “Y en cuanto a su acreditación, la jurisprudencia viene señalando que no es necesaria pruebas objetivas, sobre todo en su aspecto económico, sino que ha de

²¹ Cavanillas Múgica (2005: 167).

²² Martín-Casals y Solé Feliú (2003: 858).

estarse a las circunstancias concurrentes, declarando la sentencia de 11 de noviembre de 2003 que «Cuando el daño moral emane de un daño material (s. 19 octubre 1996), o resulte de unos datos singulares de carácter fáctico, es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte, pero cuando depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa, que justifica la operatividad de la doctrina de la "in re ipsa loquitur", o cuando se da una situación de notoriedad (SS. 15 febrero 1994, 11 marzo 2000), no es exigible una concreta actividad probatoria». Se ha dicho, así, que son "consecuencia natural de la muerte... (la) indefinible sensación de soledad, de desvalimiento y siempre pérdida del optimismo vital" (STS Sala Segunda 26 de junio de 1986), que "el llamado precio del dolor, el sufrimiento, el pesar o la amargura están ahí en la realidad sin necesidad de ser acreditados porque lo cierto es que el daño moral no necesita estar especificado en los hechos probados cuando fluye de manera directa y natural del referido relato histórico" (SSTS Sala Segunda, de 5 de marzo de 1991 y de 7 de julio de 1992), o que "... en ocasiones, el daño moral, el dolor o el sufrimiento que produce la pérdida de una persona muy próxima en la relación parental o relación de análoga afectividad, o la propia incapacitación del que sobrevive a la lesión, no necesitan ser probados, porque es ésta una circunstancia tan notoria que debe estar exenta de la obligación de prueba..." (STS Sala Segunda 17 de enero de 1992). Significar por último que en el supuesto enjuiciado la relación filial y conyugal con el fallecido no ha sido el único dato tenido en cuenta a los efectos indemnizatorios, pudiendo añadirse otros daños esenciales, tales como la convivencia o la dependencia económica que dotan de mayor fuerza y eficacia a la reclamación de la esposa e hijo de aquél”.

En definitiva, la jurisprudencia pone de manifiesto que, aunque se exige acreditar la realidad y alcance del daño, en lo que afecta al daño moral, y con determinadas matizaciones, cuando se da una situación de notoriedad no es precisa actividad probatoria de dicho alcance.

Ahora bien, aunque no se acudan a pruebas directas (como informes psicológicos o testificales), al presumir los tribunales en sus resoluciones que el daño moral procede de sentimientos comunes a todas las personas, la decisión judicial debería incorporar la descripción de la existencia del daño moral apreciado y el razonamiento en el que se basa el juzgador²³. En esta línea, no debemos olvidar que el imperativo legal establece que se debe incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción.

²³ Cavanillas Múgica (2005: 167).

Bajo la premisa de que todo daño debe ser probado, si un sujeto sufre un daño de cualquier índole para la determinación y la concreción de la cuantía indemnizatoria será preciso su acreditación y el daño moral no puede suponer una excepción. No estamos afirmando que se precise de una prueba contundente, pero sí es necesario que conste la apreciación de su existencia con un razonamiento. En este sentido, el artículo 386 de la LEC, en materia de presunciones, determina que “a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”. Un informe médico o psicológico puede acreditar ese daño, pero también la sana crítica puede llegar a esa conclusión si se argumenta. No cabe duda del sufrimiento por la pérdida de un hijo sin necesidad alguna de aportar una documental médica. En estos casos, podemos entender que el daño moral se encuentra *in re ipsa*, es decir, se deriva del hecho dañoso acontecido, sin que sea precisa una prueba del quebranto emocional sufrido²⁴. De hecho, lo que sí será objeto de prueba es quiénes son los perjudicados indirectos en caso de fallecimiento, aportando para ello el libro de familia o cualquier otro documento análogo, teniendo la relación de parentesco la consideración de presunción de hecho del daño moral²⁵, sin que se pruebe el daño emocional que se ha producido por el fallecimiento de ese determinado familiar con el que se guarda un vínculo directo. De hecho, para que un daño moral sea resarcido debe ser relevante²⁶, y ello afecta a los perjudicados y si existe o no presunción de sufrimiento por el parentesco con la víctima²⁷.

Ahora bien, ello no es óbice para que, en presencia de daños a los perjudicados por el fallecimiento de un familiar en un accidente, también se pueda (y se deba) aportar un informe o una pericial médica si esa pérdida da lugar a un acusado trastorno de la salud mental, tratándose entonces de un daño corporal psicológico. Del mismo modo, también un daño moral puede verse

²⁴ El principio *in re ipsa* aplicado al daño moral implica que su sola presencia, es decir, la situación de hecho dada hace ostensible una lesión en la esfera no patrimonial del sujeto derivada del mismo (*damnum in re ipsa*), que no depende de la prueba, sino que el perjuicio se presume *juris et de jure*. De este modo, este daño moral subjetivo constituye una excepción al principio general de la responsabilidad civil de que los daños tiene que ser probados por el reclamante.

²⁵ Vicente Domingo (1994: 228-229).

²⁶ Para un análisis más exhaustivo de los requisitos del resarcimiento, *Vid.* Quicios Molina (2011: 559-610).

²⁷ En nuestro el ordenamiento jurídico, el baremo de valoración de daños para los accidentes de circulación sirve de ejemplo respecto a la relevancia resarcitoria. En caso de fallecimiento, los parientes cercanos gozan de la presunción de que han sufrido un daño moral mientras que los lejanos se presume que no han sufrido, es decir, se les niega ese dolor. De este modo, los perjudicados son clasificados en cinco categorías autónomas y se considera que sufren siempre un perjuicio resarcible. Esto son el cónyuge viudo, los ascendientes, los descendientes, los hermanos y los allegados (art. 62 LRCSCVM). Y, por contra, la condición de perjudicado tabular se restringe al establecerse que puede dejar de serlo cuando concurren circunstancias que indiquen la desafección familiar o la inexistencia de toda relación personal o afectiva.

agudizado si ocasiona una ansiedad desmedida, una depresión o un estrés postraumático, que pudiera agravar ese daño, precisamente porque en los casos de accidentes el resultado dañoso se produce de manera súbita y traumática. En estos casos, en lugar de resultar de libre apreciación por parte del juzgador, consideramos que lo oportuno sería la aportación de pruebas.

En ocasiones, un informe médico o psicológico puede acreditar un daño corporal psicológico o un daño moral, al permitir evaluar los desajustes psicológicos, que sufre o ha sufrido una persona, la intensidad del hecho, y el nivel de tolerancia del individuo a la situación sufrida tras el accidente, algo que no siempre será posible utilizando el criterio de la sana crítica.

Esa valoración motivada, y si es posible acreditada, por tanto, va a permitir una doble función: por un lado, que la víctima sea recompensada económica (mediante una indemnización) y emocionalmente (reconocimiento) por el daño sufrido²⁸. Además de ser tenida en cuenta para fundamentar hechos probados; y, en el caso de que nos encontremos en el ámbito de la responsabilidad penal va a facilitar la calificación del hecho al Ministerio Fiscal²⁹.

Respecto a la motivación de su existencia, “la prueba de que el demandante ha padecido ese daño moral pertenece a la *quaestio facti*, para la que, de momento, la jurisprudencia constitucional no exige una motivación *ad hoc*”³⁰. Si bien, no debemos olvidar que las resoluciones civiles deben de ir acompañadas de motivación de la valoración de la prueba y, por ende, de la determinación de los hechos y los daños.

III.2.2. Valoración atendiendo a las circunstancias y a la causalidad en el resultado

Cuando el daño moral es consecuencia de un daño personal acreditado, el sistema de valoración del daño contenido en la LRCSCVM nos permite obtener un cierto criterio objetivo de valoración relativo al daño moral vinculado a ese daño corporal. Sin embargo, respecto a la valoración del daño moral que afecta al sufrimiento y al padecimiento psíquico, tal como la zozobra, la angustia o la ansiedad, nos encontramos que pertenece al ámbito de lo subjetivo, y que debe ser valorado conforme a las circunstancias y a la causalidad entre la conducta del agente dañador y el resultado producido.

La STS 338/2008, de 5 de junio, además de su interés por tratar de identificar el daño moral, refleja de manera acertada la posibilidad de valoración y cuantificación del daño moral

²⁸ Muñoz (2013: 61).

²⁹ Muñoz (2013: 61).

³⁰ Cavanillas Múgica (2007: 21).

por parte de los tribunales para compensar tales padecimientos, atendiendo a las circunstancias del caso y al resultado ocasionado en ese ámbito. Señala el alto Tribunal que: “[t]al y como se indica en la Sentencia de 14 de julio de 2006, la situación básica para que pueda apreciarse un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico –Sentencias de 22 de mayo de 1995, 19 de octubre de 1996 y 24 de septiembre de 1999–. La reciente jurisprudencia se ha referido a diversas situaciones, entre las que cabe citar el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual –Sentencia de 23 de julio de 1990–, impotencia, zozobra, ansiedad, angustia –Sentencia de 6 de junio de 1990–, la zozobra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre –Sentencia de 22 de mayo de 1995–, el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente –Sentencia de 27 de enero de 1998–, impacto, quebrantamiento o sufrimiento psíquico –Sentencia de 2 de julio de 1999 y de 31 de mayo de 2000–. Si bien, como se precisa en la misma Sentencia de 14 de julio de 2006 antes referida, los daños morales en sí mismos carecen de valor económico, no por eso dejan de ser indemnizables, conforme a conocida y reiterada jurisprudencia civil, en cuanto actúan como compensadores en lo posible de los padecimientos psíquicos irrogados a quien se puede considerar víctima, y aunque el dinero no actúe como equivalente, que es el caso de resarcimiento de daños materiales, en el ámbito del daño moral la indemnización al menos palía el padecimiento en cuanto contribuye a equilibrar el patrimonio, permitiendo algunas satisfacciones para neutralizar los padecimientos sufridos y la afección y ofensa que se implantó, correspondiendo a los tribunales fijarlos equitativamente –Sentencias de 19 de diciembre de 1949, 25 de julio de 1984, 3 de julio de 1991, 27 de julio de 1994, 3 de noviembre de 1995 y 21 de octubre de 1996–, atendiendo a las circunstancias de cada caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida –Sentencia de 24 de septiembre de 1999–”.

En esta coyuntura de consideración de las circunstancias, se debería avanzar un poco más y precisar, aún más, que la apreciación del daño moral requiere de una resolución personalizada, caso por caso³¹, para ponderar la indemnización en función del alcance de los daños y su intensidad, de las circunstancias de las personas (edad, sexo, condición personal y laboral, o factores como la sensibilidad)³², tiempo (duración y constancia del dolor y

³¹ En esta línea, en la responsabilidad civil derivada de delito, se pronuncia Magro Servet, al señalar que: “De esta manera, a la hora de fijar el daño moral es posible afirmar que la cuantificación no solo depende de la gravedad del delito, sino de su causación en un sujeto pasivo concreto y del grado de afectación que a este sujeto pasivo, y *no a otro*, le ha causado el delito” (2021:4).

³² En sentido contrario, *vid.* Barrientos para el que “la cuantía de la indemnización del daño moral será el grado de dificultad objetiva de la superación del daño en relación a las características individuales de la persona víctima del

sufrimiento), lugar (en el mar, en la carretera, en el aire, en la montaña, en una zona incomunicada o no) o tipo de accidente, si tales circunstancias en las que se cause el daño lleva aparejada una mayor secuencia traumática. Careciendo de trascendencia, respecto a estas circunstancias, el criterio de imputación de la responsabilidad civil (objetivo o subjetivo), ya que eso no justificaría una valoración del daño que fuera diferente, ya que las víctimas deben ser indemnizada por la lesión con independencia de este parámetro³³.

¿Cuál es su alcance?, ¿cuál es la gravedad de ese daño?, ¿en qué incide?, ¿qué se está indemnizando?, ¿bajo qué circunstancias se va a fijar? Son preguntas que debe plantearse el juzgador, y la defensa proporcionar argumentos de convicción o elementos probatorios a la hora de determinar y cuantificar el daño.

La jurisprudencia pone de manifiesto que, a falta de parámetros que permitan determinar económicamente el sufrimiento, es preciso una apreciación de las circunstancias. En este sentido, señala la ya reiterada STS 1303/2006, de 7 de diciembre (ponente J.A. Seijas Quintana), que: “[e]sta Sala, como señala la Sentencia de 4 octubre de 2006, ha venido declarando que la determinación de la cuantía por indemnización por daños morales, como es la que se impugna en el recurso, debe ser objeto de una actividad de apreciación por parte del juzgador, habida cuenta de la inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño esencialmente consiste. En efecto, se viene manteniendo que la reparación del daño o sufrimiento moral, que no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado, lo que conlleva la determinación de la cuantía de la indemnización apreciando las circunstancias concurrentes (SSTS 25 junio de 1984, 28 de abril de 2005, 10 de febrero de 2006, entre otras)”.

A falta de la más que obvia precisión matemática sobre la entidad del daño moral, la discrecional y la equitativa intervención de los tribunales desempeñan una labor relevante, lo que supone un indudable y extenso margen de arbitrio para valorar las circunstancias concretas especiales de cada caso, y que resulta difícilmente revisable. El problema se acentúa debido a

daño bajo el criterio de un hombre medio. La predisposición del ofendido al dolor resulta del todo irrelevante” (2008: 101).

³³ Y ello sin perjuicio de que en determinados ámbitos sí pudieran estar justificada una valoración atendiendo a un baremo propio, aunque no exista, al margen del de los accidentes de circulación, como sucede con las especificidades de los daños ocasionados por actuaciones médicas. Cuestión distinta es que se produzcan daños morales singulares que sí que puedan ser tenidos en cuenta de manera precisa como para incrementar los porcentajes de indemnización. Monterroso Casado (2023: 3577).

que, en muchas ocasiones, dichas pruebas presentadas en un juicio civil son valoradas de diferente forma por los tribunales. Y, además, no olvidemos que la naturaleza del recurso de casación impide una revisión valorativa de las pruebas realizada en el Tribunal de Primera Instancia³⁴.

En definitiva, antes de proceder a la determinación de la cuantía de la indemnización es necesario, como paso previo, averiguar los daños morales sufridos por la víctima, teniendo en cuenta las pruebas aportadas y la relación causal entre las conductas y el daño, al igual que las circunstancias. En este sentido, será preciso que no aparezca controvertida la relación causal entre la acción que ocasionó el daño y su resultado, es decir, la dolencia o el trastorno psicológico que padece el reclamante y que no provenga de otra causa, y ello de conformidad con los artículos 1902 del Código Civil y 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No obstante, como veremos más adelante, considero que el argumento de las dificultades (incluso la imposibilidad) para valorar de manera objetiva la existencia de daño moral no puede servir de justificación para no sentar las bases regulatorias de los supuestos de hecho que pueden generar daño moral, las circunstancias que deben ser tenidas en cuenta para su valoración y sus consecuencias jurídicas. Considero que los jueces no deberían verse abocados a arrebatar la función legislativa definiendo la figura del daño moral y su alcance jurídico precisamente por esa ausencia de regulación legal; al igual que tampoco el reclamante debería estar sujeto a una suerte de lotería judicial, que pone en riesgo la seguridad jurídica.

III.3. La cuantificación económica por daño moral: determinación de la indemnización ante la negativa ausencia de regulación legal

El daño moral, en cuanto daño, debe siempre valorarse y cuantificarse económicamente. Por ello, una vez que se ha apreciado la existencia de daño moral y se han valorado las circunstancias, debe determinarse la indemnización, es decir, debe cuantificarse el daño para su resarcimiento, proporcionando al afectado una indemnización que, en el caso de que la actividad donde se ocasione el accidente se encuentre cubierta por un seguro de responsabilidad civil, obligatorio o voluntario, será a cargo de la aseguradora, y de no existir correrá a cuenta del patrimonio del agente dañador.

³⁴ La jurisprudencia ha puesto reiteradamente de manifiesto que el recurso de casación no es una tercera instancia en la que se permita revisar la valoración efectuada de las pruebas. Resulta ilustrativa la STS 1065/2008, de 6 de noviembre, que señala: “Mas si la labor de dotar de significación jurídica a los hechos y la valoración jurídica de los mismos puede ser objeto de la revisión casacional, de ella queda fuera, de forma decidida e indiscutida, la concreción del substrato fáctico a partir del cual se han de realizar tales operaciones jurídicas y sobre el que se asienta la decisión del tribunal de instancia”.

A diferencia de los daños de carácter patrimonial, el daño moral resulta más difícil no solo de valorar sino de cuantificar, y la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por daños morales, al igual que sucede con los patrimoniales, no tiene acceso a la casación³⁵.

Nuestro ordenamiento jurídico carece de un sistema de compensación con unas normas predeterminadas fijas y estables para el resarcimiento del daño moral, con la salvedad de su inclusión en la cuantificación de daños por lesiones y secuelas que comprende el sistema baremado en el caso de los accidentes de circulación. Por ello, la cuantificación del daño moral es una facultad discrecional de los tribunales, que debe ser motivada. El artículo 120.3 de la Constitución proclama la obligación para los jueces y magistrados de motivar las resoluciones judiciales. De este modo, no solo es necesario un prudente arbitrio del juez de instancia en orden a fundamentar la existencia y alcance para la valoración del daño, atendiendo no solo a las pruebas, sino a la equidad y las circunstancias específicas del caso, sino también para fijar la cuantificación por el daño moral, tomando como referencia un baremo (y, en su caso, justificar si se establecen criterios de corrección), otras resoluciones dictadas en supuestos similares u otro parámetro. En este sentido, no debe confundirse esa facultad con una discrecionalidad exenta de motivación, es decir, debemos poner en entredicho que la reparación de un daño quede a merced del libre albur de la subjetividad del juzgador.

Es por ello que se deberían incorporar a nuestro ordenamiento unas bases legales para la apreciación y valoración de los daños y perjuicios morales, aunque existan dificultades³⁶. Es cierto que cada persona experimenta el dolor de modo diferente, y que también las circunstancias y los factores exógenos tiene un alcance en el sufrimiento, pero también lo es que los testimonios de víctimas y perjudicados tienen un alcance subjetivo, al igual que la apreciación por parte de los tribunales. Del mismo modo, el que resulte imposible un cálculo matemático y exacto del perjuicio sufrido no debería emplearse como argumento para no establecer una regulación en este ámbito.

³⁵ Nos remitimos a la STS 476/2014, de 30 de septiembre, y a la extensa jurisprudencia dictada, entre otras las sentencias 583/2011, de 6 de septiembre, y 220/2014, de 7 de mayo: "(e)sta Sala viene reiterando que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales no tiene acceso a la casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba (SSTS de 19 de octubre de 1990, 18 de julio de 1996, 14 de julio de 2000, 15 de marzo de 2001), solo susceptible de revisión, por error notorio o arbitrariedad, cuando existe una notoria desproporción (SSTS de 20 de octubre de 1988, 19 de febrero de 1990, 19 de diciembre de 1991, 25 de febrero de 1992, 15 de diciembre de 1994, 24 de marzo de 1998, 23 de noviembre de 1999, 5 de diciembre de 2000, 31 de enero de 2001, 25 de enero de 2002, 10 de junio de 2002, 3 de febrero de 2004, 28 de marzo de 2005, 9 de junio de 2005, 21 de abril de 2005, 17 de enero de 2006, 27 de febrero de 2006, 5 de abril de 2006, 9 de junio de 2006, 13 de junio de 2006, 16 de noviembre de 2006) o se comete una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la fijación del quantum [cuantía] SSTS de 15 de febrero de 1994, 18 de mayo de 1994, 21 de diciembre de 2006)".

³⁶ *Vid.* Zavala de González (2015: 211-229).

Es más, precisamente su complejidad hace más apremiante llevar a cabo esta labor, siendo preferible una regulación que adolezca de carencias que el arbitrio y discrecionalidad judicial. Los inconvenientes que versan sobre la apreciación y la cuantificación de estos daños se deben ir resolviendo, sin que se utilicen de veto para establecer una regulación o, al menos, unas bases de manera preceptiva y vinculante.

La concesión por parte de nuestros tribunales de compensaciones en concepto de dolor, sufrimiento o zozobra resulta voluble, tornadiza y un tanto desvinculadas de un elemento objetivo, por lo que entendemos que requiere del establecimiento de unos parámetros objetivos que puedan servir de referencia en la valoración del daño y su intensidad.

El establecimiento de un catálogo de daños morales, como en el modelo francés, puede resultar de ayuda, aunque entendemos que debiera efectuarse como criterio orientador y no como un *numerus clausus*, de manera que no se interprete que aquellos daños morales no incluidos queden excluidos, ya que es factible que aparezcan supuestos atípicos; al igual que sería preciso que se establecieran las circunstancias (personas, tiempo y lugar) o tipo de accidente que inciden, con carácter general, en la intensidad de daño moral, sin que queden establecidos rígidamente o no exista cabida para aquello que no se comprenda normativamente, precisamente y en consonancia con la naturaleza del daño moral que hemos abordado. También debe tener cabida en dicha regulación la determinación de quiénes se consideran como perjudicados en el caso de fallecimiento de la víctima.

Otro aspecto que debe corregirse es que las resoluciones judiciales que conceden daños morales puedan efectuarse en cantidades globales sin un desglose de las cantidades otorgadas. Esta práctica no resulta acertada. Deben establecerse categorías de indemnizaciones separadas y distintas. Junto al principio de reparación íntegra, se sitúa el principio de vertebración que también debemos tener presente. Precisamente, el principio de vertebración (recogido por su relevancia de manera expresa en el baremo de tráfico) requiere que se valoren por separado los daños patrimoniales y los no patrimoniales y, dentro de unos y otros, los diversos conceptos perjudiciales. Considero que el respeto a este principio debe extender al resarcimiento del daño causado en cualquier otro tipo de accidente, de manera que deben rechazarse las indemnizaciones globales. Se deben determinar los hechos y los perjuicios morales sufridos por las víctimas o los perjudicados, y que quede reflejada la cuantía económica asignada como reparación, para conocer a qué concreto daño moral se adjudica. De esta manera, se debe abogar por que los daños morales sean determinados en una partida individual y que además se distinga por concepto de dolor y de sufrimiento, por un lado, y por concepto de pérdida del disfrute de la vida, por otro. A

falta de una regulación legal, al menos, esta práctica puede servir de referencia a los operadores jurídicos para poder lograr un resarcimiento de daños más equilibrado en el sistema judicial.

Ante esta tesitura, y a falta de una regulación legal efectiva, existen varios mecanismos para efectuar el cálculo de la cuantía de la indemnización: aumentar en un porcentaje la indemnización prevista, aplicar las cantidades determinadas por este concepto en otras resoluciones análogas, o utilizar un sistema baremado.

En cuanto a la primera opción, la de incorporar el daño moral cuando se produzca al mismo tiempo un daño patrimonial probado, de manera que se adiciona una cantidad en este concepto a modo de porcentaje³⁷, supone una solución sencilla para el caso de que se produzcan ambos tipos de daños. Sin embargo, no se está cuantificando el daño moral conforme a la valoración previa que se tendría que realizar entre el daño corporal y el daño moral, máxime cuando en muchos de los supuestos este puede ser de mayor relevancia que el primero. Resulta conveniente, además, la motivación y la justificación de esa partida del daño moral, es decir, que no se fije una cantidad global, sino que se separe de la partida del daño corporal, asignando una cantidad a cada una de ellas, es decir, diferenciando, por un lado, los daños patrimoniales y, por otro lado, los daños morales.

Respecto a atender a lo dictado por otras resoluciones de manera que se manifieste la coherencia de la resolución con la consideración que viene teniendo ese tipo de daño moral en otras sentencias³⁸. En este caso, no contamos con tablas orientadoras ni nos encontramos en un sistema judicial donde las resoluciones precedentes (es decir, la solución que brinda un tribunal ante estos daños en otros casos) puedan crear un precedente legal. No hay supuestos idénticos y mucho menos cuando tenemos que valorar algo tan subjetivo como el daño moral y las circunstancias, por lo que parece que debería rechazarse en estos casos el acatar otras resoluciones y atenerse al *stare decisis et non quieta movere*. Ahora bien, en el caso de que estuviesen las distintas partidas bien diferenciadas y argumentada la intensidad del daño moral podría servir al menos de referencia ya que las partes, como sucede en cualquier procedimiento, pueden (y resulta aconsejable) citar resoluciones en un sentido o en otro para sustentar la cuantificación propuesta como indemnización o su rechazo por desviarse significativamente de otras resoluciones.

³⁷ Moreno Martín (2019: 115).

³⁸ Ante la imposibilidad de encontrar un parámetro absoluto para efectuar la valoración del daño moral “habrá de acudir a parámetros más humildes, de índole relativa o comparativa. Es decir, que la motivación deberá justificar meramente la coherencia de la decisión judicial con las indemnizaciones que vienen mereciendo esos y otros tipos de daños morales”. Cavanillas Múgica (2006: 168-169).

El siguiente mecanismo es el de recurrir a un baremo de valoración del daño para cuantificar la indemnización, aunque no corresponda a criterios generales ni se encuentre dispuesta la norma para ese ámbito. A los jueces les resulta de utilidad acudir a un sistema baremado en los supuestos de daños por muerte o lesiones, al incluir el daño moral en su valoración. La legislación española solo cuenta con un baremo específico para la cuantificación de los daños personales, que se encuentra contenido en el Anexo del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (LRCSCVM), que tras la reforma de la Ley 30/1995, de 22 de septiembre, de valoración de daños personales causados a las personas en accidentes de circulación, introdujo, por primera vez en el texto legislativo, una serie de valoraciones legales del daño corporal que vinculan a jueces y tribunales en ese campo. Esta cuantificación recogida por el legislador establece en el primer punto del Anexo que *este sistema se aplicará a la valoración de todos los daños a las personas ocasionados en accidente de circulación, salvo que sean consecuencia de delito doloso*. La norma, que en su Título IV (artículos 32 a 143), determina las normas para efectuar dicha valoración, será analizada a continuación junto a su carácter obligatorio u orientativo, en consonancia con su ámbito de aplicación.

IV. LA APLICACIÓN DEL BAREMO DE LA LRCSCVM PARA EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL OCASIONADO POR DAÑOS PERSONALES

Para proceder a la determinación de la cuantía de la indemnización de los daños sufridos por la víctima, la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación incorpora un sistema hermético de cuantificación del daño causado mediante un extenso anexo, que determina una cuantía económica en concepto de indemnización, atendiendo a dos variables: la edad y los ingresos netos de la víctima. En ese baremo se incluyen unas valoraciones legales que vinculan a jueces y tribunales (a diferencia de los anteriores baremos establecidos por la Dirección General de Seguros, que eran únicamente de carácter orientativo). Los daños objeto de valoración, y que por tanto dan lugar a indemnización, son los de la muerte, las secuelas y las lesiones temporales, conforme a unas tablas contenidas en dicho anexo, donde se incluyen, por separado, la reparación de los perjuicios personales básicos, la de los perjuicios personales particulares y la de los perjuicios patrimoniales.

El objetivo del baremo es resarcir los daños personales y patrimoniales causados a una persona como consecuencia del daño corporal en virtud de un accidente de circulación. El

artículo 32 de la norma determina, al efecto, que el sistema tiene por objeto valorar todos los perjuicios causados a las personas como consecuencia del daño corporal ocasionado por hechos de la circulación regulados en esa Ley. No obstante, a continuación, en esta valoración legal del daño corporal se incorpora el daño moral en la reparación del mismo. Los dos principios fundamentales del sistema objetivo de valoración, que se recogen en el artículo 33 como principios fundamentales del sistema, son: la reparación íntegra del daño y su reparación vertebrada, lo que incluye daños corporales y morales. En este sentido, dispone el «principio de la reparación íntegra», el cual rige no solo las consecuencias patrimoniales del daño corporal sino también las morales o extrapatrimoniales e implica en este caso compensar, mediante cuantías socialmente suficientes y razonables que respeten la dignidad de las víctimas, todo perjuicio relevante de acuerdo con su intensidad (artículo 33.3). Por otro lado, respecto al «principio de vertebración del daño» se delimita con claridad la valoración de los daños extrapatrimoniales o morales de los daños de naturaleza patrimonial, y distingue en estos últimos entre de daño emergente y lucro cesante (artículo 33.4). Sin embargo, a pesar de la bonanza de proclamar estos principios, la indemnización íntegra queda excluida paradójicamente en la propia aplicación estricta del baremo, permitiéndose solo la posibilidad de su incremento en un 25% por perjuicios excepcionales (artículo 77).

En relación al fallecimiento de la víctima y la indemnización prevista a los perjudicados por el siniestro, la Tabla 1 establece la cuantía de perjuicio personal básico, particulares y excepcionales, y las cuantías de los perjuicios patrimoniales, distinguiendo las categorías del daño emergente y del lucro cesante, y la determinación legal de los que tienen la consideración de perjudicados, fijando los criterios y concurrencia entre ellos: el cónyuge viudo, los ascendientes, los descendientes, los hermanos y los allegados (artículo 62 a 75). De este modo, el legislador ha querido cuantificar económicamente la existencia de un daño moral por la existencia de una relación familiar, bajo la presunción de la existencia de dicho daño subjetivo.

Por otro lado, en la Tabla 2.B se especifican daños morales específicos al considerar la descripción concreta de «daños morales complementarios» como factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes.

Por lo que se refiere al modo de valoración de las secuelas, el artículo 104 dispone que el régimen de valoración económica del perjuicio psicofísico, orgánico y sensorial con el daño moral ordinario que le es inherente, y del perjuicio estético, se contiene en el baremo económico de la tabla 2.A.2, cuyas filas de puntuación y columnas de edad expresan, respectivamente, la extensión e intensidad del perjuicio y su duración. Es decir, en principio, no se permite una

indemnización acumulada por daño moral adicional a lo que expresamente reconoce el baremo por esta partida³⁹. De este modo, el daño moral se indemniza conjuntamente con dicho daño. Ahora bien, tal y como dispone la tabla 2.B relativa a la indemnización por secuelas, en cuanto al perjuicio personal particular, se contemplan, por un lado, «daños morales complementarios por perjuicio psicofísico» cuando las víctimas hayan sufrido una única secuela que supere los 60 puntos o el resultado de las concurrentes alcancen los 80 puntos; y, por otro lado, «daños morales complementarios por perjuicio estético» cuando las víctimas sufran un perjuicio estético que alcance al menos 36 puntos. En dichos casos, van a poder reclamar una cuantía adicional. Se reconocen también otros daños morales que dan lugar a un incremento de la indemnización como es la pérdida de la calidad de vida ocasionadas a la víctima por las secuelas, distinguiendo si la misma es muy grave, grave, moderada o leve; así como también se concede una indemnización por el perjuicio moral por pérdida de calidad de vida de los familiares de grandes lesionados. Y, por último, también se establece una cantidad por la pérdida del feto a consecuencia del accidente, multiplicándose por dos si se produce tras las doce semanas de gestación.

De este modo, el legislador ha cuantificado los daños morales en las tablas del baremo con unas horquillas de cantidades entre las que se debe mover el juzgador. Por consiguiente, se entiende que no es posible probar la existencia de un daño real mayor del recogido en esas partidas de las tablas, del mismo modo que tampoco lo sería la prueba en contrario por parte de la aseguradora⁴⁰. Lo único que podría discutirse y ser objeto de apreciación sería la difícil prueba de la relación personal entre víctima y familiar en supuestos muy concretos donde pueda verse en entredicho la presencia de esa aflicción por daño moral por fallecimiento, como pudiera ser, por ejemplo, la existencia de una sentencia condenatoria por malos tratos contra el beneficiario.

IV.1. El carácter vinculante del baremo en los accidentes de circulación

Las valoraciones legales del daño corporal introducidas en la LRCSCVM vinculan a jueces y tribunales en la cuantificación de los daños a las personas ocasionados en accidente de

³⁹ López y García de la Serrana (2019: 7).

⁴⁰ Señala Magro Servet que “ese daño subjetivo y personal se cuantifica en una determinada suma, sin ser posible que el perjudicado pueda y quiera probar que su daño es mayor que el de otros y que la muerte vale para él más que la cifra que consta en el baremo. Esta circunstancia debe ser rechazada, ya que no se admite la prueba de ese «mayor daño moral» por ser una materia subjetiva sobre la que el legislador, de forma más estricta o generosa en cada caso, ha querido objetivar para huir de esa discrecionalidad judicial que hasta la fecha existía para cuantificar ese daño moral” (2011: 13).

circulación, salvo que fueran consecuencia de un delito doloso⁴¹. No obstante, la aprobación de este sistema, cuyo artículo 1.4 dispone que este baremo será de obligatorio cumplimiento para la cuantificación de los daños corporales ocasionados por la circulación de vehículos a motor⁴², originó una destacable discusión doctrinal y jurisprudencial relativa a la introducción de estas valoraciones legales debido a que, entre otros argumentos, el artículo 1.902 del CC no establece limitación indemnizatoria alguna y que la vinculación del baremo implicaría una discriminación racional, ética y jurídica entre víctimas derivadas de los accidentes de circulación y otras derivadas de acciones imprudentes distintas⁴³.

En este sentido, se acusaba al baremo de ser inconstitucional porque trataba con desigualdad situaciones análogas (solo operaba para los accidentes de circulación y no para otro tipo de accidentes en los que se podían pedir indemnizaciones mayores). Se entendía que en el derecho español rige el principio de la *restituto in integrum* o de la indemnización total y absoluta del daño producido, de tal manera que, si una persona demostraba un perjuicio con motivo de un accidente de circulación, había que resarcirle íntegramente independientemente de lo que dijeran unas tablas. El Tribunal Constitucional, dando respuesta a la obligatoriedad o no del baremo, resolvió que precisamente la igualdad reside en tratar desigualmente situaciones desiguales y que los accidentes de circulación, debido al arraigo social de los vehículos y a la situación de riesgo cotidiana que crean, merecían un tratamiento diferenciado y unitario, evitando sentencias dispares en aras de la seguridad jurídica⁴⁴.

De este modo, con este sistema baremado, *a priori*, más justo y objetivo, se renuncia al principio de la discrecionalidad judicial, por lo que se plantea, como veremos a continuación, su idoneidad para el resto de accidentes.

IV.2. El carácter orientativo del baremo en el resto de accidentes

La aplicación de soluciones para la valoración del daño en otros accidentes distintos al tráfico rodado se puede sostener como una necesidad, en especial cuando nos encontramos en el mismo

⁴¹ Artículo 1.6 de la LRCSCVM: “En todo caso, no se considerarán hechos de la circulación los derivados de la utilización del vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes”.

⁴² Artículo 1.4 de la LRCSCVM: “Los daños y perjuicios causados a las personas como consecuencia del daño corporal ocasionado por hechos de la circulación regulados en esta Ley, se cuantificarán en todo caso con arreglo a los criterios del Título IV y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el Anexo”.

⁴³ Monterroso Casado (2020: 122).

⁴⁴ STC de 29 de junio de 2000, ratificada por la STC de 29 de enero de 2001, y sin que en la actualidad exista duda alguna sobre su aplicación obligatoria en los daños derivados de la circulación de vehículos, y que ha sido puesta reiteradamente de relieve por la jurisprudencia de la Sala de lo Civil (SSTS de 30 de octubre de 2008, 25 de febrero de 2009 o de 30 de abril de 2012, entre muchas otras). Monterroso Casado (2020: 122 y 123).

ámbito del ordenamiento como es el orden civil. Dicho sistema baremado previsto en la Ley 35/2005 parece ofrecer una solución a la indemnización por daños ocasionados en accidentes derivados de la imputación de una responsabilidad civil extracontractual ya que, de otro modo, la evaluación del daño moral debe ser, como hemos visto, determinada discrecionalmente por el tribunal.

Ello no es óbice para que podamos criticar la existencia de un baremo sectorial para los accidentes de circulación, en lugar de un sistema de valoración general de daños corporales con independencia del ámbito de la actividad donde se produzca el resultado. Martín-Casals ha analizado las guías y tablas que se utilizan en otros países europeos para calcular la cuantía de la indemnización, poniendo de manifiesto que estos son generales, sin que exista “nada parecido al sistema de valoración español, con un baremo en teoría limitado a los accidentes de circulación, relativamente cerrado y de carácter vinculante”, poniendo de relieve que “el sistema de valoración español coarta de un modo considerable el poder discrecional de los jueces”⁴⁵. En esta misma línea, otros autores también advierten que el baremo no se debe aplicar estrictamente en la valoración de los daños que sean ajenos a ese ámbito porque “proporciona únicamente una satisfacción parcial”⁴⁶.

Nuestra jurisprudencia viene aplicando el sistema tasado de valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación de vehículos a motor para determinar la indemnización por los daños personales causados en siniestros ocurridos fuera de ese ámbito debido a que su utilización ostenta la clara ventaja práctica de dotar la concreción de una cantidad económica, con la correspondiente actualización anual.

Si analizamos las resoluciones, podemos observar que, efectivamente, se viene admitiendo su aplicación a otros supuestos en los que existen daños personales que reparar, pero con una matización y es que fuera del ámbito de los vehículos a motor se entiende que este sistema no es preceptivo y vinculante, sino orientativo, tal y como se recoge reiteradamente en la jurisprudencia de la Sala Civil a la hora de analizar supuestos de mala praxis médica, electrocuciones, accidentes aéreos o marítimos, entre otros⁴⁷. De este modo, afirma la STS 232/2016 de 8 de abril, que: “La jurisprudencia de esta Sala ha establecido también sin fisuras la posibilidad de utilizar las reglas del Baremo como criterios orientadores, no vinculantes, para cuantificar las indemnizaciones por los perjuicios causados a las personas como consecuencia

⁴⁵ Martín-Casals (2013: 7-8).

⁴⁶ Fernández Iglesias (2018: 69).

⁴⁷ Monterroso Casado (2023: 3574).

del daño corporal ocasionado en sectores de actividad distintos de la circulación de vehículos de motor (entre muchas, SSTS 906/2011, de 30 de noviembre; 403/2013, de 18 de junio; o 262/2015, de 27 de mayo). Del mismo modo, lo señala de manera más reciente la STS 963/2023, de 14 de junio, que incluso hace extensivo ese carácter orientativo a la consideración de perjudicados⁴⁸.

De este modo, apoyamos la defensa de la utilización del baremo de tráfico como criterio orientador⁴⁹, y la jurisprudencia del mismo modo lo viene aplicando con un efecto expansivo. Ahora bien, aunque el baremo es un sistema que resulta al juzgador de utilidad práctica para la indemnización del daño moral en aquellos accidentes donde el mismo es consecuencia de la existencia de un daño corporal, hay que resaltar que, aunque se prevé, como hemos visto, el resarcimiento del daño moral, solo entra en su ámbito de extensión el vinculado al daño corporal causado, por lo que cualquier otra agresión o perturbación de la esfera de la personalidad no vinculada al mismo debe ser valorada aparte.

Por otro lado, entiendo que esa opción de aplicar o no el baremo debe ser coherente tanto en su sistema tabular como en el de valoración en la fecha de accidente. En este sentido, las SSTS 84/2020, de 6 de febrero y 262/2015, de 27 de mayo, recuerdan que “la aplicación del sistema tabular debe ser íntegra y no solo en los aspectos que las partes consideren más favorables a sus intereses, señalando la STS de 18 de junio de 2013 (...) que lo que no es posible es tenerlo en cuenta cuando le interesa y apartarse del mismo si le resulta perjudicial”. Por ello, si se aplica, debe evitarse lo que, en mi opinión, podríamos denominar «el efecto buffet libre», es decir, me voy al baremo y tomo y rechazo lo que más me convenga, un poco de aquí y otro de allá. Algo que precisamente ya se ha advertido en algunas resoluciones jurisprudenciales, siendo exponente de ello la STS 597/2021, de 13 de septiembre (en un supuesto de secuelas por mala praxis médica en el parto), que señala que “si se aplica orientativamente el baremo indemnizatorio de accidentes de circulación lo ha de ser con todas sus consecuencias entre ellas la del régimen vigente para la

⁴⁸ A tal efecto, señala la STS 963/2023, de 14 de junio: “El carácter orientativo del baremo en otros campos ajenos a la responsabilidad por el uso y circulación de vehículos de motor ya ha sido puesto de relieve por esta sala en anteriores sentencias. Por ejemplo, en la sentencia 269/2019, de 17 de mayo, declaramos que la utilización del baremo de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor para la cuantificación de la indemnización de los daños personales no supone que solo puedan considerarse perjudicados los considerados como tales en la normativa que establece el citado baremo. Tratándose de sectores de actividad distintos de la circulación de vehículos de motor que es objeto de dicha ley, la fijación de un determinado círculo de perjudicados en la normativa reguladora del mencionado baremo no resulta vinculante, y el tribunal puede, justificadamente, considerar como perjudicadas a otras personas y acordar a su favor una indemnización que tenga en cuenta los criterios indemnizatorios que en la normativa reguladora del baremo se establecen para los perjudicados con los que puedan guardar mayores analogías”.

⁴⁹ *Vid.* el reciente análisis de Vicente Domingo (2024: 684- 689).

determinación del daño” (SSTS, Sala 1ª, 429/2007, de 17 de abril y 147/2016, de 1 de enero)⁵⁰. De este modo, hay que rechazar un arbitrio judicial en la elección del sistema de valoración, ya que el que el citado baremo se utilice con carácter orientativo y que puedan aplicarse criterios correctores en atención a las circunstancias concurrentes en el sector de actividad donde ha acaecido el siniestro, “no significa que el margen de arbitrio del tribunal llegue al punto de poder elegir qué sistema de valoración de daños personales y qué cuantías elige, si los vigentes cuando se produjo el accidente (y, en el caso de lesiones, la cuantía del punto vigente cuando se produce el alta definitiva) o los vigentes en un momento posterior, como puede ser el de la sentencia” (STS 460/2019, 3 de septiembre)⁵¹. Además, si atendemos al propio articulado del texto legislativo, relativo a la aplicación del sistema de valoración, se manifiesta expresamente que “la correcta aplicación del sistema requiere la justificación de los criterios empleados para cuantificar las indemnizaciones asignadas según sus reglas, con tratamiento separado e individualizado de los distintos conceptos y partidas resarcitorias por los daños tanto extrapatrimoniales como patrimoniales” (art. 35 de la LRCSCVM).

De hecho, ya hemos tenido ocasión de criticar ese modo de acoger el baremo en el criterio del cálculo matemático de las indemnizaciones, pero apartándose del mismo en cuanto a las partidas indemnizables y su incremento porcentual de la cantidad global, argumentando íntegra indemnidad como toda justificación, sin atender tampoco al régimen vigente⁵². Es por ello que, si la valoración del daño se somete al baremo de accidentes de circulación, lo que no cabe es someterla a los conceptos a los que a cada uno le convenga o solicitar la aplicación de solo alguno de los criterios. En este sentido, si se utiliza el baremo no se podrá resarcir, con carácter general, el daño moral como una indemnización complementaria, habrá que acreditar su existencia y justificar el porcentaje de incremento de la indemnización ya que el resultado de aplicar un factor de corrección sobre toda la indemnización en un porcentaje discrecional aplicado por el juez, sin justificar ni fundamentar por qué lo incrementa en ese porcentaje a tanto alzado y no en otro, poco o nada que tiene que ver con la aplicación objetiva de un baremo, en el que se calculan y

⁵⁰ En este sentido, desde las SSTS 429/2007 y 430/2007, de 17 de abril, de Pleno, recogidas expresamente de manera más reciente por las SSTS 460/2019, 3 de septiembre y la mencionada de 597/2021, de 13 de septiembre, se determina “que los daños sufridos quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente en el momento de la producción del hecho que ocasiona ese daño, sin perjuicio de que su valoración económica se haga, a efectos de concretar la indemnización correspondiente, con arreglo a los importes que rigen para el año en que se produzca el alta definitiva o estabilización de las lesiones sufridas por el perjudicado”, citando a tal efecto otras resoluciones.

⁵¹ Opinión que no cuenta con un consenso doctrinal. Indica Roca Trías que “tan constitucional es recurrir al Baremo como medida orientativa para reconocer indemnizaciones (STC 181/2000, de 19 de junio), como no hacerlo, o incluso utilizarla para valorar unas partidas y no otras” (2020: 88 y 89).

⁵² Monterroso Casado (2023: 3576).

cuantifican cada partida indemnizatoria. De hecho, pudiera ser más oportuno que el juzgador prescindiera del baremo y fijara una cantidad sin desvirtuar el mismo.

Cuestión distinta es que algunos autores especialistas en valoración del daño, como Medina Crespo, hayan puesto de manifiesto que debido a que dicho baremo no respeta el principio de reparación íntegra del daño, su aplicación sin matices fuera de ese ámbito podría vulnerar el derecho a la reparación íntegra de la víctima, siendo oportuna la aplicación de factores de corrección⁵³. En la misma línea, Dueñas Martínez defiende que las cuantías previstas en el baremo supongan un límite de mínimos, de manera que se puedan solicitar mayores indemnizaciones “en aquellos casos en los que pueda motivar este mayor perjuicio, pero el sistema de valoración del daño supondrá un cuadro de mínimos para los jueces y tribunales, en la determinación de las indemnizaciones”⁵⁴. Es por ello, que resulta preciso analizar a continuación los principales criterios jurisprudenciales de corrección de resarcimiento del daño moral derivado de accidentes en ámbitos distintos al de la circulación de vehículos.

V. CRITERIOS DE CORRECCIÓN DEL RESARCIMIENTO POR DAÑO MORAL EN LOS ACCIDENTES

Ante la inexistencia de normas de valoración de los daños personales causados en accidentes distintos a los de la circulación de vehículos a motor, la jurisprudencia considera adecuada una indemnización en cuya fijación el baremo legal existente para los daños personales tenga una función orientativa, considerando que se puedan aplicar criterios correctores en atención a las circunstancias concurrentes en el sector donde acontezca el accidente. Las Sentencias dictadas por el accidente marítimo del Costa Concordia, por el accidente aéreo de Spanair y por el de Germanwings constituyen formidables ejemplos en los que ha sido posible, con sus particularidades, aplicar un factor de corrección al sistema de valoración del daño moral, tal y como se analizará a continuación.

V.1. El daño moral complementario

La resolución dictada por el magistrado ponente F. Pantaleón, en la STS 232/2016, de 8 de abril, sobre el naufragio del Crucero «Costa Concordia» es un ejemplo paradigmático de daño moral complementario. En una situación apreciada de especial sufrimiento e incertidumbre, tras

⁵³ Medina Crespo (2021: 627). *Vid.* también Villaluenga Ahijado (2022: 208).

⁵⁴ Dueñas Martínez (2024: 13), que se apoya en abundante jurisprudencia, entre las más recientes, las SSTS 323/2020, de 23 de julio; 582/2020, de 5 de noviembre; 714/2021, de 23 de septiembre; 953/2021, de 2 de diciembre; y 614/2022, de 22 de junio.

el hundimiento parcial del buque después de chocar contra un arrecife en la costa italiana, al margen del daño corporal, se completó la indemnización de los pasajeros en concepto de daño moral.

El Alto Tribunal utilizó las reglas del baremo de accidentes de circulación como criterios orientadores para la indemnización del daño corporal⁵⁵, e indemnizó por separado el daño moral. En esta tesitura, se recoge el criterio que adoptó la Audiencia, respecto a que la aplicación orientativa del baremo para cuantificar daños físicos, que había considerado que no se encontraban obligados, “como sistema cerrado de valoración del perjuicio, a englobar la totalidad de los daños ocasionados, incluidos los morales” derivados de las especiales circunstancias, que justificaban la valoración de los daños morales como independientes y sin previa acreditación. De este modo, determina la Sala del Tribunal Supremo que: “La utilización de las reglas del Baremo como criterios orientadores, es decir, para cuantificar las indemnizaciones por los perjuicios causados a las personas como consecuencia del daño corporal no ocasionado por un hecho de la circulación (de un vehículo de motor), no excluye la indemnización por separado de los daños morales que no sean consecuencia del referido daño corporal; requisito, este último, que elimina por hipótesis la posibilidad de una doble indemnización por el mismo daño moral”.

Al hilo de la resolución, indica Domínguez Martínez que debe distinguirse entre daño moral objetivo y subjetivo, incluyendo en este concepto la angustia y la zozobra motivada por el naufragio reconocidas a todos los pasajeros, considerando que, efectivamente, “debe ser objeto de indemnización separada, sin que ello signifique que se duplique la indemnización”⁵⁶. En esta línea, indicaba ya Martín-Casals, antes de dictarse dicha resolución, que en el modelo francés los daños morales que sufren los supervivientes se consideran un tipo más de daño moral indemnizable (*préjudice d'affection*) y se compensa con cantidades sustanciales⁵⁷.

Por lo tanto, este concepto de indemnización por daño moral, independiente y no asociado al daño corporal, va más allá del comprendido en el sistema baremado de los accidentes de circulación, y al que es posible aludir como daño moral complementario.

V.2. El daño moral por duelo patológico

⁵⁵ Vid. los Comentarios de la sentencia de Magro Servet (2016), Medina Crespo (2016: 9-22), y López Martínez (2016: 1-15).

⁵⁶ Domínguez Martínez (2016: 259).

⁵⁷ Martín-Casals (2013: 17).

Las SSTS 269/2019, de 17 de mayo; 460/2019, 3 de septiembre; 624/2020, de 19 de noviembre; y 630/2020, de 24 de noviembre (ponente R. Saraza Jimena)⁵⁸, en el accidente de aviación de Spanair en el aeropuerto de Barajas, puede tomarse como referencia en la aplicación de un criterio de corrección del resarcimiento por daño moral por duelo patológico. El Alto Tribunal hace referencia a la sentencia 776/2013, de 16 de diciembre, que recoge el efecto expansivo del baremo y su admisión jurisprudencial como criterio orientativo, no vinculante, atendiendo a las circunstancias concurrentes y el principio de indemnidad de la víctima que informa los artículos 1106 y 1902 del Código Civil, poniendo, además, de manifiesto que ello no impide la aplicación de criterios complementarios. En este sentido, declara que: “Esta utilización orientativa del citado baremo para la cuantificación de la indemnización de los daños personales no impide que puedan aplicarse criterios correctores en atención a las circunstancias concurrentes en el sector de actividad al que venga referida esta utilización”.

En el caso de los fallecimientos acontecidos en dicho accidente aéreo, la argumentación de esa necesidad la encuentra en el carácter catastrófico, la confianza en la seguridad aérea y una mayor predisposición al duelo patológico. A tal efecto, señala: “En el caso del fallecimiento de un pasajero en un accidente aéreo, su carácter catastrófico y las demás circunstancias que lo rodean (entre otras, la frustración de la confianza en la mayor seguridad del transporte aéreo de pasajeros por la exigencia de elevados estándares de seguridad) lo hace más propenso a provocar un duelo patológico por el fallecimiento del ser querido”, siendo distintas las circunstancias que acontece en este supuesto que las circunstancias que puedan concurrir en la circulación de los vehículos de motor. Bajo ese razonamiento, se considera que la utilización del baremo en un accidente aéreo es adecuada, al tener un carácter objetivo para cuantificar el daño personal, si bien aplica un factor corrector, incrementando la cuantía obtenida en un 50% debido a las especiales circunstancias que tienen lugar en ese tipo de accidentes y que señala que originan un mayor daño moral derivado de un duelo patológico⁵⁹. De este modo, es el daño moral acontecido el que sirve para justificar una diferenciación tan acentuada a la hora de cuantificar el importe de la indemnización. Sin embargo, se da la circunstancia de que el porcentaje de incremento en esa cantidad se aplica sobre la indemnización total, incluyendo la parte de resarcimiento del daño patrimonial, lo que sin duda es, cuando menos, llamativo⁶⁰. En la reparación íntegra del daño debe justificarse el mismo, así como los porcentajes de incremento sobre las cuantías

⁵⁸ Farnós Amorós (2022: 75-94).

⁵⁹ Monterroso Casado (2023: 575).

⁶⁰ López y García de la Serrana (2020: 6).

indemnizatorias de la LRCSCVM en el supuesto de que el tribunal decida aplicarlas. De hecho, el incremento del 25% para el perjuicio excepcional previsto en su articulado se aplica al perjuicio personal básico, pero no al patrimonial (artículo 77 en relación con el artículo 33 de la Ley).

Señala Medina Crespo que el duelo patológico es un “estricto daño corporal” indemnizable bajo el principio de indemnidad, excluido de indemnización en los accidentes de circulación, pero “su resarcimiento exige que ese duelo patológico exista y quede demostrado su alcance, sin que su mera posibilidad pueda ponderarse de modo indiscriminado y general para resarcir los perjuicios personales que la muerte genera a los causahabientes del difunto”. Una vez probado, ese plus en el perjuicio por los hechos nocivos intencionados debe dar lugar a dicho incremento, debiendo operar sobre las sumas tabulares⁶¹.

El que se aplique un criterio corrector y un aumento de la indemnización por duelo patológico consideramos que merece plena justificación, siempre que se constante y argumente su existencia por el tribunal. La razón de esa mayor intensidad del daño moral ante la existencia de un duelo patológico se debe a las diferencias entre el proceso normal de duelo y el duelo patológico como consecuencia de una muerte de súbita, traumática, sea por homicidio o por accidente, que origina un malestar psicológico superior al de una muerte esperada. Los especialistas clínicos advierten, al respecto, que el duelo complicado o patológico en las muertes inesperadas se asocia con manifestaciones depresivas más intensas y duraderas: “Cuando ocurre un trastorno depresivo mayor durante un proceso de duelo, se incrementa el riesgo de sufrimiento, sentimientos de inutilidad, ideación suicida, peor funcionamiento laboral e interpersonal, y se aumenta el riesgo de sufrir Trastorno por duelo persistente (duelo patológico), que se incluye en el DSM V dentro de «Trastornos para el estudio futuro» con criterios específicos”⁶².

Ahora bien, el duelo patológico por el fallecimiento de un hijo en un repentino accidente, bien sea aéreo, de circulación o de otro tipo, difícilmente puede dejar de asemejarse, y no siempre se podrá señalar que la pérdida y la angustia de los progenitores del primero no resulte equiparable al acontecido en los otros sucesos.

También sería un criterio añadido a este daño el que los familiares, tras un suceso inesperado y traumático de estas características, puedan recuperar el cuerpo, ya que de no hacerlo el daño puede ser aún mayor. En este sentido, cuando la muerte ocurre en accidentes naturales o

⁶¹ Medina Crespo (2023: 134).

⁶² Vedia Domingo (2016: 13).

por fallos humanos, como pueden ser los accidentes aéreos, automovilísticos o marítimos que, por sus propias características, imposibilitan ver el cuerpo “produce en el doliente una serie de reacciones que puede complicar el proceso de duelo”⁶³.

IV3. El daño moral por actuación dolosa

También hay que poner de manifiesto la concesión de cantidades superiores al baremo, que se viene estableciendo reiteradamente en los casos en los que se fija la responsabilidad civil por la comisión de delitos dolosos, máxime en supuestos especialmente traumáticos y violentos (SSTS, Sala de lo Penal, de 22 de octubre de 2012 y 5 de noviembre de 2013, entre otras)⁶⁴. En este sentido, señala la STS, Sala de lo Penal, de 8 de enero de 2007 (en un supuesto de intento de asesinato mediante un disparo con alevosía) que “no se puede establecer un paralelismo absoluto entre las indemnizaciones por daños físicos y materiales derivados del hecho de la circulación de vehículos de motor con el resultado de los delitos dolosos. Los primeros no se mueven por criterios de equivalencia o justicia, sino por los parámetros que se marcan por el sistema financiero de explotación del ramo del seguro en sus diversas modalidades.

Estos criterios, puramente economistas, obtenidos de un cálculo matemático, chocan frontalmente con los daños físicos, psíquicos y materiales originados por una conducta dolosa y con la multiplicidad de motivaciones que pueden impulsarla, sin descartar la intencionada y deliberada decisión de causar los mayores sufrimientos posibles”. Y, en el mismo sentido, se reconoce que: “En el caso de los delitos dolosos se rompería cualquier criterio de justicia, racionalidad, proporcionalidad y legalidad si se trasvasara sin más el criterio técnico y objetivo del contrato de seguro en tanto que los criterios de determinación son radicalmente diferentes (SSTS de 8 de enero de 2007, de 20 de febrero de 2013, de 29 de marzo de 2017, 7 de febrero de 2019 o 13 de julio de 2022). De este modo la STS, Sala 2ª, de 22 de junio de 2022 sostiene que no rigen en los delitos dolosos las cuantías que resultan del baremo, pero “eso no impide acudir a ellas como referencia orientativa, si bien en principio su carácter doloso aconseja un

⁶³ “En muchos casos, la muerte accidental o la desfiguración lleva a los dolientes a no querer o no poder ver el cuerpo; sin embargo, se ha comprobado que ver el cuerpo o una parte del mismo ayudará a iniciar el proceso del duelo porque significa hacer frente a la irreversibilidad de la pérdida”. Vedia Domingo (2016: 17).

⁶⁴ A pesar de que la jurisdicción penal prefiera utilizar como punto de partida dicho sistema de valoración, incrementado las cuantías establecidas en la LRCSCVM, téngase en cuenta que ese sistema de valoración no se aplicaría ni siquiera en la valoración de los daños ocasionados en el ámbito de circulación en el supuesto de que sean consecuencia de delito doloso ya que, en virtud del artículo 1.6 de la Ley, no se considerarán hechos de la circulación los derivados de la utilización del vehículo a motor “como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes”. Y lo mismo sucedería no sólo si se utilizara un automóvil, sino también un avión u otro medio, para causar un asesinato. Monterroso Casado (2023: 3579).

incremento”. También resulta interesante, en este sentido, la aún más reciente SAN de 13 julio de 2022 (en el caso de los atentados terroristas yihadista de Cataluña en 2017 mediante un atropello masivo de personas), que determina que “siguiendo el criterio meramente orientador del baremo, que reconoce en la tabla 2.B una indemnización adicional por perjuicio personal particular en el que se incluye el perjuicio moral por pérdida de la calidad de vida ocasionada por las secuelas, e incluso un incremento de la indemnización de hasta el 25% por perjuicio excepcional, dada la situación especialmente traumática sufrida por los agentes recurrentes y las consecuencias que para cada uno de ellos ha tenido, se considera procedente el incremento solicitado sobre la indemnización total que resulte, pues el crimen terrorista tiene un plus estigmatizante para la víctima y, por sí sólo, genera una afectación social y psíquica en estas que no se da en otros delitos - SAN Penal de 31 de octubre de 2007”.

En definitiva, lo que se está señalando es que el dolo incrementa el daño moral derivado del daño corporal causado y, por lo tanto, se podría sostener esa consideración de daño moral complementario. Ahora bien, en ese sufrimiento mayor por el daño deliberado sería oportuno que resultara probado su mayor lesividad, en lugar de si la conducta es dolosa, ya que entonces también habría que distinguirse entre dolo eventual o directo, o la imprudencia. No siempre la conducta dolosa causa mayor daño moral y, en este sentido, debería acreditarse que haya tenido lugar por las circunstancias trágicas o traumáticas del caso. Cuestión distinta es que existan otras circunstancias que puedan ser consideradas en la valoración del daño moral *ex delicto*⁶⁵.

IV4. El daño moral derivado del carácter catastrófico e intencional del accidente

En el gravísimo siniestro, al estrellarse en los Alpes franceses un avión operado por la compañía aérea Germanwings, que realizaba el trayecto entre Barcelona y Düsseldorf, por una maniobra intencionada del copiloto del avión, falleciendo todos sus pasajeros y la tripulación, la STS 704/2023, de 9 de mayo de 2023 (ponente R. Saraza Jimena) resolvió el recurso de casación en relación al aumento significativo del incremento sobre la cuantía que resultaba de la aplicación del baremo de la LRCSCVM para respetar la exigencia de plena indemnidad de las víctimas en este supuesto. Al tratarse del mismo ponente del caso de Spanair, se tuvo en cuenta las sentencias previamente dictadas donde, por un lado, se había declarado adecuada la aplicación del baremo

⁶⁵ Vid. el análisis de Villaluenga Ahijado (2022: cap. IV) sobre la bases indemnizatorias del daño moral «ex delicto»: la gravedad del ataque al bien jurídico protegido; violencia, intimidación, tratos inhumanos y degradantes; engaño, abuso de superioridad y de confianza; daño continuado y reiterado; grado de difusión; tentativa y delitos de peligro; las circunstancias personales del perjudicado (edad y discapacidad); el sentimiento social de reparación o relevancia social del daño; o la revictimización.

legal existente para los daños personales causados en accidentes de vehículos de motor y, por otro lado, se procede al incremento de las cuantías indemnizatorias mediante un criterio corrector en atención a las circunstancias concurrentes, el carácter catastrófico de accidente aéreo y la confianza en la mayor seguridad del transporte aéreo, que hacía más propenso el provocar un duelo patológico por el fallecimiento de un familiar. Por ello, estima razonable el incremento realizado en un porcentaje adicional del 50% de la indemnización. De este modo, considera que la utilización por la Audiencia Provincial del criterio indemnizatorio consistente en la utilización orientativa del baremo y un porcentaje de incremento no es, en sí, contrario al principio de indemnidad del perjudicado. Sin embargo, respecto del concreto porcentaje de incremento aplicado respecto de las cuantías que resultarían de la aplicación del citado baremo, se considera que sí incurre en infracción, considerando lo exiguo de ese porcentaje de incremento de la indemnización respecto de la cuantía que resultaría de la aplicación del baremo legal, lo que supone una desproporción contraria al principio de indemnidad del perjudicado, señalando que “un porcentaje tan exiguo de incremento de la indemnización respecto de la que resulta de la aplicación del citado baremo supone que esta indemnización apenas se diferencia de la que procedería conceder en un supuesto de accidente de circulación de vehículos de motor. Se considera que no se resarce, por tanto, el duelo patológico propio de la pérdida de un ser querido en un siniestro de estas características, de carácter catastrófico y connotado de circunstancias extremadamente dolorosas, más aún en un caso como el que es objeto de este litigio, en que el siniestro no fue accidental, sino que se debió a la acción deliberada de uno de los miembros de la tripulación”. En base a dicha argumentación, declara que el incremento sobre la indemnización resultante de la aplicación del baremo de la Ley debía ser del 50%, al igual que en el caso de las sentencias parcialmente transcritas. Sin embargo, se considera, además, que si bien en el caso de Spanair no existía intencionalidad en el siniestro, en este caso, el avión fue utilizado con dolo para ocasionar el asesinato o fallecimiento deliberado de todos los pasajeros y tripulantes del avión, lo que llevó al Alto Tribunal a incrementar decididamente los perjuicios personales padecidos por los familiares para lograr el principio de indemnidad del daño conforme al carácter catastrófico del suceso, el duelo patológico generado y el carácter deliberado del suceso.

Este razonamiento más que por el resultado del carácter catastrófico (como suceso que produce gran destrucción o daño) y que sería consustancial a cualquier accidente cuyo resultado fuera el fallecimiento de un grupo de personas, se justificaría en ese dolo o intencionalidad, y como ya hemos apuntado debe probarse que esa conducta dolosa causa un mayor daño moral, que en este caso parece oportuno admitir por la traumática tragedia del suceso. Cuestión distinta

es que se tenga en cuenta para modificar el sistema de valoración del daño causado, aplicando incrementos que no se encuentran justificados ni en el baremo ni fuera del mismo⁶⁶.

V. CONCLUSIONES Y PROPUESTA DE LEGE FERENDA

- El reconocimiento y la reparación del daño moral es un aspecto fundamental en la responsabilidad civil derivada de la causación de accidentes. En la indemnización por daños debe tenerse en cuenta el principio de la integridad de la reparación del daño, que permiten una compensación integral de los perjuicios sufridos por las víctimas y los perjudicados, contribuyendo así a un sistema legal más justo y equitativo; y el de la vertebración del daño, que distingue entre daño material y daño personal (y dentro de este último el daño personal en sentido estricto y el daño corporal) y sus consecuencias perjudiciales: patrimoniales y morales.
- Existen distintas concepciones del daño moral, siendo la más amplia la que lo delimita de manera negativa, comprendiendo todos aquellos que no sean de índole patrimonial, lo que incluye el menoscabo personal y las consecuencias perjudiciales derivadas de los derechos de la personalidad y del perjuicio de afección. De este modo, el daño moral comprende aspectos como el sufrimiento, el dolor emocional, la angustia, la pérdida de calidad de vida y otros impactos no económicos experimentados como resultado de un accidente.
- El daño moral es subjetivo y difícil de valorar, lo que plantea desafíos para su cuantificación, debiéndose tomar como premisa que las resoluciones civiles deben de ir acompañadas de una motivación de la valoración de la prueba, que permita la determinación de los hechos y de los daños.
- A la luz de las resoluciones judiciales dictadas en esta materia, debemos efectuar varias apreciaciones: (1) Por un lado, ni en la legislación ni en la jurisprudencia nos encontramos con que exista un número de supuestos en los que se pueda estimar la existencia de daño moral, lo que ocasiona una inseguridad jurídica a la hora de reclamar (y, por ende, el que

⁶⁶ Medina Crespo, en su comentario a dicha sentencia, “si en el caso de autos unimos los porcentajes de incremento sucesivamente aplicados por entender que no era aplicable la cláusula tabular de los perjuicios excepcionales, a la que con acierto no se acudió en el anterior enjuiciamiento civil de los diversos accidentes de aviación y consideramos que la estricta aplicación del Baremo excluye acudir a tal cláusula, la conclusión a la que se llega es que el virtual incremento sobretabular decidido por la AP consistió, en unos casos (los de convivencia), en un porcentaje del 50% y, en los otros (los de falta de ella), del 37,5%, y que el virtual incremento sobretabular decidido por el TS se cifró en un 90,5%. De esta forma, la Audiencia hizo lo que el Tribunal Supremo no dice que hizo y el Tribunal Supremo dobló lo que dijo que hacía” (2023: 134).

se pueda estimar o no la existencia de daños morales). (2) Por otro lado, se tiende a apreciar la existencia del daño moral, en general, sin precisar, los síntomas o consecuencias específicas, su duración y el daño concreto que se indemniza, de manera que se desconoce si, como consecuencia del traumático accidente, se ha ocasionado a la víctima o a sus allegados un daño emocional de angustia, aflicción, insomnio, ansiedad, secuela psicológica o dificultad de adaptación, entre otras muchas que pudieran darse. (4) Otro aspecto que no siempre se tiene en cuenta es la pérdida real que ha sufrido la persona, por algo que tenía y disfrutaba, siendo precisamente esa pérdida la que causa un sufrimiento psicológico y que afecta al desarrollo personal. (5) No debería englobarse en una única cifra los daños patrimoniales y los daños morales por las consecuencias del accidente ya que debe determinarse cada uno de los conceptos, así como el criterio utilizado para llegar a esa cuantía indemnizatoria, algo que no siempre sucede, debiendo el juzgador identificar qué se indemniza como daño moral y qué por daño patrimonial. (6) No parece estar bien definida la diferenciación entre daño corporal psicológico y daño moral, que en principio debiera ser objeto de valoración distinta, el primero por el perito y el segundo por el juez.

- La evaluación del daño moral en el contexto de la responsabilidad civil implica considerar diversos factores y una resolución personalizada, atendiendo al alcance de daño y su intensidad, a las circunstancias del caso si lleva aparejada una mayor secuencia traumática, y a la relación causal entre la conducta del responsable y el daño sufrido por la víctima o perjudicado.
- Para determinar la *pecunia doloris*, el juzgador atiende a su prudente arbitrio, recurriendo a criterios subjetivos (la sana crítica) para determinar la compensación adecuada, por lo que su apreciación puede variar significativamente de un caso a otro, dando lugar a soluciones heterogéneas, si bien, se podrían alegar la concesión de ciertas cantidades en supuestos anteriormente resueltos en circunstancias similares. La utilización de criterios objetivos (informes médicos o psicológicos) es más que oportuno en el caso que se pretenda probar un daño corporal psicológico o un daño moral agravado. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que, como hemos visto, la concepción del daño moral va más allá del *pretium doloris*.
- Ante la inexistencia de normas de valoración de los daños personales causados en accidentes distintos a los de la circulación de vehículos a motor, la jurisprudencia considera más adecuada la fijación de una indemnización en la que tenga una función

orientativa el baremo legal existente para los daños personales. Ello no sería óbice para modificar el sistema de valoración del daño causado, es decir, la aplicación del sistema tabular debe ser íntegra, sin que se deba permitir la aplicación de solo alguno de los criterios o partidas resarcitorias que el reclamante considere más favorables a sus intereses.

- Ahora bien, el que exista un criterio extensivo del baremo respecto al resarcimiento del daño en accidentes fuera del ámbito del tráfico rodado, no impide que se puedan aplicar criterios correctores en atención a las circunstancias concurrentes en el sector donde acontezca el accidente. De hecho, para la reparación íntegra de la víctima es oportuna la aplicación de factores de corrección del resarcimiento por daño moral en los accidentes.
- Estos factores varían el resultado de la cuantía indemnizatoria por el incremento derivado de la existencia un daño moral complementario, de un duelo patológico, o del carácter catastrófico e intencional del accidente, siempre que se constatare y argumente su existencia por el tribunal ya que de lo contrario podría quebrar con los principios de igualdad y de seguridad jurídica.
- A la luz del análisis realizado sobre la reparación del derecho moral causado en los accidentes, nos encontramos con numerosas lagunas jurídicas que han sido sorteada con arbitrariedad judicial. Sostenemos la necesidad de una imperiosa regulación de la materia. Los inconvenientes que versan sobre la apreciación y cuantificación de estos daños no pueden servir de veto para establecer una regulación o, al menos, las bases de la misma.
- La reflexión que *lege ferenda* cabría hacer es que debe regularse el daño moral. El reconocimiento legal del derecho moral en los accidentes no se encuentra expresamente reconocido por el legislador, aunque no existe duda de que queda comprendido como daño, aunque nada se indica respecto a su extensión y su valoración con carácter general. La regulación legal permitiría una mayor uniformidad en el alcance del resarcimiento del daño moral y de las partidas concedidas como indemnización por daños patrimoniales y por morales, desglosando las mismas.
- En este sentido, parece razonable sostener conforme al principio de vertebración que los daños morales sean determinados en una partida individual y la necesidad de fijar la cuantía económica asignada como reparación al concreto daño moral. Por otro lado, la lógica del argumento implicaría que, además, se distinga dos conceptos de daños emocionales: el dolor y de sufrimiento, por un lado, y la pérdida del disfrute de la vida,

por otro. Teniéndose en cuenta, además, el daño corporal psicológico cuando se produzca una patología.

- De esta forma, una futura regulación debería comprender los supuestos de daño moral, sin constituir un *numerus clausus*, al ser factible que aparezcan supuestos atípicos; el reconocimiento de las circunstancias o tipo de accidente que inciden en la intensidad de daño moral, sin que queden establecidos rígidamente, precisamente por la propia naturaleza del daño moral; el establecimiento de unos parámetros objetivos que puedan servir de referencia en la valoración del daño y su intensidad; y el acotamiento de los perjudicados merecedores de tutela en el caso de fallecimiento de la víctima.
- Si se quiere avanzar hacia la reparación íntegra del daño moral en los daños causados por accidentes es preciso que el daño moral sea objeto de regulación jurídica específica y no dejarla únicamente al libre criterio judicial que llega a inventar mecanismos de compensación sin ni siquiera justificar ni los perjuicios morales ni las cantidades que extrae a su libre albedrío del sistema baremado para los daños causados en los accidentes de circulación, llegando incluso a aplicar algunas de sus reglas de valoración y a apartar otras.
- En mi opinión, rellenar ese vacío jurídico no quiere decir que sea preciso baremar ni tener que fijar unos máximos indemnizatorios, salvo en los casos del perjuicio moral asociado al daño corporal donde sí que podemos abogar por su cuantificación (como ya sucede en los accidentes de tránsito); y sin perjuicio de que puedan apreciarse criterios correctores, que aunque sean aplicados por el prudente arbitrio judicial deberían realizarse justificadamente y tipificándose dentro de unos parámetros y unos umbrales mínimos y máximos. Y, en esta línea, estableciéndose también unas pautas para la regulación de las circunstancias excepcionales.

Bibliografía

- BARRIENTOS ZAMORANO, M. (2008): «Del *daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del pretium doloris*», *Rev. chil. derecho*, (35). 85-106. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372008000100004>.
- CASADO ANDRÉS, B. (2015): «El concepto del daño moral bajo el prisma de la jurisprudencia», *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, (9). <https://ojs.ual.es/ojs/index.php/RIDJ/article/view/1817/2393>
- CAVANILLAS MÚGICA, S. (2007): «La motivación de las sentencias en materia de daños a la luz de la jurisprudencia constitucional», *Revista de la Asociación Española de Abogados ESPECIALISTAS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO*, (24), 9-22.

- CAVANILLAS MÚGICA, S. (2005): «La motivación judicial de la indemnización por daño moral», *Derecho Privado y Constitución*, (20), 153-172.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2000): *Derecho de daños*, Civitas, Madrid.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2008): *El escándalo del daño moral*, Thomson- Civitas, Pamplona.
- DOMÍNGUEZ LÓPEZ, E. (2003): «El daño moral. Intento de concretización de un concepto», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* (7), 263-270.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P. (2016): «Daño moral sufrido por los pasajeros del Costa Concordia por la angustiosa situación sufrida en el naufragio, distinto del daño consecuencia del daño corporal sufrido por algunos pasajeros: compatibilidad y prueba», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, (17), 254-263
<https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1052>
- DUEÑAS MARTÍNEZ, J. (2024): «La aplicación del baremo de tráfico fuera del tránsito motorizado: Análisis de la aplicación actual del sistema», *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro* (89), 12-26.
- ESBEC, E. (2000): «El psicólogo forense en el proceso penal. Evaluación psicológica de la víctima», E. Esbec y G. Gómez-Jarabo (Eds.), *Psicología forense y tratado jurídicolegal de la discapacidad*, Edisofer, Madrid, 153-217
- FARNÓS AMORÓS, E. (2022): «La aplicación orientativa del baremo de tráfico y sus límites: de nuevo sobre el “caso Spanair”», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, (120), 75-94.
- FERNÁNDEZ IGLESIAS, C. (2018): «La superación de los límites del sistema de valoración de daños en el ámbito de circulación cuando se utiliza con carácter orientativo en otros ámbitos», *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, (65), 67-88.
- GARCÍA SERRANO, F. (1972): «El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil», *Anuario de Derecho Civil*, (25) 799-851.
- GÓMEZ POMAR, F. (2000): «Daño moral», *InDret (Revista para el análisis del Derecho)*, (I) https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/006_es.pdf
- GÓMEZ POMAR, F. (2005): «El sudor de la frente y el daño moral», *InDret (Revista para el análisis del Derecho)*, (254). <https://indret.com/el-sudor-de-la-frente-y-el-dano-moral/>
- LÓPEZ MARTÍNEZ, J.C. (2016): «Aplicación del baremo de tráfico como criterio orientador e indemnización por separado del daño moral extracorporal. Comentario a la TS 1.ª S 232/2016, de 8 de abril», *La Ley* 2759/2016, 1-15.
- LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. (2019): «Daño moral: prueba de su existencia y de su cuantía», *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, (70), 5-8.
- LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. (2020): «La aplicación del baremo fuera del ámbito circulatorio: Discrecionalidad versus arbitrariedad jurisdiccional». *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, (76). https://www.asociacionabogadosrcs.org/portal/wp-content/uploads/2020/12/EDITORIAL_76.pdf.
- MAGRO SERVET, V. (2011): «Inclusión del daño moral como elemento indemnizable en el Derecho de la Circulación y posibilidades de oposición al pago de la aseguradora», *Tráfico y Seguridad Vial*, (154), *La Ley* 17198/2011, (7-14).
- MAGRO SERVET, V. (2016): «Utilización de las reglas del baremo de accidentes de circulación como criterios orientadores en otros sectores (Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2016)». *Tráfico y Seguridad Vial*, (211).
- MAGRO SERVET, V. (2021): «Aproximación a la cuantía de las indemnizaciones por daño moral y criterios para la determinación del cálculo», *La Ley* (9944), 10451/2021.

- MARTÍN-CASALS, M. y SOLÉ FELIÚ, J. (2003): «El daño moral», en CÁMARA, S. (coord.), *Derecho Privado europeo*, Cóllex, Madrid, 857-882.
- MARTÍN-CASALS, M. (2013): «Conceptos perjudiciales (heads of damage) en la indemnización por muerte y por lesiones personales en Europa», *InDret (Revista para el análisis del Derecho)*, (2), 1-48. <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/970.pdf>
- MEDINA ALCOZ, M. (2004): *La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos*, Dykinson, Madrid.
- Medina Crespo, M. (2014): *La valoración civil del daño corporal*, T. IV (*El fallecimiento*), Dykinson, Madrid.
- MEDINA CRESPO, M. (2000): «Aplicación del Baremo valorativo fuera del tránsito motorizado», *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, (50), 6-29.
- MEDINA CRESPO, M. (2010): «Acerca de las bases doctrinales del sistema legal valorativo (Ley 30/1995). Los efectos de su marginación», *Revista de la Asociación Española de Abogados Especialistas en Responsabilidad Civil y Seguro*, (36), 9.20.
- MEDINA CRESPO, M. (2016): «Indemnización separada y compatible por daños morales corporales y por daños extracorpóreos», *Revista de la Asociación Española de Abogados Especialistas en Responsabilidad Civil y Seguro*, (58), 9-22.
- MEDINA CRESPO, M. (2019): «Sobre el alcance de la responsabilidad civil de una compañía aérea por los daños corporales causados a los pasajeros de un vuelo nacional. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 17 de mayo de 2019», *Revista de la Asociación Española de Abogados Especialistas en Responsabilidad Civil y Seguro*, (70), 45-54.
- MEDINA CRESPO M. (2021): «La proyección del Baremo de tráfico de 2015 fuera de su específico ámbito: guía normativa imprescindible y necesaria desvinculación de sus exclusiones y de sus topes cuantitativos», en López y García de la Serrana, J. (dir.), *Responsabilidad civil y valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación*, Atelier, Barcelona, 619-729.
- MEDINA CRESPO M. (2022): *El daño, su doble clasificación fundamental y la vertebración de sus especies*, Atelier, Barcelona.
- MEDINA CRESPO, M. (2023): «La utilización del baremo de tráfico de 2015 para valorar los perjuicios personales causados por siete muertes en un siniestro doloso de aviación, acaecido antes del comienzo de su vigencia, aparente reconocimiento de las cantidades baremadas, sin su estabilización valorista, pero con el incremento sobretabular de su mitad», *Revista de la Asociación Española de Abogados Especialistas en Responsabilidad Civil y Seguro*, (86), 131-134.
- MONTERROSO CASADO, E. (2020).: *Responsabilidad civil derivada de los accidentes de circulación y valoración de daños conforme a la Ley 35/2015, de 22 de septiembre*, 4ª de., CEF, Madrid.
- MONTERROSO CASADO, E. (2021): «Acción directa contra la aseguradora y valoración de daños en la responsabilidad civil por negligencia médica», *RCDI*, (788), 3819-3833.
- MONTERROSO CASADO, E. (2023): «El resarcimiento de daños en los accidentes aéreos más allá del baremo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, (800), 3567-3588.
- MORENO MARTÍN, M.ª D. (2019): *El daño moral causado a las personas jurídicas*, Dykinson, Madrid.
- MUÑOZ, J. M. (2013): «La evaluación psicológica forense del daño psíquico: propuesta de un protocolo de actuación pericial», *Anuario de Psicología Jurídica*, (23), 61-69. <https://www.redalyc.org/pdf/3150/315028685010.pdf>
- NAVEIRA ZARRA, M. (2006): *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Reus, Madrid.

- QUICIOS MOLINA, S. (2011): «El daño moral: requisitos para que proceda su resarcimiento», en HERRADOR GUARDIA, M. J. (coord.), *Derecho de Daños*, Sepín, Madrid, 559-610.
- ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO, M. (2020): *Derecho de Daños. Textos y materiales*, 8ª ed., Tirant lo Blanch. Valencia.
- RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. (2015): «Indemnización por causa de muerte: Análisis de los ordenamientos jurídicos inglés y español», *InDret (Revista para el análisis del Derecho)*, (2).
- SANTOS BRIZ, J. (1963): *Derecho de daños, Revista de Derecho Privado*, Madrid.
- VEDIA DOMINGO, V. (2016): «Duelo patológico», *Revista Digital de Medicina Psicosomática y Psicoterapia* (2). https://psicociencias.org/pdf_noticias/Duelo_patologico.pdf.
- VICENTE DOMINGO, E. (1994): *Los daños corporales: tipología y valoración*, Bosch, Barcelona.
- VICENTE DOMINGO, E. (1994): *Los daños corporales: tipología y valoración*, JM Bosch Editor, Barcelona.
- VICENTE DOMINGO, E. (2024): «Cuestiones controvertidas sobre aplicación, valoración y prueba del Baremo a ámbitos ajenos a la circulación», en Herrador Guardia, M.J. (dir.), *Daño y resarcimiento*, Sepin, Madrid.
- VILLALUENGA AHIJADO, A. (2022): *El daño moral derivado de delito*, Reus, Madrid.
- YZQUIERDO TOLDADA, M. (2001): *Sistema de responsabilidad civil*, contractual y extracontractual, Dykinson, Madrid.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, M. (2015): «Cuánto por daño moral», *Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación*, (11), 211-229.

Relación jurisprudencial

- STS 1617/2023, de 21 de noviembre. Roj: STS 5194/2023 – ECLI:ES:TS:2023:5194
- STS 963/2023, de 14 de junio. Roj: STS 2585/2023 – ECLI:ES:TS:2023:2585
- STS 704/2023, DE 9 DE MAYO. Roj: STS 1855/2023 - ECLI:ES:TS:2023:1855
- STS 646/2022, de 5 de octubre. Roj: STS 3597/2022 – ECLI:ES:TS:2022:3597
- STS 597/2021, de 13 de septiembre. Roj: STS 3315/2021 – ECLI:ES:TS:2021:3315
- STS 630/2020, de 24 de noviembre. Roj: STS 3909/2020 – ECLI:ES:TS:2020:3909
- STS 624/2020, de 19 de noviembre. Roj: STS 3814/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3814
- STS 429/2020, de 15 de julio. Roj: STS 2625/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2625
- STS 420/2020, de 14 julio. Roj: STS 2499/2020 – ECLI:ES:TS:2020:2499
- STS 84/2020, de 6 de febrero. Roj: STS 378/2020 – ECLI:ES:TS:2020:378
- STS 50/2020, de 22 de enero. Roj: STS 99/2020 – ECLI:ES:TS:2020:99
- STS 460/2019, 3 de septiembre. Roj: STS 2760/2019 – ECLI:ES:TS:2019:2760
- STS 269/2019, de 17 de mayo. Roj: STS 1513/2019 – ECLI:ES:TS:2019:1513
- STS 245/2019, de 25 de abril. Roj: STS 1321/2019 – ECLI:ES:TS:2019:1321
- STS 430/2007, de 17 de abril. Roj: STS 4225/2007 – ECLI:ES:TS:2007:4225
- STS 429/2007, de 17 de abril. Roj: STS 4303/2007 – ECLI:ES:TS:2007:4303
- STS 232/2016, de 8 de abril. Roj: STS 1420/2016 – ECLI:ES:TS:2016:1420
- STS 476/2014, de 30 de septiembre. Roj: STS 4253/2014 – ECLI:ES:TS:2014:4253
- STS 281/2011, de 11 de abril. Roj: STS 2647/2011 – ECLI:ES:TS:2011:2647
- STS 1065/2008, de 6 de noviembre. Roj: STS 5695/2008 – ECLI:ES:TS:2008:5695
- STS 3338/2008, de 5 de junio. Roj: STS 3308/2008 – ECLI:ES:TS:2008:3308
- STS 1303/2006, de 7 de diciembre. Roj: STS 7803/2006 – ECLI:ES:TS:2006:7803
- STS 801/2006, de 27 de julio. Roj: STS 5866/2006 - ECLI:ES:TS:2006:5866
- STS 810/2006, 14 de julio. Roj: STS 4420/2006 - ECLI:ES:TS:2006:4420

SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL PARA LA TOMA AUTOMATIZADA DE DECISIONES: ALGUNOS PROBLEMAS DE LOS CONTRATOS ALGORÍTMICOS CONCLUIDOS CON ASISTENTE DIGITAL

Artificial Intelligence systems for automated decision-making: Some issues with algorithmic contracts concluded with digital assistants

M^a NIEVES PACHECO JIMÉNEZ¹

marianieves.pacheco@uclm.es

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Castilla-La Mancha

Recibido: 05.06.2024

Cómo citar / Citation

Pacheco Jiménez, M^a N. (2024).

Sistemas de inteligencia artificial para la toma automatizada de decisiones: algunos problemas de los contratos algorítmicos concluidos con asistente digital.

Cuadernos de Derecho Privado, 9, pp. 140-171

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.64>

(Recepción: 05/06/2024; aceptación: 02/09/2024; publicación: 02/09/2024)

Resumen

Es innegable el potencial de la Inteligencia Artificial (IA), que permite la automatización de procesos y la toma de decisiones basada en algoritmos avanzados, con importantes ventajas de precisión y personalización, pero también con riesgos en la transparencia y en la privacidad, así como en la perpetuación de sesgos discriminatorios. Uno de los escenarios donde se muestra el auge de la IA es en el de las decisiones automatizadas en la ejecución de contratos de consumo a través de asistentes digitales, que, *a priori*, mejoran la eficiencia en la gestión de la relación contractual. En el primer semestre de 2024 han proliferado recomendaciones y regulaciones sobre IA, manifestando el gran desafío al que se enfrentan todos los agentes implicados para generar un marco de referencia adecuado para el óptimo y seguro desarrollo de la IA.

Palabras clave

Inteligencia artificial; toma de decisiones automatizada; contratos de consumo; garantías; protección de datos.

¹ ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-9062-2342>

Trabajo realizado en el marco del Proyecto de I+D+i PID2021-128913NB-I00, titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social: seguimiento y avances”, financiado/a por MICIU/AEI/10.13039/501100011033/ y “FEDER Una manera de hacer Europa”, dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato; en el marco del Proyecto de Investigación SBPLY/23/180225/000242 “El reto de la sostenibilidad en la cadena de suministros y la defensa del consumidor final”, cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), para el Programa Operativo de Castilla-La Mancha 2021-2027, dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Carretero García; y en el marco de las Ayudas para la realización de proyectos de investigación aplicada, dentro del Plan Propio de investigación UCLM, cofinanciadas en un 85% por el FEDER, para el proyecto titulado “Modelos jurídicos eficientes de consumo sostenible”, con Ref.: 2022-GRIN-34487 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana I. Mendoza Losana.

Abstract

The potential of Artificial Intelligence (AI) is undeniable, enabling the automation of processes and decision-making based on advanced algorithms, with significant advantages in terms of precision and personalization. However, it also presents risks concerning transparency and privacy, as well as the perpetuation of discriminatory biases. One of the scenarios where the rise of AI is evident is in automated decision-making (ADM) in the execution of consumer contracts through digital assistants, which, in principle, improve the efficiency of managing contractual relationships. In the first half of 2024, recommendations and regulations on AI have proliferated, highlighting the great challenge faced by all stakeholders in creating an adequate framework for the optimal and safe development of AI.

Keywords

Artificial intelligence; automated decision-making (ADM); consumer contracts; guarantees; data protection.

SUMARIO:

I. CAN MACHINES THINK? APROXIMACIÓN A LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL. I.1. *Can machines think?* I.2. Elementos clave y regulación de la inteligencia artificial. II. SISTEMAS DE DECISIONES AUTOMATIZADAS. II.1. Auge de los sistemas de decisiones automatizadas. II.2. Fases del sistema de decisiones automatizadas. III. SISTEMAS DE DECISIONES AUTOMATIZADAS EN LA EJECUCIÓN DE CONTRATOS DE CONSUMO A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEL INSTITUTO DE DERECHO EUROPEO. III.1. Contextualización: automatización y asistentes digitales. III.2. Principios generales del Informe del Instituto de Derecho Europeo sobre el derecho del consumidor de la UE y la toma de decisiones automatizada. III.3. Directivas “listas para ADM”. IV. GARANTÍAS FRENTE A LAS DECISIONES AUTOMATIZADAS Y REGLAMENTO DE PROTECCIÓN DE DATOS. V. CONSIDERACIONES FINALES. *Bibliografía.*

I. CAN MACHINES THINK? APROXIMACIÓN A LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL**I.1. *Can machines think?***

El primer acercamiento a la denominada Inteligencia Artificial (IA en lo sucesivo) es, para muchos autores, el estudio del matemático inglés Alan Turing en 1950 titulado “*Computing Machinery and Intelligence*”², que, curiosamente, comenzaba con la frase *can machines think*”³. Para medir la inteligencia de la máquina, el *test de Turing* consistía en evaluar la capacidad de aquella para mostrar un comportamiento inteligente similar al de un ser humano, de manera que este no pudiese distinguir que las respuestas las proporcionaba una

² Turing (1950).

³ *Ibidem*, 433.

máquina⁴. En el año 1956 se empleó por primera vez el término “inteligencia artificial”, cuando varios científicos sostuvieron la tesis de que una máquina podía llegar a desempeñar tareas pensadas tradicionalmente para las personas atendiendo al grado de inteligencia que suponía⁵; entre ellos, el profesor emérito de Stanford, John McCarthy, definiéndolo como “la ciencia y la ingeniería de crear máquinas inteligentes”⁶. A finales del siglo XX muchos componentes de la IA comenzaron a utilizarse en la industria, pero no es hasta hace tan solo unos años cuando ha marcado un punto de inflexión en nuestro día a día.

Así las cosas, la IA, que implica el uso de algoritmos⁷ avanzados y ordenadores para simular las capacidades humanas de razonamiento, aprendizaje, creatividad y aptitud de planear, ha revolucionado la forma de tomar decisiones en la sociedad actual. La IA procesa inmensas cantidades de datos, extrae patrones y conocimientos útiles, de manera que los sistemas de aprendizaje automático⁸ pueden realizar análisis complejos, identificar tendencias ocultas y proporcionar información con gran precisión.

⁴ El denominado “imitation game”. *Vid.* Turing (1950: 435-436).

⁵ Palma Ortigosa (2022.b: 30).

⁶ McCarthy (1956: 2)

⁷ Un algoritmo es una estructura de control finita, abstracta y compuesta para cumplir un propósito, resolver un problema, hacer predicciones o guiar la ejecución de una tarea, siendo capaz de aprender con experiencia de entrenamiento. *Vid.* Mittelstadt *et al* (2016: 2). Consta de tres partes: una entrada o *input* (datos sobre los que se aplican las instrucciones); procesamiento (con lo recibido en el *input*, el algoritmo elabora una serie de cálculos lógicos para resolver el problema); salida (*output*) o resultado obtenido. Un sistema de IA puede estructurarse sobre algoritmos cuyas reglas que procesan la información se presentan ya definidas (algoritmos deterministas), que son más interpretables pero que muestran dificultades en entornos complejos con escenarios diversos; o sobre algoritmos cuyas reglas no están totalmente marcadas y, por tanto, gozan de autonomía y realizan aprendizaje automático con cantidades ingentes de datos para procesar la información (algoritmos no deterministas), por lo que, teniendo en cuenta más variables, se adecúan a contextos diferentes. *Vid.* Palma Ortigosa (2022.b:32).

⁸ *Machine learning*, entendida como rama de la IA y la informática que se basa en el uso de datos y algoritmos para imitar la forma en la que aprenden los seres humanos, mejorando gradualmente su precisión. Así, mediante métodos estadísticos, extrae patrones desde los datos previamente procesados para crear estructuras y reglas de conocimiento cuya forma sintética obedece a “si aparece tal patrón entonces la decisión es”. El modelo planteado va siendo reentrenado con nuevos datos y nuevas fuentes de información, de modo que el modelo cada vez aprende más, siendo capaz de emitir sus propios juicios basándose en datos similares. La introducción de técnicas de aprendizaje automático permite mejorar el proceso de estimación de modelos y la mejora de la eficiencia de los procesos a través de la automatización. *Vid.* Semmler & Rose (2017: 86-87); Calvo, Guzmán y Ramos (2018: 6-11 y 23). En función de cómo esos algoritmos sean capaces de aprender del conjunto de datos, el aprendizaje automático podrá ser supervisado (el algoritmo se entrena con un conjunto de datos de entradas y salidas previamente etiquetados, con un resultado predictivo); no supervisado (los datos utilizados no son etiquetados previamente, sino que es el propio algoritmo el que trata de descubrir patrones y conexiones en el conjunto de datos, con un resultado descriptivo); o por refuerzo (al algoritmo no se le proporciona un conjunto de datos de entrenamiento, sino que el sistema aprende a través de la interacción con el entorno a través del modelo prueba-error). *Vid.* Palma Ortigosa (2022.b: 33); en sentido similar, *vid.* Gil Membrado (2024: 505-508).

Ha de añadirse que en los últimos años está cobrando relevancia un nuevo enfoque de aprendizaje automático, concretamente el aprendizaje profundo o *deep learning*, inspirado en el comportamiento de las neuronas del cerebro humano a través de múltiples capas de procesamiento. Este sistema logra potencia y flexibilidad al aprender por cuenta propia (requiriéndose menos intervención humana) a representar el mundo como una jerarquía anidada de conceptos y representaciones, donde cada concepto se define en relación con conceptos más simples, y donde las representaciones más abstractas se calculan en función de las menos abstractas. *Vid.* Bengio, Goodfellow & Courville (2017: 8).

Lo cierto es que la IA ha encontrado su momento de eclosión gracias a diversos factores, tales como: la revolución digital y la interconexión derivada de ella; la posibilidad de almacenar grandes cantidades de datos en la nube, que posteriormente se utilizan para entrenar los sistemas de IA; el *Big Data*, como herramienta de análisis masivo de datos, que permite a la IA un preprocesamiento de grandes cantidades de datos (volumen), con diferentes formatos y estructuras (variedad) y de forma muy rápida (velocidad)⁹.

La IA posibilita la automatización de procesos y la toma de decisiones basada en algoritmos avanzados, con evidentes beneficios, entre ellos: precisión mejorada, al examinar grandes cantidades de datos con rapidez y meticulosidad; análisis profundo, al identificar patrones ocultos en conjuntos de datos complejos; velocidad y eficiencia ya que los algoritmos de IA procesan datos en tiempo real; personalización, en tanto en cuanto estos sistemas se adaptan a las preferencias y necesidades individuales; mejor detección de anomalías porque los sistemas de IA buscan patrones anormales y riesgos potenciales; gran capacidad de aprendizaje debido a que la IA puede instruirse de experiencias anteriores y mejorar atendiendo a ellas; y reducción de errores humanos puesto que la IA automatiza ciertos aspectos de la toma de decisiones¹⁰.

Pero también comporta importantes riesgos de diversa índole¹¹: en la transparencia, siendo decisiva la información facilitada para no generar asimetría informativa¹²; en la privacidad de las personas por el hecho de que se pueden elaborar perfiles detallados que invadan dicho ámbito personal reservado sin el consentimiento oportuno, o se empleen sistemas de vigilancia masiva (v. gr., reconocimiento biométrico); así como en la perpetuación de sesgos discriminatorios ya que los algoritmos predictivos pueden discriminar a personas según su género, origen étnico o nivel socioeconómico, entre otras variables.

En este punto es fundamental señalar la trascendencia de la elección de los algoritmos que se utilizarán para entrenar los datos; elección que corresponde a quienes diseñan el sistema. Entre los factores que influyen en ese diseño se encuentran: el tipo de datos presentes (si es posible o no su etiquetado para un aprendizaje supervisado); y el contexto donde se pretende que tendrá sus efectos el sistema de IA (necesitándose algoritmos más o menos complejos)¹³.

⁹ Palma Ortigosa (2022.a: 44).

¹⁰ Calvo, Guzmán y Ramos (2018: 13-29).

¹¹ Todos ellos alineados con los retos de conseguir confianza y seguridad para las personas usuarias, máxime en el ámbito contractual. *Vid.* Sáenz de Jubera Higuero (2023: 50-51).

¹² *Ibidem*, 50.

¹³ Palma Ortigosa (2022.b: 40).

Retomando aquí los sesgos en los algoritmos, estos pueden ser conscientes o inconscientes. Los primeros se producen intencionadamente por la persona¹⁴ que selecciona los datos y desarrolla el algoritmo; los segundos se originan sin que quien diseña el algoritmo tenga intención de introducirlos, pudiendo concernir: 1) al contexto cultural geográfico y cultural (los datos recogidos no representan con precisión el entorno en el que ha de ejecutarse el programa, produciéndose un sesgo de muestra), o el diseño elimina algunas características pensando que son irrelevantes basándose en creencias preexistentes (sesgo de exclusión); 2) al perfil de la persona que desarrolla los algoritmos, que puede llegar a ellos con prejuicios (sesgo de prejuicios); 3) a la recogida de propios datos, que puede verse alterada o distorsionada por el propio instrumento de recogida de datos (sesgos de medición y recogida de datos)¹⁵. Sea como sea, y a pesar de la apariencia de objetividad de estos sistemas, debe tenerse presente que son diseñados y desarrollados en un contexto social basado en estructuras de desigualdad¹⁶.

I.2. Elementos clave y regulación de la inteligencia artificial

Ante los posibles errores y consecuencias negativas que se han reflejado en líneas anteriores, la Comisión Europea presentó en abril de 2019 las líneas maestras para el desarrollo de una IA fiable y segura¹⁷, a saber: necesidad de supervisión humana; robustez y seguridad; privacidad y gobernanza de datos; transparencia; diversidad, no discriminación y equidad; bienestar social y ambiental; y rendición de cuentas.

Por su parte y también en 2019, el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE¹⁸) suscribió el 22 de mayo los denominados *Principios de la OCDE sobre la IA*¹⁹, con el objetivo de fomentar la innovación y la confianza en la IA promoviendo una IA confiable, que garantizase los derechos humanos y los valores democráticos. Para ello se centraba en cuestiones políticas específicas de la IA, esforzándose

¹⁴ Aunque no es objeto de este estudio, sí quisiera señalar una preocupación quizás menos analizada, que no es otra que la de la labor humana que hay detrás de la IA, concretamente el ámbito del entrenamiento supervisado de algoritmos, donde los datos son etiquetados y tratados por seres humanos. Se trata del proceso de *microworking* o “microtrabajo”, como tipo de trabajo de plataforma, que contempla tareas de transcripción de archivos de sonido o de imágenes a texto, descripción de imágenes, etc. El trabajo de plataformas, extrapolado al ámbito de la labor humana tras la IA, plantea la cuestión de la necesaria regulación y protección de los y las trabajadoras promoviendo un trabajo digno.

¹⁵ Salazar García (2022: 60).

¹⁶ Soriano Arnanz (2021: 93).

¹⁷ European Commission (2019). Disponible en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai> (22/03/2024)

¹⁸ OECD por sus siglas en inglés: Organisation for Economic Cooperation and Development.

¹⁹ Disponible en: [https://one.oecd.org/document/C/MIN\(2019\)3/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/C/MIN(2019)3/FINAL/en/pdf)

por establecer un estándar que fuese aplicable y lo suficientemente flexible para resistir el paso del tiempo en un escenario en continua evolución²⁰.

Esta Recomendación de principios fue revisada por el Consejo de la OCDE en noviembre de 2023 para actualizar su definición de “sistema de IA” con el objeto de que fuese técnicamente precisa y acorde con los avances tecnológicos. En este sentido, la actualización clarificó los objetivos de un sistema de IA, incluyó su aplicación a sistemas de IA generativos (que producen contenido) y matizó que algunos sistemas de IA pueden seguir evolucionando después de su diseño e implementación²¹.

Su última modificación (*Recomendación del Consejo sobre Inteligencia Artificial*)²², más extensa, data de principios de mayo de 2024 (aprovechando la aprobación dos meses antes del Reglamento de Inteligencia Artificial²³ -en adelante RIA-), y pone el acento en las siguientes cuestiones²⁴: 1) Reflejar la creciente importancia de afrontar la desinformación y la información falsa, sobre todo atendiendo al contexto de la IA generativa. 2) Acometer usos (intencionales o no intencionales) fuera del propósito previsto. 3) Aclarar la información que los actores de la IA deben proporcionar sobre los sistemas para garantizar la transparencia y la divulgación responsable. 4) Abordar preocupaciones de seguridad en tanto en cuanto los sistemas de IA causen un daño indebido, pudiendo entonces ser anulados, reparados y/o desactivados de manera segura mediante la interacción humana. 5) Enfatizar la conducta empresarial responsable a lo largo del ciclo de vida de la IA. 6) Subrayar la necesidad de que las jurisdicciones trabajen juntas para promover entornos de gobernanza y políticas interoperables para la IA. 7) Introducir una referencia expresa a la sostenibilidad ambiental, teniendo en cuenta que su importancia ha aumentado desde la Recomendación de 2019. Todo ello fundamentándose en el enorme e incuestionable potencial que tiene la IA, pero también en sus efectos dispares en relación con los cambios económicos, la competencia, el mercado laboral, las desigualdades, los derechos humanos, la protección de datos y la seguridad digital²⁵.

²⁰ Vid. OECD (2019).

²¹ Estas divergencias en los posicionamientos de cada institución comunitaria sobre la definición de IA se justifican por la importancia de su concreción de cara a establecer el ámbito de aplicación del RIA. Vid. Sáenz de Jubera Higuero (2023: 46).

²² Vid. OECD (2024). Disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/oecd-legal-0449?s=03#backgroundInformation>

²³ Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2024, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (COM (2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106 (COD)). Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138_ES.pdf

²⁴ OECD (2024).

²⁵ Y en aras a esa consecución de una IA fiable, la Recomendación aconseja una serie de principios de administración responsable: 1) “Crecimiento inclusivo, desarrollo sostenible y bienestar”, con la finalidad de buscar resultados beneficiosos para las personas y el planeta. 2) “Respetar el Estado de Derecho, los derechos

Asimismo, se acogen las siguientes definiciones para comprender el sentido de las recomendaciones que posteriormente se realizan: A) “Sistema de IA”, como “sistema basado en máquinas que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere, a partir de los datos de entrada que recibe, cómo generar información de salida como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos reales o virtuales; y presentando diversos niveles de autonomía y capacidad de adaptación”. B) “Ciclo de vida del sistema de IA”, que “comprenden generalmente varias fases: planificación y diseño; recopilación y tratamiento de datos; creación de modelo(s) y/ adaptación de modelo(s) existente(s) a tareas específicas; prueba, evaluación, verificación y validación; entrada en servicio/despliegue; explotación y supervisión; y retirada/desmantelamiento”. C) “Actores de la IA”, quienes “desempeñan un papel activo en el ciclo de vida del sistema de IA, como pueden ser entidades y personas que despliegan y explotan la IA”²⁶.

Coincidiendo con el desarrollo experimentado en los últimos meses del marco de referencia de la IA, se aprueba en España el pasado 14 de mayo por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio para la Transformación Digital y de la Función Pública, la *Estrategia de Inteligencia Artificial 2024*²⁷. Su propio Prólogo señala que la Estrategia “persigue acelerar, facilitar, acompañar y promover el desarrollo y la expansión de la IA en nuestro país”; con el firme “compromiso de garantizar que esta transición se lleve a cabo respetando los derechos humanos, promoviendo la seguridad tecnológica, la inclusión social y económica, y observando el cumplimiento del Reglamento Europeo de IA”. Su despliegue se realizará en 2024 y 2025, y se estructura en tres ejes: Eje 1) Refuerzo de las capacidades para el desarrollo de la IA, atendiendo al soporte de la supercomputación, la capacidad de almacenamiento sostenible, los modelos de lenguaje en castellano y lenguas cooficiales, y la necesidad de talento especializado en IA a través de creación de redes y búsqueda de sinergias entre proyectos²⁸. Eje 2) Facilitar la expansión de la IA en el sector público y privado fomentando la innovación y la

humanos y los valores democráticos, incluidas la equidad y la privacidad”, como obligación para los actores de la IA a lo largo del ciclo de vida de los sistemas de IA. 3) “Transparencia y explicabilidad”, debiendo los actores proporcionar información significativa, transparente y comprensible “sobre las fuentes de datos, los factores, los procesos y/o el razonamiento que subyace a las predicciones, contenidos, recomendaciones y decisiones”. 4) “Solidez, seguridad y protección” de los sistemas de IA para que “funcionen adecuadamente y no planteen riesgos excesivos en materia de seguridad y/o protección”. 5) “Responsabilidad” por parte de los actores de la IA en su correcto funcionamiento y en el respeto de los principios enumerados. *Vid.* OECD (2024).

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Ministerio para la Transformación Digital y de la Función Pública (2024). Disponible en: https://portal.mineco.gob.es/es-es/digitalizacionIA/Documents/Estrategia_IA_2024.pdf. Esta Estrategia es el resultado de la evolución de la publicada en 2020, que necesitaba un claro refuerzo y aceleramiento a tenor de la evolución tecnológica de los últimos años.

²⁸ Ministerio para la Transformación Digital y de la Función Pública (2024: 10-35).

ciberseguridad, complementándose con la futura Ley de Ciberseguridad, en tanto en cuanto esta es un componente intrínseco de la propia digitalización y del desarrollo de nuevas tecnologías²⁹. Eje 3) Desarrollar una IA transparente, responsable y humanística, con intervención de la Agencia Española de Supervisión de la IA³⁰ (AESIA)³¹.

Solo tres días después de la publicación de la antedicha Estrategia, el 17 de mayo, el Consejo de Europa adopta el *Convenio Marco sobre Inteligencia Artificial y Derechos Humanos, Democracia y Estado de Derecho*³² (que se abrirá a su firma el próximo mes de septiembre), como primer Tratado internacional jurídicamente vinculante que abarca todo el ciclo de vida de los sistemas de IA en aras de promover una innovación responsable y respetuosa de los derechos de las personas³³.

Su artículo 1 indica como objetivo del Convenio “asegurar que las actividades dentro del ciclo de vida de los sistemas de inteligencia artificial³⁴ sean totalmente coherentes con los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho”. Para ello “cada Parte deberá adoptar o mantener las medidas legislativas, administrativas u otras apropiadas para dar efecto a las disposiciones establecidas en este Convenio”, debiendo graduarse y diferenciarse “teniendo en cuenta la gravedad y la probabilidad de que ocurran impactos adversos sobre los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho a lo largo del ciclo de vida de los sistemas de IA”. Así, “para asegurar la implementación efectiva de sus disposiciones por las Partes, este Convenio establece un mecanismo de seguimiento y prevé la cooperación internacional”³⁵.

El Capítulo II del Convenio aborda las obligaciones generales de las Partes³⁶, a saber: protección de los derechos humanos, según lo consagrado en el Derecho Internacional y en el

²⁹ *Ibidem*, 36-51.

³⁰ Que actuará en una triple dirección: como centro de pensamiento y análisis de la IA, como supervisor de un despliegue responsable de la IA, y como referente internacional.

³¹ Ministerio para la Transformación Digital y de la Función Pública (2024: 52)

³² Consejo de Europa (2024). Disponible en:

https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680afb11f (20/05/2024)

³³ Este Convenio es el resultado de dos años de trabajo del Comité sobre Inteligencia Artificial, que reunió a los 46 Estados miembros del Consejo de Europa, la Unión Europea y 11 Estados no miembros (Argentina, Australia, Canadá, Costa Rica, Estados Unidos, Israel, Japón, México, Perú, la Santa Sede y Uruguay), así como a representantes, en calidad de observadores del sector privado, la sociedad civil y el mundo académico. *Vid.* <https://www.coe.int/es/web/portal/-/council-of-europe-adopts-first-international-treaty-on-artificial-intelligence?s=03> (20/05/2024)

³⁴ Según el art. 2 del Convenio, es aquel “sistema basado en máquinas que, con objetivos explícitos o implícitos, infiere, a partir de la entrada que recibe, cómo generar salidas tales como predicciones, contenido, recomendaciones o decisiones que pueden influir en entornos físicos o virtuales”.

³⁵ Consejo de Europa (2024).

³⁶ Ha de reseñarse que las Partes del Convenio no estarán obligadas a aplicar las disposiciones de este Tratado a las actividades relacionadas con la protección de los intereses de la seguridad nacional, pero sí a garantizar que dichas actividades respetan el Derecho Internacional, los derechos humanos y las instituciones y procesos democráticos. En cuanto a la regulación del sector privado, las Partes pueden optar por obligarse directamente por las disposiciones pertinentes o, atendiendo a la heterogeneidad de los sistemas jurídicos nacionales, adoptar otras

Derecho interno (*ex art. 4*); integridad de los procesos democráticos y respeto al Estado de Derecho, evitando socavar la integridad de las instituciones e incluyendo el acceso justo de los individuos a la participación en el debate público, protegiendo a su vez la capacidad para formar opiniones libremente (*ex art. 5*); respeto de la dignidad humana y la autonomía individual (*ex art. 7*); implementación de requisitos de transparencia y supervisión adaptados a los contextos y riesgos específicos (*ex art. 8*); rendición de cuentas y responsabilidad por los impactos adversos en los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho (*ex art. 9*); igualdad (incluida la igualdad de género) y no discriminación, estableciendo medidas dirigidas a superar las desigualdades y lograr resultados justos, equitativos e imparciales (*ex art. 10*); privacidad y protección de datos personales (*ex art. 11*); fiabilidad de los sistemas de IA y confianza en sus resultados (*ex art. 12*); innovación segura a través de entornos controlados (*sandboxes*) para probar y desarrollar sistemas de IA bajo la supervisión de sus autoridades competentes (*ex art. 13*).

Atendiendo a la evolución cronológica, en este punto resulta imprescindible mencionar la reciente publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (12 de julio de 2024) del Reglamento de Inteligencia Artificial³⁷, tras años de arduas negociaciones y modificaciones de la Propuesta planteada en 2021 por la Comisión Europea. La norma entrará en vigor el 1 de agosto, siendo plenamente aplicable 24 meses después, exceptuando algunas de sus obligaciones, que irán cobrando vigencia paulatinamente: prohibiciones de prácticas prohibidas (6 meses después); códigos de práctica (9 meses después); normas de IA de uso general, incluida la gobernanza (12 meses después); obligaciones para sistemas de alto riesgo (36 meses después).

El objetivo principal del RIA, atendiendo a su Considerando 1, es “mejorar el funcionamiento del mercado interior mediante el establecimiento de un marco jurídico uniforme, en particular para el desarrollo, la introducción en el mercado, la puesta en servicio y la utilización de sistemas de IA³⁸ en la Unión, de conformidad con los valores de la Unión, a

medidas que permitan cumplir con las disposiciones del Tratado a la vez que se respetan plenamente sus obligaciones en materia de derechos humanos, democracia y Estado de Derecho (*ex arts. 23-25*). Además, para velar por el adecuado cumplimiento del Convenio, cada Parte establecerá un mecanismo de supervisión independiente (*ex art. 26*).

³⁷ Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) núm. 300/2008, (UE), núm.167/2013, (UE) núm. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial). Disponible en <https://www.boe.es/doue/2024/1689/L00001-00144.pdf>

³⁸ Sistema de IA *ex art. 3* RIA: “un sistema basado en una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos

fin de promover la adopción de una IA centrada en el ser humano y fiable, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de la salud, la seguridad y los derechos fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”.

Teniendo como objetivos específicos, basados en la implementación de un marco jurídico armonizado para la IA, los que prosiguen: a) garantizar que los sistemas de IA comercializados en la UE sean seguros y respeten la legislación de la UE vigente; b) garantizar la seguridad jurídica para facilitar la inversión y la innovación en la IA; c) mejorar la gobernanza y la aplicación efectiva de la legislación de la UE sobre derechos fundamentales y requisitos de seguridad aplicables a los sistemas de IA; d) facilitar el desarrollo de un mercado único de aplicaciones de IA lícitas, seguras y fiables, y evitar la fragmentación del mercado.

El RIA es consciente de las repercusiones que la inteligencia artificial puede tener en la sociedad; de ahí la necesidad de generar confianza y de que su marco reglamentario sea acorde con los valores de la Unión consagrados en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea, los derechos y libertades fundamentales preceptuados en los diferentes Tratados (*ex* Considerando 6). Por los derechos e intereses en juego, la Comisión consideró que la regulación debía seguir un enfoque basado en el riesgo³⁹.

Así pues, el RIA define cuatro niveles de riesgo para los sistemas de IA, esto es: riesgo mínimo o nulo⁴⁰, riesgo limitado⁴¹, alto riesgo⁴² y riesgo inaceptable. Este último tipo quedaría terminantemente prohibido (*ex* art. 5 Capítulo II) porque supondría riesgos inadmisibles, en

explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones que pueden influir en entornos físicos o virtuales”.

³⁹ Muñoz García (2023: 55-56).

⁴⁰ Se trataría de aquellos irrelevantes para el Derecho por entender que no generan riesgos (*v. gr.*, aplicaciones como videojuegos habilitados para IA o filtros de *spam*). Para estos riesgos se exigen requisitos de documentación, información y registro, trazabilidad y explicabilidad, además de gobernanza de datos en función de la probabilidad del riesgo. No obstante, algún autor aperece de que ningún sistema de IA puede entenderse “inocente”, aconsejando la inclusión de alguna cláusula genérica que recomiende la supervisión humana de los resultados generados por el sistema ya que puede contener errores significativos. *Vid.* Vestri (2024).

⁴¹ Este riesgo estaría asociado a la falta de transparencia, en la medida en que sus usuarios/as deben estar debidamente informados/as fomentado así su confianza. Sería el caso de *chatbots* o asistentes digitales. Es reseñable el caso de la IA generativa, productora de contenido, en el sentido de que sistemas *a priori* irrelevantes podrían crear contenido creíble y vulnerar derechos de las personas. (*Vid.* Muñoz García (2023: 61).

⁴² Los sistemas de IA identificados como de alto riesgo (*ex* art. 6 Capítulo II) incluyen la tecnología de IA utilizada en: a) infraestructuras críticas (por ejemplo, el transporte), que podrían poner en peligro la vida y la salud de la ciudadanía; b) formación educativa o profesional, que puede determinar el acceso a la educación y el curso profesional de la vida de una persona (por ejemplo, puntuación de los exámenes); c) componentes de seguridad de los productos (por ejemplo, aplicación de IA en cirugía asistida por robot); d) empleo, gestión de trabajadores y acceso al trabajo por cuenta propia (por ejemplo, software de clasificación de CV para procedimientos de contratación); e) servicios públicos y privados esenciales (por ejemplo, calificación crediticia que dificulta a la ciudadanía la obtención de un préstamo); f) aplicación de la ley que pueda interferir con los derechos fundamentales de las personas (por ejemplo, evaluación de la fiabilidad de las pruebas); g) gestión de la migración, el asilo y el control fronterizo (por ejemplo, examen automatizado de las solicitudes de visado); h) administración de justicia y procesos democráticos (por ejemplo, soluciones de IA para buscar resoluciones judiciales).

(*Vid.* <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/regulatory-framework-ai> -15/05/2024-).

tanto en cuanto se trataría de sistemas dirigidos a implantar ideas en los seres humanos, de manera subliminal o aprovechándose de condiciones de especial vulnerabilidad, y que alteren de forma sustancial su comportamiento o sean susceptibles de provocarles perjuicios físicos o psicológicos; o porque pudieran ser empleados por las autoridades con el fin de perfilar a los seres humanos atendiendo a su conducta social o a características personales o de su personalidad (conocidas o predichas) cuando ello cause un trato perjudicial o desfavorable a determinados grupos de personas o colectivos; o porque se usen sistemas de identificación biométrica⁴³ remota⁴⁴ en tiempo real⁴⁵ en espacios de acceso público (salvo en situaciones excepcionales relacionadas con la prevención o persecución de actividades delictivas, estando sujetas a la autorización de un órgano judicial u otro organismo independiente). Este último supuesto, de identificación biométrica, es especialmente preocupante por la posible vulneración de derechos fundamentales.

Evidentemente, la protección debe ser más acusada cuando se trate de sistemas de IA de alto riesgo por la magnitud de las consecuencias adversas para los derechos fundamentales. Entre dichos derechos “se incluyen el derecho a la dignidad humana, el respeto de la vida privada y familiar, la protección de datos de carácter personal, la libertad de expresión y de información, la libertad de reunión y de asociación, la no discriminación, el derecho a la educación, la protección de los consumidores, los derechos de los trabajadores, los derechos de las personas discapacitadas, la igualdad entre hombres y mujeres, los derechos de propiedad intelectual, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, los derechos de la defensa y la presunción de inocencia, y el derecho a una buena administración” (*ex* Considerando 48). De ahí la necesidad de implementar medidas de gestión de riesgos adecuadas y específicas que eliminen o mitiguen los riesgos detectados y evaluados, o que se implanten medidas de reducción y control frente a los riesgos que no puedan eliminarse (*ex* art. 9 Capítulo II); sin olvidar medidas *ex post* por parte de los proveedores e implementadores de sistemas de IA de alto riesgo. Cobra especial importancia aquí el requisito de documentación técnica⁴⁶ que

⁴³ Entendida como “el reconocimiento automatizado de características humanas de tipo físico, fisiológico, conductual o psicológico para determinar la identidad de una persona física comparando sus datos biométricos con los datos biométricos de personas almacenados en una base de datos” (*ex* Considerando 35).

⁴⁴ A través de la cual un sistema de IA identifica “a las personas físicas sin su participación activa y generalmente a distancia comparando sus datos biométricos con los que figuran en una base de datos de referencia” (*ex* Considerando 41).

⁴⁵ Aquí “la recogida de datos biométricos, la comparación y la identificación se producen sin una demora significativa” (*ex* Considerando 42).

⁴⁶ Regulada en el Anexo IV del RIA, debiendo incluir, entre otros: descripción detallada del sistema de IA y de su proceso de desarrollo; información acerca de la supervisión, el funcionamiento y el control del sistema de IA (atendiendo a fuentes de riesgo para la salud y la seguridad, los derechos fundamentales y la discriminación); descripción pormenorizada del sistema de gestión de riesgos; descripción de los cambios pertinentes realizados

ha de elaborarse para un sistema de IA de alto riesgo antes de su introducción en el mercado o puesta en servicio.

El RIA prevé un sistema de sanciones si se produce la vulneración de las disposiciones previstas en él (*ex arts. 99 y siguientes*), pudiendo variar según la gravedad y la naturaleza de la infracción, y yendo desde meras amonestaciones por parte de las autoridades nacionales competentes a multas comprendidas entre 7,5 y 35 millones de euros⁴⁷.

De la lectura sosegada de todo este abordaje sistemático (nótese la proliferación de recomendaciones y regulaciones durante el pasado mes de mayo, solo un par de meses después de la aprobación del RIA), se infiere el gran desafío al que se enfrentan todos los agentes implicados en la generación de un marco de referencia adecuado para el óptimo y seguro desarrollo de la IA, presentando las mayores controversias aquellas cuestiones de responsabilidad para con los derechos humanos y de uso malicioso o doloso.

II. SISTEMAS DE DECISIONES AUTOMATIZADAS

II.1. Auge de los sistemas de decisiones automatizadas

Tras una necesaria contextualización y revisión del trazado regulatorio de los sistemas de IA, han de plantearse los motivos por los que el uso de sistemas automatizados basados en tecnologías de IA está experimentando su auge actualmente. Las más relevantes serían: la mayor disponibilidad de datos; el desarrollo exponencial del procesamiento de datos; y la mejora del rendimiento de los sistemas computacionales⁴⁸.

La mayor disponibilidad de datos está estrechamente relacionada con la revolución digital y, más concretamente, con el Internet de las cosas (*IoT* o *Internet of Things*). Se trataría de sistemas de dispositivos físicos que reciben y transfieren datos a través de redes inalámbricas, con poca o nula intervención humana, ya que esos dispositivos están debidamente integrados en todo tipo de objetos. Los datos, al ser generados en línea, permiten a las diversas organizaciones recopilarlos y procesarlos, ofreciendo servicios y publicidad personalizados⁴⁹. Esa disponibilidad masiva de datos está inexorablemente conectada a su tratamiento y

por el proveedor en el sistema a lo largo de su ciclo de vida; un listado de normas armonizadas, aplicadas total o parcialmente; una copia de la declaración de la UE de conformidad.

⁴⁷ Multas de hasta 35 millones de euros o el 7% del volumen de negocios total a nivel mundial del ejercicio financiero anterior para vulneraciones de prácticas prohibidas o protección de datos; multas de hasta 15 millones de euros o el 3% del volumen de negocios anual total a nivel mundial del ejercicio financiero anterior en caso de incumplimiento de cualquier otra obligación del RIA; multas de hasta 7,5 millones de euros o el 1,5% del volumen de negocios anual total a nivel mundial del ejercicio financiero anterior si se proporciona información inexacta, incompleto o engañosa a organismos y autoridades nacionales competentes.

⁴⁸ Palma Ortigosa (2022.a: 45). En sentido similar: Coglianese & Lehr (2017: 1162); Soriano Arnanz (2021: 90).

⁴⁹ Palma Ortigosa (2022.a: 45).

almacenamiento, realizados en muchas ocasiones por los denominados *data centers* (de naturaleza pública o privada), gestionando los sistemas de información de datos. Asimismo, el almacenamiento de estos datos en entornos virtuales o nubes (*clouds*) supone un abaratamiento de costes⁵⁰. Por último, la mejora en el rendimiento (v. gr., velocidad de proceso y capacidad de almacenamiento) de las computadoras que procesan esas cantidades ingentes de datos permite que se puedan analizar escenarios cambiantes y complejos con precisión adecuada⁵¹.

Este contexto ha propiciado que técnicas como *Big Data* o IA puedan desarrollarse óptimamente, mostrando todo su potencial, y estando entre sus funcionalidades la toma de decisiones automatizadas, con unos claros beneficios de eficiencia y ahorro de recursos. De hecho, las empresas y los poderes públicos emplean cada vez más herramientas de toma automatizada de decisiones, en ámbitos tales como la salud, las resoluciones jurídicas, la educación, los servicios financieros, el comercio, el mercado laboral, la publicidad o la contratación⁵². En estos sectores las máquinas vienen a sustituir tareas que tradicionalmente eran desempeñadas por personas. Como contrapunto, el uso de algoritmos a la hora de adoptar decisiones conlleva problemas tales como discriminación, decisiones injustas, privacidad o denegaciones de un servicio o producto por parte de una máquina⁵³. Y ello porque las decisiones tomadas por los algoritmos basados en correlaciones se consideran suficientemente fiables, aun sin prueba de causalidad, generándose el riesgo de inferencias erróneas⁵⁴.

II.2. Fases del sistema de decisiones automatizadas

La expresión “decisiones automatizadas” procede del anglicismo *Automated Decision-Making* (en adelante ADM), significando un proceso computacional, incluidas técnicas y enfoques de IA, que, alimentado por entradas y datos recibidos o recogidos del entorno, pueden generar, a partir de un conjunto de objetivos predefinidos, resultados en una amplia variedad de formas (v. gr, contenidos, valoraciones, recomendaciones, decisiones, predicciones...), logrando, pues, la automatización de la toma de decisiones, que, de otro modo, sería llevada a cabo por humanos.

Para que esas decisiones automatizadas acaben aplicándose en la vida real, que es el objetivo de las organizaciones que implementan este tipo de sistemas, es preciso que se superen las fases de diseño y de despliegue, tal y como se exponen a continuación.

⁵⁰ *Ibidem*, 46.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Roig (2020: 17).

⁵³ Roberto Granero (2022: 108).

⁵⁴ Soriano Arnanz (2021: 91).

La fase de diseño, que es fundamental porque influirá en el ulterior despliegue, consiste en elaborar un modelo que posteriormente será implantado en un sistema de toma de decisiones. Esta etapa abarca múltiples subfases, a saber: A) Planificación del proyecto por parte de los desarrolladores, fijando los objetivos que se pretenden con el sistema. B) Recopilación y obtención de datos representativos de calidad, eliminando los datos “sucios” porque su utilización generaría decisiones inadecuadas con respecto a la realidad donde han de adoptarse dichas decisiones. C) Preprocesamiento de datos, como tarea esencial, cuyo objetivo es depurar y transformar los datos a un formato reconocible al algoritmo y que le permita trabajar adecuadamente para alcanzar el objetivo previsto, siendo de gran utilidad aquí las técnicas basadas en *Big Data*. D) Desarrollo del modelo a través del entrenamiento del algoritmo que cuenta con los datos previamente procesados. E) Prueba del modelo mediante la comprobación del rendimiento de los distintos modelos creados. F) Elección y validación del modelo, teniendo en cuenta los parámetros de interpretabilidad⁵⁵ y exactitud para optar por un modelo u otro⁵⁶.

Por su parte, la fase de despliegue, basada en la integración e implementación de los sistemas en el proceso organizativo y su puesta en marcha en la realidad donde se adoptarán las decisiones, cuenta con las subfases que prosiguen: A) Puesta en marcha del sistema de IA en el contexto específico donde va a desplegar sus efectos, con la recomendación de realización de pruebas de forma local y limitadas a un grupo de personas. B) Procesamiento de datos, que son transformados en un resultado y la valoración de si se convertirá inmediatamente en una decisión plenamente automatizada o formará parte de otra serie de factores que fundamentarán la decisión final (decisión parcialmente automatizada). C) Evolución del modelo desde el momento en que comienza a interactuar con el entorno para el que fue diseñado, teniendo en cuenta si estamos ante sistemas dinámicos (más prácticos en entornos cambiantes que requieren una continua adaptación porque aprovechan los datos de entrada para mejorar y ajustarse) o estáticos (aconsejables en escenarios no excesivamente cambiantes ya que dejan de aprender una vez que han sido diseñados y su programación no se altera)⁵⁷.

III. SISTEMAS DE DECISIONES AUTOMATIZADAS EN LA EJECUCIÓN DE CONTRATOS DE CONSUMO A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEL INSTITUTO DE DERECHO EUROPEO

⁵⁵ Aunque va existiendo un mayor interés en la creación de sistemas interpretables, hoy por hoy se prefieren los modelos que puedan generar predicciones o resultados más precisos.

⁵⁶ Palma Ortigosa (2022.a: 48-52).

⁵⁷ *Ibidem*, 52-57.

III.1. Contextualización: automatización y asistentes digitales

Como se ha señalado en líneas anteriores, uno de los ámbitos donde se viene observando una creciente adopción de decisiones automatizadas es el de la ejecución de contratos de consumo. La IA, gracias a su capacidad predictiva derivada del análisis de datos, puede realizar diversas tareas en la negociación, formación y celebración de un contrato. Reflejo de la automatización en este contexto son las obligaciones de pago a través de débitos directos, la suscripción para la entrega de bienes a intervalos determinados, la renovación automática de los contratos al final del período contractual acordado, o la utilización de motores de búsqueda para comparar precios. Sin embargo, existen otros escenarios donde la automatización es la de la propia decisión de celebrar un contrato; estaríamos hablando de la ejecución a través de un asistente digital⁵⁸. Así las cosas, la automatización de la toma de decisiones se basaría en el uso de algoritmos y sistemas informáticos para analizar datos y adoptar determinaciones en nombre de una de las partes contratantes, sin intervención humana directa.

Estos asistentes digitales⁵⁹ son sistemas de IA que utilizan algoritmos y técnicas de aprendizaje automático para procesar información y generar respuestas adecuadas en función de criterios predefinidos. Por tanto, dependen en gran medida de la programación del inicial algoritmo, los datos de entrenamiento y cualquier capacidad de “autoaprendizaje” codificada en aquel. En el concreto ámbito de contratos de consumo, la finalidad del asistente digital es mejorar la eficiencia y la precisión en la gestión de la relación contractual entre sujeto proveedor y consumidor/a encaminándose a la negociación, conclusión o ejecución de un contrato. Este, en consecuencia, será un contrato algorítmico, entendido como aquel en el que una o ambas partes utilizan un asistente digital para llevar a cabo uno más aspectos del proceso contractual, delegando, por tanto, el uso de su libertad contractual⁶⁰.

El funcionamiento del asistente digital podría resumirse como prosigue: Recopila datos (procedentes de registros de transacciones pasadas, preferencias, historial crediticio, etc.) relevantes sobre el consumidor o la consumidora, el producto o servicios objeto de contrato y

⁵⁸ Algunos/as autores/as manifiestan su reticencia a la automatización de la negociación en contratos complejos, donde dicha automatización debería configurarse más bien como instrumento de apoyo. *Vid.* Navas Navarro (2024: 65).

⁵⁹ *A priori*, y según el RIA, encajarían en la clasificación de riesgo limitado, poniéndose el énfasis en la transparencia en el uso del sistema de IA si se quiere fomentar la confianza de sus usuarios/as.

⁶⁰ En sede de contratos algorítmicos es preciso matizar que los sistemas de inteligencia artificial predeterminada (ofrecen siempre el mismo resultado para unos mismos datos) no tienen capacidad de desarrollar sus propias respuestas, por lo que la emisión de la oferta o la aceptación será en realidad la ejecución de una voluntad previamente programada. Sin embargo, los sistemas de inteligencia artificial autónomos sí tienen capacidad de aprendizaje y de adaptación a nuevas circunstancias, lo que pone en entredicho el consentimiento libre y consciente de la persona que puso en marcha tal contrato. *Vid.* Pertíñez Vílchez (2024: 106-108).

cualquier otra información pertinente para la toma de decisiones. Una vez recopilados, los datos son procesados por el sistema empleando algoritmos específicos, pudiéndose aplicar técnicas de análisis de datos para identificar patrones o tendencias que ayuden a informar la toma de decisiones. El asistente digital genera una decisión concreta respecto al contrato de consumo en cuestión (v. gr., elección de ciertos productos o servicios, fijación de precios, gestión de riesgos...). Una vez tomada la determinación, el asistente digital puede implementarla a través de acciones como envío de notificaciones, ajuste de términos del contrato o realización de transacción, pudiendo desplegar un seguimiento y realizar ajustes según sea o no necesario.

Este fenómeno plantea desafíos significativos desde una perspectiva de Derecho de Consumo, concretamente en lo que concierne a la protección de la persona consumidora, que, como se ha apuntado previamente, delega su libertad contractual en el asistente. De ahí que haya que analizar si el marco normativo actual podría dar adecuada respuesta a los nuevos retos que surgen en el entorno digital. El Informe del Instituto de Derecho Europeo (ELI por sus siglas en inglés *-European Law Institute-*) sobre el Derecho del consumidor de la Unión Europea y la toma de decisiones automatizadas, como resultado provisional del proyecto sobre Principios Rectores y Reglas Modelo en Contratos Algorítmicos, consciente de la creciente presencia de la toma de decisiones automatizada, ofrece una interesante guía con recomendaciones para adaptar el marco legal existente y abordar de manera efectiva las implicaciones de la automatización en la ejecución de contratos de consumo.

En cuanto a los asistentes digitales en el escenario de contratos de consumo, el Informe del Instituto de Derecho Europeo revela una serie de formas típicas en los que pueden intervenir⁶¹: a) un producto inteligente con un sistema integrado de asistente digital⁶²; b) una aplicación de asistente digital independiente⁶³ que se configura para gestionar ciertos tipos de compras para un consumidor o una consumidora; c) una plataforma que proporciona un servicio integrado de asistente digital para realizar compras a comerciantes en la misma plataforma; d) un asistente digital con un tipo de *software* “hecho en casa” o de código abierto⁶⁴. Además, y atendiendo a la necesaria sostenibilidad, se plantea la oportunidad de diseñarlos de manera que hicieran del consumo sostenible una prioridad, como serían los casos de ralentizar el proceso de compra o de operar con valores predeterminados verdes.

⁶¹ European Law Institute (2023: 19).

⁶² Caso de una máquina de café con opciones de reordenamiento automático basadas en datos sobre la persona usuaria de la máquina.

⁶³ Por ejemplo, para un teléfono inteligente o para un ordenador.

⁶⁴ Su código fuente está disponible públicamente, por lo que cualquier persona puede utilizarlo de acuerdo con los términos de una licencia de código abierto, añadiendo nuevas funcionalidades, corrigiendo errores o adaptándolo a diversas plataformas.

Para los fines del citado Informe, el debate se centra en los asistentes digitales tipo a), tipo b) y tipo c). Y se darían en tres posibles escenarios: 1) consumidor/a implementa un asistente digital a través del cual firma un contrato con el comerciante; 2) consumidor/a concluye un contrato con comerciante que utiliza un asistente digital para la celebración del contrato; 3) tanto consumidor/a como comerciante se sirven de asistentes digitales para la conclusión del contrato.

Sea el escenario que sea, se deben aplicar los Principios comunes que indica el Informe del Instituto de Derecho Europeo, y que podrían constituir una parte general de una futura ley europea sobre contratación algorítmica.

III.2. Principios generales del Informe del Instituto de Derecho Europeo sobre el derecho del consumidor de la UE y la toma de decisiones automatizada

El meritado Informe utiliza como clave de bóveda los diferentes Principios generales que deben informar la legislación de la UE en materia de Derecho de Consumo para dar una respuesta adecuada a las ADM. A partir de ellos se construyen las recomendaciones normativas que pueden contribuir a un óptimo desarrollo de las decisiones automatizadas en los contratos de consumo.

Se analizan⁶⁵ a continuación cada uno de los Principios referenciados con la finalidad de entender cuál es su repercusión en las ADM contractuales y, por ende, si implicaría la necesidad de reforma legislativa.

A) Principio 1: Atribución de las acciones del asistente digital al consumidor⁶⁶

Si el consumidor o la consumidora emplea un asistente digital para concluir un contrato, el Informe acoge la tesis de que el despliegue de dicho asistente implica que todas las acciones de este se traten legalmente como acciones de quien consume, atribuyéndoselas a efectos jurídicos. Así, el Principio de atribución debe combinarse con requisitos que permitan a la persona consumidora mantener suficiente control sobre su asistente digital. De ahí que el Informe sugiera los siguientes mecanismos de control: 1) Posibilidad de aprobar u oponerse (a través de una suerte de derecho a objetar⁶⁷) a la celebración de un contrato concertado a través de un asistente digital antes de que sea jurídicamente vinculante. 2) Establecer y revisar los

⁶⁵ Vid. como trabajo preliminar al respecto, Pacheco Jiménez (2024).

⁶⁶ European Law Institute (2023: 23-25).

⁶⁷ Más acertado que introducir un “período de gracia” para retirarse una vez notificado al/a la consumidor/a que el contrato se va a celebrar y que este no continúe; y esto porque muchos contratos pueden tener excluido el derecho de desistimiento.

parámetros que utiliza un asistente digital para llegar a sus decisiones⁶⁸. 3) Facultad de suspender o desconectar un asistente digital, si así lo precisan las personas consumidoras ya que no están obligadas a utilizar un asistente digital. 4) Derecho a no conformidad y, por ende, invalidación del contrato, por decisiones del asistente digital derivadas del autoaprendizaje, excediéndose del rango de toma de decisiones.

Estos requisitos se podrían implementar a través de un “deber de diseño”, de manera que el/la consumidor/a pueda tener el control último sobre las decisiones adoptadas por su asistente digital. Es más, ha de añadirse en este punto el temor a que el asistente digital tome una decisión completamente imprevista, esto es, fuera del rango de decisiones que un algoritmo de autoaprendizaje podría tomar⁶⁹.

Todo lo expuesto se alinea con las pautas del nuevo Reglamento de Inteligencia Artificial, en tanto en cuanto propone que el sistema de IA cumpla con la exigencia de supervisión y control humanos.

B) Principio 2: Aplicación de la legislación sobre consumidores a los contratos algorítmicos⁷⁰

En tanto en cuanto el contrato algorítmico celebrado a través de un asistente digital entre consumidor/a y comerciante entra en el ámbito de aplicación de la legislación de la UE en materia de Derecho de Consumo, la utilización del asistente digital por la persona consumidora no debería alterar las obligaciones legales del/la comerciante para el tipo específico de contrato en virtud de la legislación aludida, sino actuar como si el contrato se hubiera negociado o concluido el sin el uso de dicho asistente.

No puede obviarse que el asistente digital no siempre ha de conducir a una mejor toma de decisiones. Piénsese en el supuesto de que el sistema de IA haya sido diseñado para promover los intereses de quien comercia, siendo en este caso más pertinente aún la protección ofrecida a los y las consumidores/as desde la normativa europea. Ante un contenido sesgado proporcionado por el asistente, se podría materializar el derecho a compensación por pérdidas debido a información insuficiente o engañosa. Según el Informe, y para mayor garantía, los asistentes digitales podrían diseñarse sobre la base del marco jurídico pertinente. Es más, el/la comerciante no puede intentar evadir su responsabilidad por las acciones derivadas de su asistente digital, infringiendo derechos de la persona consumidora basándose que fue resultado de las decisiones tomadas por un asistente digital.

⁶⁸ De conformidad con el Principio 7.

⁶⁹ La solución que propone el Informe sería la no conformidad por parte de la persona consumidora, desplegándose responsabilidad por parte del proveedor del asistente digital. *Vid.* European Law Institute (2023: 24-25).

⁷⁰ European Law Institute (2023: 26-27).

C) Principio 3: Obligaciones de información precontractual⁷¹

Partiendo de la premisa de que el/la consumidor/a informado/a toma decisiones informadas (racionales), se colige que la tarea de reporte previo es parte determinante en el proceso de contratación. Pues bien, dependiendo de cómo evolucionen la tecnología de la IA y su aplicación, podría ser necesario recalibrar el modelo actual sobre información precontractual.

Podemos cuestionarnos si es factible que un asistente digital gestione los datos de forma totalmente fiable y más eficaz que la propia persona consumidora o, por el contrario, la desinformación o el sesgo del asistente puede llegar a ser un riesgo real. En este sentido, no todos los asistentes digitales tienen la misma capacidad predeterminada para llenar vacíos de información; comparar, combinar y verificar datos; o expresar se manera comprensible y personalizada; ni tampoco están diseñados con las mismas funcionalidades. Por tanto, el riesgo de desinformación o información sesgada procedente de un asistente digital es más que posible.

Dado que, hoy por hoy, la trayectoria de la evolución de los asistentes digitales es demasiado incierta, dudándose de su completa fiabilidad, en el Informe se parte de la base de que la lógica en la que se sustenta la obligación de facilitar información precontractual al sujeto más débil de la relación contractual no se vería afectada por el hecho de que utilice un asistente digital (de hecho, los deberes de información precontractual se aplicarían igual que para cualquier otro contrato para el suministro de contenido/servicios digitales), incluso cuando este disponga de funciones independientes de recopilación de datos y capacidad de procesamiento. En definitiva, la obligación de proporcionar información previa al contrato por parte de quien comercia es un deber general que ha de persistir, independientemente de que la persona consumidora se sirva de un asistente digital.

D) Principio 4: Principios de no discriminación/no barreras⁷²

Los/las consumidores/as deben tener libertad para utilizar asistentes digitales, no pudiendo quienes comercian prohibirlo de manera general, arbitraria o injustificada, a no ser que existan excepciones claramente definidas (*v. gr.*, evitar la manipulación o la saturación del sistema por un alto volumen de interacciones de asistentes digitales). Por tanto, permitir la prohibición injustificada de los asistentes digitales o el trato diferenciado de las personas consumidoras que hacen uso de ellos podría conllevar una discriminación en el mercado. De ahí que estos Principios de no discriminación y de no barreras impliquen tanto la prevención de medidas técnicas que impidan el empleo de asistentes digitales (*v. gr.*, a través de “bloqueadores

⁷¹ *Ibidem*, 27-29.

⁷² *Ibidem*, 29.

ADM”), como la necesidad de un diseño de interfaces en línea “amigable” (es decir, formato legible por máquina⁷³) para las ADM.

E) Principio 5: Divulgación del uso del asistente digital⁷⁴

El Informe propone que se divulgue el uso, si es el caso, de un asistente digital, normalmente a través de medios tecnológicos adecuados, permitiendo que se aplique tanto al uso de asistentes digitales por parte de personas consumidoras como de comerciantes, alertando así tanto a unos como a otros de la utilización de los mismos en la relación contractual. Y máxime en aquellas circunstancias en las que consumidores/as pueden tener dudas sobre si están interactuando con un humano o con una máquina. Es más, en aras a esta transparencia, el asistente debería programarse para revelarse a sí mismo.

F) Principio 6: Protección del asistente digital frente a manipulaciones⁷⁵

La actual legislación de la UE en materia de Derecho de Consumo ya trata de impedir la manipulación de las personas consumidoras cuando deciden celebrar un contrato, así como a la hora de ejercer sus derechos. Además de la tradicional protección contra prácticas engañosas y agresivas, regulaciones más recientes en la Directiva de Servicios Digitales⁷⁶, en el Reglamento de Mercados Digitales⁷⁷ y en la Directiva sobre contratos de servicios financieros celebrados a distancia⁷⁸, se centran en los “patrones oscuros” que explotan deliberadamente las debilidades de comportamiento de los consumidores. De ahí que la protección jurídica ya existente deba ampliarse a los intentos de manipulación dirigida de un

⁷³ El conjunto de datos está estructurado de una manera que permita el procesamiento automatizado, es decir, esos datos se pueden importar o leer mediante un sistema informático sin intervención humana.

⁷⁴ European Law Institute (2023: 30).

⁷⁵ *Ibidem*, 31.

⁷⁶ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000 (DOCE núm. 178, de 17 de julio de 2000). Su objetivo era crear un espacio digital más seguro en el que se protejan adecuadamente los derechos fundamentales de todos los usuarios de servicios digitales, que incluyen un gran número de servicios y plataformas en línea que conectan, transmiten y alojan la información que fluye por Internet. Modificada por el Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (DOUE núm. 277, de 27 de octubre de 2022). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R2065>

⁷⁷ Establece unas condiciones de competencia equitativas para fomentar la innovación el crecimiento y la competitividad, tanto en el mercado único europeo como a escala mundial. Actualmente regulación por el Reglamento de Mercados Digitales (UE) 2022/1925, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2022, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y 2022/1828 (DOUE núm. 265, de 12 de octubre de 2022). Entró en vigor el 2 de mayo de 2023. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R1925>

⁷⁸ Directiva (UE) 2023/2673, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de noviembre de 2023, por la que se modifica la Directiva 2011/83/UE en lo relativo a los contratos de servicios financieros celebrados a distancia y se deroga la Directiva 2002/65/CE (DOUE núm. 2673, de 28 de noviembre de 2023). Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202302673

asistente digital en los contratos algorítmicos⁷⁹. Para ello el Informe indica la posibilidad de que las reglas de diseño de los sistemas de IA en general o los asistentes digitales en concreto incorporen medidas tecnológicas para minimizar dichos riesgos de manipulación.

G) Principio 7: Capacidad para determinar parámetros/divulgación de parámetros preestablecidos⁸⁰

El funcionamiento de los asistentes digitales precisará la inclusión de diversos parámetros, aunque algunos ya vendrán preestablecidos por el proveedor de aquellos. Si quien contrata no puede conocer dichos parámetros empleados por el asistente digital, el principio de atribución (*ex* Principio 1) de los efectos jurídicos de las acciones y decisiones adoptadas por dicho asistente puede verse socavado y, consecuentemente, propiciar que quien provee el asistente sea responsable por el daño irrogado. Asimismo, cuando se proporciona el asistente digital operado por quien comercia (por ejemplo, porque es una característica integrada de un producto inteligente o de una plataforma en línea), sería adecuado que el/la consumidor/a pudiera ser capaz de determinar (a través de una función de selección) los parámetros para el uso del asistente al tratar con quien comercia. Por tanto, atendiendo a la necesidad de que las personas consumidoras conserven el control general, habrá de divulgarse la existencia de parámetros preestablecidos y preverse, asimismo, la posibilidad de revisarlos⁸¹.

H) Principio 8: Asistentes digitales y conflictos de intereses⁸²

Un problema concreto que se plantea con los asistentes digitales integrados en productos inteligentes (*v. gr.*, vehículos, dispositivos médicos, conectados a Internet), o aquellos que se proporcionan en plataformas en línea, es el posible conflicto que surgiría entre, por un lado, los intereses comerciales de quien provee el producto inteligente o de quien opera la plataforma en línea, y aquellos/as comerciantes que venden a través de la plataforma, y, por otro, los intereses de la persona consumidora. Aunque se plantea la opción de exigir que un asistente digital se centre exclusivamente en asistir al/a la consumidor/a, quizás la solución más viable sería revelar claramente ese posible conflicto de intereses, haciendo que quien consume sea plenamente

⁷⁹ Para ello las plataformas deben ser más transparentes sobre sus algoritmos y sobre la publicidad (evitando la elaboración de perfiles utilizando categorías especiales de datos personales); y han de crearse guardianes de acceso para mitigar las discriminaciones algorítmicas. *Vid.* Espín Alba (2024: 171-172).

⁸⁰ European Law Institute (2023: 31-32).

⁸¹ De hecho, el propio Informe sugiere un borrador para esa divulgación: “Cuando un comerciante utilice un asistente digital para la celebración de contratos con consumidores, los parámetros en base a los cuales actúe el asistente digital cuando trata con un consumidor deben serle comunicados, incluidos los parámetros preestablecidos por el comerciante y los principales criterios para tomar decisiones. El consumidor debería tener la opción de seleccionar los tipos de parámetros que se utilizarán y establecer valores para dichos parámetros”. Asimismo, y alternativamente, el Informe sostiene que esta disposición podría formularse como un deber de diseño en el asistente digital.

⁸² European Law Institute (2023: 32).

consciente de que el asistente digital únicamente considerará celebrar contratos con los/las comerciantes de la plataforma en cuestión o con los/las comerciantes seleccionados por quien fabrique el producto inteligente, pero que otros/as comerciantes que no se hayan tomado en consideración por el asistente también estarían disponibles. Igualmente, una solución alternativa sería, de nuevo, un requisito de diseño basado en que el asistente digital solo pueda ayudar a una de las partes, aunque esta medida podría afectar en la práctica a la provisión de asistentes digitales de plataformas.

Atendiendo a los Principios desarrollados, el Informe recomienda la adopción de un pequeño número de nuevas disposiciones para alinear la legislación europea existente, pero manteniendo que todas las Directivas implicadas hoy por hoy están casi “listas para ADM” (“*ADMready*”). De hecho, en la fase 2 del Proyecto sobre Principios Rectores y Reglas Modelo en Contratos Algorítmicos se abordarán cuestiones más amplias de cara a un marco jurídico óptimo, como es el derecho de protección de datos o la implementación de la Inteligencia Artificial tras la aprobación de su norma europea definitiva.

III.3. Directivas “listas para ADM”

Me permito mostrar a continuación algunas de esas Directivas aludidas, que, siguiendo lo observado por los Principios ELI en el marco de la contratación con asistentes digitales, necesitarían unos meros ajustes para su correcta implementación en el ámbito de ADM⁸³.

En primer lugar, la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores⁸⁴, cuyos términos deben extrapolarse indefectiblemente a los contratos algorítmicos, manteniéndose las mismas garantías, entre ellas: que los términos estén redactados de forma clara y lenguaje inteligible, así como en un formato legible por máquina permitiendo un procesamiento digital; que no se puedan bloquear los asistentes digitales, siendo abusiva la restricción del uso de estos por parte del consumidor; y que se puedan rechazar términos ya declarados como abusivos a través de una función tecnológica⁸⁵.

En segundo lugar, la Directiva 2005/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior⁸⁶, cuyo estándar para discernir si la

⁸³ *Vid.* como trabajo preliminar al respecto, Pacheco Jiménez (2024).

⁸⁴ DOCE núm. 95, de 21 de abril de 1993. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:01993L0013-20220528&from=EN>

⁸⁵ European Law Institute (2023: 33-35).

⁸⁶ DOUE núm. 149, de 11 de junio de 2005. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2005/149/L00022-00039.pdf>

información es engañosa se conservaría, máxime en el seno de los contratos propiciados por un asistente digital, que puede encontrar nuevas formas de prácticas manipulativas, aportando información incorrecta o sesgada y distorsionando la capacidad de la persona consumidora para tomar una decisión informada de manera óptima. El listado de prácticas prohibidas que observa el Anexo I de la Directiva no se ajustaría, por cuestiones evidentes de evolución tecnológica desde la fecha de su entrada en vigor, al escenario de los asistentes digitales en sede de contratación. Para solventarlo, la evaluación de la práctica dudosa debería efectuarse caso por caso, conforme a los requisitos específicos para identificar prácticas engañosas (*ex arts. 6 y 7*) y agresivas (*ex arts. 8 y 9*); y, en último término, atendiendo a la definición general de práctica comercial desleal del art. 5, que contempla la violación de la diligencia profesional del comerciante y el menoscabo apreciable de la capacidad para tomar una decisión informada⁸⁷. Por último, podría hacerse una remisión al RIA en la medida en que los sistemas de IA pueden, por un lado, implementar técnicas subliminales que consigan dirigir a la persona consumidora hacia una determinada decisión sin ser plenamente consciente de ello; y por otro, elaborar perfiles, lo que podría redundar en la actual definición de “consumidor vulnerable”⁸⁸.

En tercer lugar, la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores⁸⁹, que podría complementarse con alguna disposición adicional coherente con los Principios ELI para dar cabida al uso de asistentes digitales y la debida información sobre ello. Esas posibles modificaciones tendrían que ver con los criterios utilizados por el asistente digital al seleccionar las contrapartes de la persona consumidora; con la obligación de información sobre los intereses que representa el asistente digital (*v. gr.*, interés de consumidor/a o económico o del mercado); o con la necesidad de revelar que se están empleando asistentes digitales para la negociación o celebración de un contrato. En este punto ha de traerse a colación el RIA ya que, en sus arts. 50 y siguientes, se contemplan las obligaciones de transparencia de los proveedores y responsables del despliegue

⁸⁷ European Law Institute (2023: 39).

⁸⁸ Como concepto dinámico, cambiaría en función del contexto existente, pero siempre teniendo presente la situación de manifiesta desigualdad en el ejercicio de sus derechos, que podría verse obligado a tomar decisiones o aceptar condiciones contractuales que, de no encontrarse en situación de vulnerabilidad, no aceptaría.

⁸⁹ DOUE núm. 304, de 22 de noviembre de 2011. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2011/304/L00064-00088.pdf>. Modificada por la Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión (DOUE núm. 328, de 18 de diciembre de 2019). Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2019/328/L00007-00028.pdf>

de determinados sistemas de IA. Es más, la falta de información podría implicar el incumplimiento del deber precontractual de informar⁹⁰.

En cuarto lugar, la Directiva (UE) 2019/771, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes⁹¹ y Directiva (UE) 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 digitales⁹², que constituyen una sólida base para la persona consumidora que busque solución en aquellos supuestos en los que un asistente digital actúa de una manera diferente a la razonablemente esperada y ello conlleve una falta de conformidad. En este sentido, el asistente digital puede tomar una decisión que exceda del rango de determinaciones que tiene diseñadas aquel; o no se desempeña en la forma preestablecida de conformidad con los términos del contrato de suministro del asistente digital. Sin olvidar que los procesos de aprendizaje automático derivados de la IA pueden implicar que las decisiones adoptadas por el asistente digital superen lo previsto por quién crea o provee el asistente. La referida falta de conformidad debería solventarse atendiendo a las soluciones que contemplan sendas Directivas (*ex* artículos 7 y 8 de la Directiva de compraventa de bienes, y artículos 6 y 7 de la Directiva de servicios digitales), esto es, reparación, sustitución, reducción de precio o rescisión del contrato. A lo que habría de añadirse el derecho a una indemnización de daños y perjuicios para compensar las posibles pérdidas ocasionadas por la falta de conformidad derivada de la actuación de un asistente digital⁹³.

IV. GARANTÍAS FRENTE A LAS DECISIONES AUTOMATIZADAS Y REGLAMENTO DE PROTECCIÓN DE DATOS

Tal y como ya se ha apuntado en este estudio, para que los algoritmos funcionen se precisan datos masivos caracterizados por su volumen, variedad y velocidad. Evidentemente, la cuestión de la protección de datos en el ámbito de las decisiones automatizadas presenta una intrincada problemática.

⁹⁰ Navas Navarro (2024: 56).

⁹¹ DOUE núm. 136, de 22 de mayo de 2019. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2019/136/L00028-00050.pdf>

⁹² DOUE núm. 126, de 22 de mayo de 2019. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2019/136/L00001-00027.pdf>

⁹³ Así se desprende del Informe del European Law Institute (2023: 48-49).

Un caso complejo es el que concierne a la elaboración de perfiles⁹⁴ en función de sus características⁹⁵ (v. gr., género, edad, hábitos y comportamientos). Con el “*profiling*” se generalizan y agrupan personas, pero hay que tener presente que cada persona puede presentar variables concretas que la diferencien del resto de miembros del grupo al que ha sido asignada. En este sentido, los arts. 13.2.f) y 14.2g) del Reglamento Europeo de Protección de Datos (RGPD), obligan al responsable del tratamiento a informar sobre “la existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, a que se refiere el artículo 22, apartados 1 y 4, y, al menos en tales casos, información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado”.

Entre las problemáticas posibles en la elaboración de perfiles podemos hallar algoritmos erróneos que conecten a una persona a determinadas particularidades o comportamientos con los que no se identifica, o algoritmos sesgados que crean estereotipos discriminatorios (siendo especialmente preocupante la reconducción forzosa a parámetros comunes de la generalidad de los ciudadanos obviando, por tanto, la diversidad o la discapacidad). Sobre discriminación algorítmica directa se pueden deducir dos tipos: atribución de un valor negativo al grupo desaventajado o inferencia de la pertenencia al grupo protegido por medio de otros datos a los que se atribuye un valor negativo y que no tienen valor predictivo en el marco de la decisión automatizada⁹⁶. En ambos casos, el algoritmo contraviene el tenor del art. 9.1 RGPD: “Quedan prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o la orientación sexual de una persona física”. Puede observarse en esta categorización que no se incluyen datos relativos a la discapacidad, la edad o el estatus socioeconómico; algunos podrían interpretarse a través de las

⁹⁴ El art. 4 del Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos (disponible en: <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>), define la elaboración de perfiles como “toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física”.

⁹⁵ Dos tipologías de perfil relevantes serían los perfiles individuales y los perfiles grupales. En los perfiles individuales se agrega información sobre un individuo y se usa para derivar o inferir características desconocidas. Los grupales categorizan a las personas en un grupo que comparte todas o ciertas características. *Vid.* Palma Ortigosa (2022: 84).

⁹⁶ Soriano Arnanz (2022: 149).

categorías existentes, pero otros no terminarían de encajar, por lo que en la práctica podría verse cercenada la protección de ciertos grupos vulnerables⁹⁷.

El RGPD dispone en su art. 22 un régimen específico para aquellos tratamientos donde los sistemas algorítmicos adoptan decisiones plenamente automatizadas y estas generan efectos relevantes en la esfera de los particulares. Así, según el meritado precepto, el derecho a no ser objeto de decisiones automatizadas solo se podrá ejercitar cuando la persona en cuestión sea consciente de que las decisiones que le afectan se han basado únicamente en el tratamiento de sus datos, incluida la elaboración de perfiles, produciendo efectos jurídicos sobre aquella o afectándole de manera significativa⁹⁸. Hay que matizar que deben darse los dos elementos cumulativos, esto es: decisión enteramente basada en un tratamiento automatizado (descartándose los sistemas donde se haya incorporado intervención humana); y decisión que produce efectos jurídicos (*v. gr.*, denegación de una prestación económica, no obtención de un contrato) en la persona afectada o le afecten significativamente de modo similar (*v. gr.*, precio o anuncio personalizado que puede influir en el acceso a determinados bienes o servicios)⁹⁹. No obstante, este derecho es limitado en la medida en que no se reconoce a los particulares una oposición generalizada a tal tratamiento, sino que se podrán negar a verse sometidos a dicho tratamiento solo cuando la base jurídica utilizada por su responsable no sea la permitida por la norma o, a pesar de ser la adecuada, no se hayan cumplido convenientemente todos los requisitos legales¹⁰⁰.

Observa, además, las siguientes excepciones al ejercicio de ese derecho, a saber: que esta automatización sea “necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y el responsable del tratamiento”; que esté “autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca

⁹⁷ La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE núm. 167, de 13 de julio de 2022), destina su art. 23 a la IA y los mecanismos de toma de decisiones automatizados, con especial mención la minimización de sesgos en los algoritmos en su art. 23.1: “En el marco de la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial, de la Carta de Derechos Digitales y de las iniciativas europeas en torno a la Inteligencia Artificial, las administraciones públicas favorecerán la puesta en marcha de mecanismos para que los algoritmos involucrados en la toma de decisiones que se utilicen en las administraciones públicas tengan en cuenta criterios de minimización de sesgos, transparencia y rendición de cuentas, siempre que sea factible técnicamente. En estos mecanismos se incluirán su diseño y datos de entrenamiento, y abordarán su potencial impacto discriminatorio. Para lograr este fin, se promoverá la realización de evaluaciones de impacto que determinen el posible sesgo discriminatorio”.

⁹⁸ Puede accederse al formulario de derecho de oposición a decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, en este enlace: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/formulario-derecho-de-oposicion-decisiones-automatizadas.pdf> (22/05/2024).

⁹⁹ Palma Ortigosa (2022: 71-72). En sentido similar, *vid.* Sáenz de Jubera Higuero (2023: 61-62).

¹⁰⁰ Roberto Granero (2022: 127).

asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado”; que se base “en el consentimiento explícito del interesado”.

Lo cierto es que el derecho a una explicación de las decisiones que toma un programa informático de manera automatizada genera muchas controversias. Y ello por dos motivos: primero, el carácter vinculante o no de dicho derecho ya que esta concreta facultad no viene reconocida en ningún precepto del Reglamento, considerándose la posibilidad de integrar este derecho a través de una interpretación sistemática de los arts. 13, 14, 15 y 22 RGPD; y segundo, aun reconociéndose este derecho, su alcance y contenido no quedaría claro debido a que su ejercicio chocaría con otros bienes jurídicos, tales como propiedad intelectual o secretos comerciales. Sea como sea, el responsable del tratamiento, ante una decisión automatizada, tendrá la obligación de explicar al particular, en la medida de lo posible (esto es, propiciando una comprensión adecuada, lo que no significa un entendimiento completo del funcionamiento del sistema), la decisión adoptada por el programa informático, de manera que la persona afectada pueda ejercitar los derechos que el RGPD le concede (*v. gr.*, derecho a impugnar la decisión o derecho a expresar su punto de vista)¹⁰¹.

En este punto resulta interesante la sentencia de la Sala Primera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2023¹⁰², como primera sentencia sobre decisiones automatizadas y sus implicaciones jurídicas para la protección de datos y el Reglamento de IA. Adopta un enfoque garantista expandiendo el alcance del art. 22 RGPD más allá del responsable formal de la decisión, abarcando a terceros que procesen datos. Así, el caso involucra a SCHUFA, una empresa que proporciona información de solvencia de consumidores basada en procedimientos matemáticos y estadísticos, realizándose una clasificación de la persona atendiendo a su comportamiento. El demandante, persona física, alega que su solicitud de préstamo fue denegada sobre la base de la información proporcionada por SCHUFA, ante la que ejerció su derecho de acceso de protección de datos. Pero dicha empresa únicamente le facilitó contenido genérico, sin mostrar al demandante los datos sobre sí mismo y sin explicar la ponderación que de esos datos había realizado en forma de valores de probabilidad. Y, para no facilitar más información, SCHUFA alegó que no era ella la responsable de la denegación del crédito, sino sus socios contractuales, a quienes les facilitaba la información de solvencia. La sentencia acomete una interpretación garantista al considerar que la generación del valor de probabilidad por parte de SCHUFA no es un mero acto preparatorio, por lo que cae en el ámbito

¹⁰¹ *Ibidem*, 128-129.

¹⁰² (TJCE 2023, 146). Para un acertado análisis de ella, *vid.* Cotino Hueso (2024) y Espín Alba (2024: 156-160).

de aplicación del art. 22 RGPD (proyectándose más allá del responsable formal que toma la decisión respecto del afectado), en tanto en cuanto este “debe interpretarse en el sentido que de la generación automatizada, por una agencia de información comercial, de un valor de probabilidad a partir de datos personales relativos a una persona y acerca de la capacidad de esta para hacer frente a compromisos de pago en el futuro, constituye una decisión individual automatizada, en el sentido de la mencionada disposición, cuando de ese valor de probabilidad dependa de manera determinante que un tercero, al que se comunica dicho valor, establezca, ejecute o ponga fin a una relación contractual con esa persona” (FD 73).

Y no olvidemos que el régimen del art. 22 RGPD será aplicable cuando haya un tratamiento de datos mediante sistemas de IA, por lo que la conexión con la norma de IA es más que evidente y adquiere, por tanto, una nueva (y más compleja) dimensión. Piénsese en aquellos supuestos donde los sistemas de IA se utilicen para influir sustancialmente en ámbitos específicos como educación, empleo o seguros; sistemas clasificados como de alto riesgo.

V. CONSIDERACIONES FINALES

La implementación de sistemas de IA en sede de contratos es ya una realidad; una realidad no exenta de riesgos de diversa índole. Como se ha desarrollado a lo largo del presente estudio, el abordaje regulatorio de la IA es prolijo y, a tenor de las diferentes situaciones que concurren en la práctica, se irán viendo sus aciertos y carencias, máxime en un escenario tan técnicamente complejo y con repercusiones jurídicas tan relevantes como es el de la Inteligencia Artificial.

En lo que respecta a contratos en los que la persona consumidora emplea un asistente digital, la normativa europea vigente en materia de Derecho de Consumo se adecuaría bastante a ese concreto escenario, precisando unos pequeños ajustes, que posiblemente vendrán de la mano de la implementación del RIA. Y ello en la medida en que los sistemas de IA, tal y como se ha apuntado en líneas anteriores, pueden llegar a manipular o sesgar la información que se proporciona a la persona usuaria o pueden crear una comunicación comercial (véase la incursión del IA generativa) o pueden elaborar perfiles concretos de personas consumidoras ofreciendo un determinado tipo de productos/servicios o incluso evaluar su capacidad crediticia. En principio, y según el RIA, los asistentes digitales encajarían en la clasificación de riesgo limitado, poniéndose el énfasis en la transparencia en el uso del sistema de IA si se quiere fomentar la confianza de sus usuarios/as. De ahí la importancia de ir comprobando si la

evolución de los asistentes digitales en el ámbito de la contratación cumple los requisitos para esta clasificación, a efectos de aplicación del RIA.

Otra de las cuestiones que precisan una regulación jurídica satisfactoria es la procedente de la discriminación algorítmica, perpetuando estructuras sociales de desigualdad. Para solventar la problemática sería recomendable elaborar un marco jurídico¹⁰³ que asegurase el control previo y constante de los algoritmos (incluso en función del nivel de riesgo), partiendo desde su propio diseño¹⁰⁴, basado en la transparencia¹⁰⁵, y sin hacer que queden inservibles por eliminar aquellos datos que revelen la pertenencia a un determinado grupo social¹⁰⁶. No puede obviarse que la opacidad de los algoritmos utilizados y la posible existencia de sesgos ponen en jaque la fiabilidad de los sistemas de IA en sede de contratación ya que pueden llegar a vulnerarse la autonomía de la voluntad y la capacidad electiva de quien contrata¹⁰⁷.

Asimismo, el meritado diseño es fundamental para el futuro ciclo de vida del asistente digital, influyendo en su ulterior despliegue, tal y como se ha explicado en el análisis de los Principios generales del Informe del Instituto de Derecho Europeo en materia de decisiones automatizadas, cuando aluden a ese óptimo diseño para procurar una interfaz en línea amigable para las ADM o para minimizar riesgos de manipulación o para evitar conflictos de intereses.

En materia de protección de datos, a pesar de las previsiones del RGPD, y ante el desarrollo y las especialidades que nos depare la IA (mención especial de la IA generativa de contenidos y los datos sintéticos¹⁰⁸) deberán revisarse las disposiciones normativas tuitivas de los datos de usuarios y usuarias para que no queden obsoletas.

¹⁰³ En este sentido recuérdese el mencionado Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales, que obliga a las plataformas a ser más transparentes sobre sus algoritmos y prácticas comerciales, prohibiendo que aquellas presenten anuncios basados en la elaboración de perfiles.

¹⁰⁴ Soriano Aranz (2022: 166).

¹⁰⁵ Sin embargo, los objetivos de transparencia se ven entorpecidos por las denominadas “cajas negras” (situaciones donde se ven los datos de entrada y de salida, pero se desconoce qué sucede en el ínterin, es decir, los criterios empleados por el algoritmo). *Vid.* Espín Alba (2024: 146).

¹⁰⁶ Soriano Aranz (2021: 117).

¹⁰⁷ Sáenz de Jubera Higuero (2023: 59).

¹⁰⁸ Se parecen mucho a los datos reales (de hecho, son generados por la IA para sustituir los datos reales) y pueden tener patrones o detalles que facilitarían la identificación de personas o características sensibles.

A la fecha de finalización de este trabajo se publica la “Declaración Conjunta sobre la Competencia en Modelos Fundamentales de IA Generativa y Productos de IA” (23 de julio de 2024) por parte de la Unión Europea, el Reino Unido y los Estados Unidos de América. Su finalidad es la promoción de mercados justos, abiertos y competitivos en el ámbito de la IA generativa, vigilando los riesgos que puedan obstaculizarlo. Disponible en: https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/79948846-4605-4c3a-94a6-044e344acc33_en?filename=20240723_competition_in_generative_AI_joint_statement_COMP-CMA-DOJ-FTC.pdf

Para finalizar, comparto las palabras del profesor Roberto Granero (2022)¹⁰⁹ cuando afirma que “los algoritmos no son ni serán nunca fuente del Derecho”; sino que, en el mejor de los casos, las tradicionales fuentes del Derecho podrán ser ejecutadas mediante el algoritmo y consecuentemente supervisadas por un ser humano. De ahí que uno de los pilares básicos del Reglamento de Inteligencia Artificial sea el de la supervisión humana para evitar la conculcación de derechos fundamentales, particularmente en los sistemas calificados de alto riesgo.

Bibliografía

- BENGIO, Y., GOODFELLOW, I. & COURVILLE, A. (2017): *Deep learning*, vol. 1. Cambridge, MA, USA: MIT press.
- CALVO, J., GUZMÁN, M. y RAMOS, D. (2018): “Machine Learning, una pieza clave en la transformación de los modelos de negocio”, *Management Solutions* (pp. 1-42).
- COGLIANESE, C. & LEHR, D. (2017): “Regulating by robot: administrative decision making in the machine-learning era”, *The Georgetown Law Journal*, vol. 105, n. 5 (pp. 1147-1223).
- COTINO HUESO, L. (2024): “La primera sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre decisiones automatizadas y sus implicaciones para la protección de datos y el Reglamento de inteligencia artificial”, *Diario LA LEY*. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2024/01/17/la-primera-sentencia-del-tribunal-de-justicia-de-la-union-europea-sobre-decisiones-automatizadas-y-sus-implicaciones-para-la-proteccion-de-datos-y-el-reglamento-de-inteligencia-artificial>
- ESPÍN ALBA, I. (2024): “Sesgos discriminatorios en la toma automatizada de decisiones en la contratación y protección de datos”, ÁLVAREZ LATA, N. (Coord.) et al.: *Derecho de contratos, responsabilidad extracontractual e inteligencia artificial*, Aranzadi, Las Rozas (Madrid) (pp. 123-186).
- GIL MEMBRADO, C. (2024): “Daños producidos por la IA: la opacidad del algoritmo y el efecto de caja negra”, ÁLVAREZ LATA, N. (Coord.) et al.: *Derecho de contratos, responsabilidad extracontractual e inteligencia artificial*, Aranzadi, Las Rozas (Madrid) (pp. 501-547).
- MCCARTHY, J. (1956): *What is artificial intelligence?* Disponible en: <https://www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai.pdf>.
- MITTELSTADT, B. et al. (2016): “The ethics of algorithms: Mapping the debate”, *Big Data & Society*, 3 (2) (pp. 1-21).
- MUÑOZ GARCÍA, C. (2023): *Regulación de la inteligencia artificial en Europa. Incidencia en los regímenes jurídicos de protección de datos y de responsabilidad por productos*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- NAVAS NAVARRO, S. (2024): “Deshumanizando al contrato. Una mirada desde la inteligencia artificial”, ÁLVAREZ LATA, N. (Coord.) et al.: *Derecho de contratos, responsabilidad extracontractual e inteligencia artificial*, Aranzadi, Las Rozas (Madrid) (pp. 31-100).
- PACHECO JIMÉNEZ, M^a N. (2024): “Contratos algorítmicos y toma de decisiones automatizadas. El papel de la normativa europea de Consumo”, *Blog Centro de Estudios de Consumo*. Disponible en:

¹⁰⁹ Roberto Granero (2022:133).

https://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Contratos_algoritmicos_y_toma_de_decisiones_automatizada.pdf

- PALMA ORTIGOSA, A. (2002.a): *Decisiones automatizadas. Y protección de datos. Especial atención a los sistemas de inteligencia artificial*, Dykinson, Madrid.
- (2022.b): “El ciclo de vida de los sistemas de Inteligencia Artificial. Aproximación técnica de las fases presentes durante el diseño y despliegue de los sistemas algorítmicos”, en COTINO HUESO, L. (Dir.) *et al: Derechos y garantías ante la inteligencia artificial y las decisiones automatizadas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (pp. 29-51).
- PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F. (2024): “La contratación entre sistemas de inteligencia artificial”, ÁLVAREZ LATA, N. (Coord.) *et al.: Derecho de contratos, responsabilidad extracontractual e inteligencia artificial*, Aranzadi, Las Rozas (Madrid) (pp. 101-122).
- ROBERTO GRANERO, H. (2022): “Derechos y garantías frente al uso de inteligencia artificial y decisiones automatizadas, especialmente en el ámbito judicial y de aplicación de la ley”, en COTINO HUESO, L. (Dir.) *et al: Derechos y garantías ante la inteligencia artificial y las decisiones automatizadas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (pp. 107-137).
- ROIG, A. (2020): *Las garantías frente a las decisiones automatizadas. Del Reglamento General de Protección de Datos a la gobernanza algorítmica*, Bosch, Barcelona.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2023): “Retos jurídicos de la inteligencia artificial en el ámbito del consentimiento contractual: una aproximación general”, *Revista de Derecho Civil*, vol. X, núm. 2 (pp. 41-70).
- SALAZAR GARCÍA, I. (2022): “Retos actuales de la ética en la Inteligencia Artificial”, en COTINO HUESO, L. (Dir.) *et al: Derechos y garantías ante la inteligencia artificial y las decisiones automatizadas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (pp. 53-66).
- SEMMLER, S. & ZEEVE R. (2017): “Artificial Intelligence: Application Today and Implications Tomorrow”, *Duke Law and Technology Review*, 16 (pp. 85-99).
- SORIANO ARNAZ, A. (2021): “Decisiones automatizadas: problemas y soluciones jurídicas. Más allá de la protección de datos”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Marcial Pons, Madrid (pp. 85-127).
- SORIANO ARNAZ, A. (2022): “Discriminación algorítmica: garantías y protección jurídica”, en COTINO HUESO, L. (Dir.) *et al: Derechos y garantías ante la inteligencia artificial y las decisiones automatizadas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (pp. 139-169).
- TURING, A. M. (1950): “Computing Machinery and Intelligence”, *Mind* 49.
- VESTRI, G. (2024): “La Unión Europea estrena el Reglamento de Inteligencia Artificial (RIA)”, *Diario La Ley*, núm. 10550. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAiNTMzMjY7WylKLizPw8WYMDIxMDc0NTIbz8lNQOF2fb0ryU1LTMvNQUtZzEpNQcZ5BwakWJbXpqXmpRZrJrUVF-EUh3ZlqlS35ySGVBqm1aYk5xqlpqUn5-Nool8TDDAbeRB19-AAAAWKE>

Textos oficiales consultados

- CONSEJO DE EUROPA (2024): *Convenio Marco sobre Inteligencia Artificial y Derechos Humanos, Democracia y Estado de Derecho*. Disponible en: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680afb11f
- DIRECTORATE-GENERAL FOR COMPETITION, EUROPEAN COMMISSION (2024): “Join Statement on Competition in Generative AI Foundation Models and AI Products”. Disponible en: https://commission.europa.eu/about-european-commission/departments-and-executive-agencies/competition_en
- EUROPEAN COMMISSION (2019): “Ethics guidelines for trustworthy AI”. Disponible en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>

- EUROPEAN LAW INSTITUTE (2023): “Eu Consumer Law and Automated Decision-Making (ADM): Is EU Consumer Law Ready for ADM?”.
- MINISTERIO PARA LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL Y DE LA FUNCIÓN PÚBLICA (2024): *Estrategia de Inteligencia Artificial*. Disponible en: https://portal.mineco.gob.es/es-es/digitalizacionIA/Documents/Estrategia_IA_2024.pdf
- OECD (2019): “Recommendation of the Council on Artificial Intelligence”. Disponible en: [https://one.oecd.org/document/C/MIN\(2019\)3/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/C/MIN(2019)3/FINAL/en/pdf)
- OECD (2024): “Recommendation of the Council on Artificial Intelligence”. Disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/oecd-legal-0449?s=03#backgroundInformation>

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL (IX): MAYO-AGOSTO 2024

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. (2024).

Crónica jurisprudencial (IX): mayo – agosto 2024
Cuadernos de Derecho Privado, 9, pp. 172-195

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.65>

(Recepción: 21/08/2024; aceptación: 02/09/2024; publicación: 02/09/2024)

Resumen

Esta crónica da cuenta de la última doctrina de la sala primera del Tribunal Supremo, también de las sentencias de pleno, sobre diferentes materias. De igual manera refiere y resume algunas de las últimas sentencias del TJUE y del TS sobre materias propias del Derecho privado.

Palabras clave

Derecho al honor; cantidades anticipadas a cuenta; capacidad jurídica; costas procesales; desahucio impago renta; libertad de expresión; prescripción acción restitutoria; seguro decenal.

Abstract

This chronicle summarizes the most recent doctrine of the Spanish Supreme Court, including plenary judgements, on different topics. Likewise, it gives notice and outlines some of the last rulings of the ECJ and the Spanish Supreme Court on private law matters.

Keywords

Right to honor; advance payments; legal capacity; legal costs; eviction for non-payment of rent; freedom for speech; statute of limitations for restitution claim; ten-year insurance.

1.- En el periodo que aquí consideramos el Tribunal Supremo ha dictado muchas sentencias de interés, de las que daremos cuenta más abajo, en donde distinguiré entre las que son de pleno (*infra* 2) y las que no (*infra* 3).

A estas, tenemos que añadir, como dijimos en nuestra *Crónica* anterior, la doctrina fijada en el segundo y tercer grupo de sentencias referidas al llamado “cártel de camiones”. Las del segundo grupo son estas: sentencias [372/2024, de 14 de marzo](#) (P. J. Vela Torres); [373/2024, de 14 de marzo](#) (R. Sarazá Jimena); [374/2024, de 14 de marzo](#) (R. Sarazá Jimena);

[375/2024, de 14 de marzo](#) (P. J. Vela Torres); [376/2024, de 14 de marzo](#) (I. Sancho Gargallo); [377/2024, de 14 de enero](#) (I. Sancho Gargallo); y [381/2024, de 14 de marzo](#) (I. Sancho Gargallo). Véase sobre este grupo, F. Marcos [2024]: [Justicia igualitaria en la indemnización de los daños causados por el cártel de fabricantes de camiones](#)). Las sentencias del tercer grupo corroboran que el 5 % es la estimación judicial del daño (y así, corrigen las sentencias que lo han fijado en otro porcentaje) y por otra fijan que los intereses -como indemnizatorios que son- se devengan también desde la fecha de adquisición en los casos de financiación mediante contrato de *leasing*: sentencias [1040/2024, de 22 de julio](#) (I. Sancho Gargallo); [1041/2024, de 22 de julio](#) (R. Sarazá Jimena); [1042/2024, de 22 de julio](#) (P. J. Vela Torres); [1043/2024, de 22 de julio](#) (P. J. Vela Torres); [1044/2024, de 22 de julio](#) (I. Sancho Gargallo); y [1045/2024, de 22 de julio](#) (R. Sarazá Jimena).

Junto al Tribunal Supremo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no da tregua -y sigue, por lo demás, con su sintaxis conceptista-. Son de especial interés las sentencias TJUE, Sala Novena, [25 de abril de 2024, C-484/21](#), -cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 20 de Barcelona- y STJUE, Sala Novena, [25 de abril de 2024, C-561/21](#) -cuestión planteada, esta vez, por el Tribunal Supremo-, relativas ambas al *dies a quo* de cómputo de la prescripción de la acción restitutoria en caso de cláusulas abusivas (con la consiguiente sentencia de pleno [857/2024, de 14 de junio](#) [P. J. Vela Torres], *infra* 2, v). Véanse, sobre este problema, los trabajos de M. J. Marín López, [Revista Cesco 50 \[2024\]](#) y de I. Díez-Picazo [2024] [Sobre la prueba de la cognoscibilidad razonable de los consumidores](#)).

Y la sentencia TJUE, Sala Segunda, [de 11 de abril de 2024, C-687/22](#), sobre el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho y la exclusión del crédito público -responde a una cuestión planteada por la Audiencia Provincial de Alicante. Lo que importa es que la exclusión esté debidamente justificada, esto es, que el legislador haya hecho un esfuerzo en la motivación de la exclusión. Véase también la [STJUE, Sala Segunda, de 8 de mayo de 2024, C-20/23](#).

En fin, se ha planteado una cuestión prejudicial (y parece que también se suscitará una cuestión de constitucionalidad) por la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.^a, sobre el art. 487.1 LEC (precepto que contempla el auto de reenvío: “*El recurso de casación se decidirá por sentencia, salvo que, habiendo ya doctrina jurisprudencial sobre la cuestión o cuestiones planteadas, la resolución impugnada se oponga a dicha doctrina, en cuyo caso el recurso podrá decidirse mediante auto que, casando la resolución recurrida, devolverá el asunto al tribunal de su procedencia para que dicte nueva resolución de acuerdo con la doctrina*”).

jurisprudencial”): es el [auto de 11 de junio de 2024](#), que ha dado lugar a la C-443/24. Sus preguntas son las siguientes:

“1ª ¿Es compatible con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en interpretación de los preceptos de la Directiva 93/13/CEE, un precepto como el art 487.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, tras su reforma por el RDL 5/2023, en donde se recoge que el juez español está vinculado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, sin distinguir si la misma pueda o no ser consecuente con la materia e interpretación dada por el TJUE en competencias de la Unión Europea, anterior o posterior a dicha jurisprudencia?”

2ª ¿Vulnera el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/ C 364/01), una interpretación jurisprudencial del Tribunal Supremo, que limita por dicha interpretación jurisprudencial los elementos y valoración de la prueba al tribunal que ha de resolver en la instancia vinculando la decisión del tribunal *a quo* a la jurisprudencia nacional que haya sobre otros asuntos similares?”

2.- Las sentencias de pleno de este periodo han sido abundantes y son las siguientes:

(i) Dos sentencias revisan la doctrina de la sala respecto a las obligaciones que pesan sobre el banco descontante (de control y aseguramiento de las cantidades que se ingresan en la cuenta especial, véase la importante sentencia [733/2015, de 21 de diciembre](#) [F. Marín Castán]) en caso de que el pago de las cantidades anticipadas por los compradores se haya instrumentado mediante letras de cambio que se presentan al descuento en sucesivas remesas, conforme a la Ley 57/1968, de 27 de julio, *sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas*, ley que sigue siendo un nicho de abundantes litigios pendientes.

La doctrina anterior se compendia en las sentencias [897/2021, de 21 de diciembre](#) (F. Marín Castán) y [472/2022, de 8 de junio](#) (F. Marín Castán) si bien concernía a acciones del tenedor del efecto frente al aceptante y no, como es el caso ahora, de ejercicio de acción de responsabilidad fundada en el art. 1.2 de la Ley 57/1968.

Las sentencias de pleno son estas: por un lado, la sentencia [491/2024, de 12 de abril](#) (R. Sarazá Jimena) y por otro, la sentencia [492/2024, de 12 de abril](#) (P. J. Vela Torres). La primera de ellas, en su fundamento de derecho 4.º, apartado 2, bajo la rúbrica “decisión de la sala”, señala:

“Esta sala ha decidido reconsiderar, mediante sendas sentencias de pleno deliberadas, votadas y falladas el mismo día, la línea jurisprudencial establecida en las sentencias [897/2021, de 21 de diciembre](#) [F. Marín Castán] y [472/2022, de 8 de junio](#) [F. Marín Castán], por las razones que a continuación se exponen.

En esas dos sentencias apoyamos la decisión de desestimar la acción del comprador contra la entidad bancaria que había descontado las letras de cambio en la jurisprudencia establecida en las sentencias [205, 206, 210 y 211/2014](#), todas ellas de 24 de abril [y todas con ponencia de S. Sastre Papiol], [467/2014, de 25 de noviembre](#) [J. A. Seijas Quintana], y [367/2015, 18 de junio](#) [F. Marín Castán], que declararon que la excepción de incumplimiento del vendedor no es oponible al banco descontante de las letras entregadas para pagar las entregas a cuenta del precio de una compraventa de vivienda, y afirmamos que a la expresada jurisprudencia sobre la no responsabilidad del banco descontante no se opone la doctrina jurisprudencial fijada por esta sala a partir de su sentencia [733/2015, de 21 de diciembre](#) [F. Marín Castán].

Sin embargo, una reconsideración de esta cuestión litigiosa nos lleva ahora a entender que constituye una diferencia relevante que en el caso objeto de las citadas sentencias de 2014 y 2015 se resolvía sobre una acción cambiaria ejercitada por el tenedor de las letras frente al aceptante mientras que, en el caso objeto de este recurso, se trata de una acción ejercitada por el comprador con base en el art. 1.2.º de la Ley 57/1968, de 27 de julio, *sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas*. No se trata, por tanto, de valorar la posición del banco como tercero tenedor de la letra respecto de la excepción basada en el incumplimiento del promotor, sino de decidir si el comprador que ha pagado las cantidades anticipadas mediante la aceptación y pago de efectos cambiarios puede exigir responsabilidad a la entidad bancaria por no haberse asegurado de que el importe del descuento de las letras se haya ingresado en una cuenta especial abierta por el promotor y debidamente garantizada”.

Y, en el mismo fundamento de derecho, fija la doctrina relativa al control exigible al banco descontante respecto a los pagos hechos por los compradores mediante efectos cambiarios:

“7.- Pues bien, si hemos declarado, a partir de la sentencia [733/2015, de 21 de diciembre](#), que el banco que recibe las cantidades anticipadas tiene la obligación de asegurarse de que se ingresen en una cuenta especial, garantizada con aval o seguro, y es responsable de la restitución a los compradores de tales cantidades anticipadas si no cumple

esa obligación; y si la DA Primera de la LOE extendió la obligación de garantizar la devolución de las cantidades anticipadas en caso de incumplimiento del promotor a las cantidades entregadas “mediante cualquier efecto cambiario”, esa obligación y correlativa responsabilidad debe extenderse al banco que descuenta las letras de cambio mediante las que se articula el pago de las cantidades anticipadas, ingresa su importe (ciertamente minorado con los intereses y comisiones que cobra al promotor descontatario) en una cuenta del promotor, y percibe posteriormente esas cantidades anticipadas al cobrar las letras de cambio, todo ello con base en el contrato de descuento que supone una relación de colaboración con el promotor, que obtiene financiación mediante este contrato de descuento.

Debe tomarse en consideración que, al celebrar el contrato de descuento, es práctica de las entidades financieras indagar sobre el origen de los créditos cuyo pago se articula a través de las letras de cambio descontadas y sobre la actividad a que se dedica el cliente con el que celebra el contrato de descuento, lo que le permite conocer, si emplea la diligencia debida, que las letras descontadas documentan el pago de cantidades anticipadas en la venta de viviendas. En el presente caso, la Audiencia Provincial declaró que, en vista de las circunstancias concurrentes, Abanca conocía que las letras descontadas habían sido emitidas por Aifos para que los compradores de las viviendas pagaran las cantidades anticipadas.

Las entidades financieras, en la medida en que habitualmente incluyen cláusulas en las pólizas de descuento por las que se reservan el derecho de aceptar o rechazar, total o parcialmente, los créditos que el cliente le presente para su descuento, pueden rechazar el descuento de aquellos efectos aceptados por adquirentes para el pago de cantidades anticipadas de la compra de viviendas en construcción si el dinero obtenido por el promotor con el descuento de las letras no se ingresa en la cuenta especial garantizada con aval o seguro.

8.- El modelo de conducta al que se debe acomodar el banco no es el del buen padre de familia, sino el más exigente de comerciante experto que ejerce normalmente actividades de financiación y que, en el caso de descuento de efectos cambiarios, puede indagar no solo sobre la solvencia del promotor descontatario sino también sobre la naturaleza de su actividad y sobre la naturaleza de los créditos a que responde la emisión de las letras descontadas.

Si hemos declarado que el banco tiene el deber de indagar a qué responden los ingresos de dinero realizados en la cuenta del promotor, para exigir al promotor que las cantidades anticipadas se ingresen en una cuenta especial y para exigirle asimismo que haya contratado las garantías respecto de dicha cuenta, no encontramos una justificación adecuada para eximirle de indagar a qué responden los créditos que dieron lugar a la emisión de remesas de letras de cambio que descuenta al promotor y cuyo importe, menos el descuento, ingresa en una cuenta titularidad del promotor. Tanto más cuando, como se ha dicho, es práctica bancaria que, en la ejecución de los contratos de descuento, el banco descontante indague sobre la naturaleza de la actividad del cliente descontatario y sobre la naturaleza de los créditos a que responde la emisión de las letras descontadas”.

(ii) La sentencia [565/2024, de 25 de abril](#) (P. J. Vela Torres) respecto a la condena en costas de la entidad financiera que se allana después de un requerimiento previo del consumidor para la restitución de pagos hechos por la aplicación de una cláusula abusiva. Sentencia que posiblemente tenga un efecto disuasorio de la pasividad de las entidades financieras. El cambio de paradigma que impone la STJUE, Sala Cuarta, [13 de julio de 2023](#) (C-35/2022, Cajasur Banco, S.A., que resuelve una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Málaga) supone que el Tribunal Supremo lo asuma y afirme en el fundamento de derecho 5.º (en el que reproduce sustancialmente los apartados relevantes de la STJUE):

“1.- La STJUE de [13 de julio de 2023](#) (C-35/22), para aquellos casos como el presente en los que existe una jurisprudencia clara y constante, ha introducido un cambio de punto de vista, al establecer que el comportamiento de la entidad financiera a tener en cuenta, no es tanto un deber de reacción al requerimiento, como un deber propio, proactivo, ante el conocimiento de esa jurisprudencia reiterada que declara la nulidad de una cláusula y el principio de efectividad de los derechos de los consumidores.

2.- La STJUE parte de la base de que la distribución de las costas de un proceso judicial sustanciado ante los órganos jurisdiccionales nacionales pertenece a la esfera de la autonomía procesal de los Estados miembros, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad [apartado 24]. Y a continuación establece que, si bien el respeto del principio de efectividad no puede llegar al extremo de suplir íntegramente la total pasividad del consumidor interesado, es necesario examinar si, habida cuenta de las particularidades del procedimiento nacional de que se trate, existe un riesgo no

desdeñable de que se le disuada de hacer valer los derechos que la Directiva 93/13 le otorga [apartado 28].

En relación con el art. 395 LEC y la necesidad de llevar a cabo un requerimiento fehaciente previo a la interposición de la demanda para que tenga efecto sobre las costas, el TJUE aprecia que la exigencia de la normativa nacional de agotar esa vía previa de resolución extrajudicial, siendo legítima y razonable, recae solo sobre el consumidor:

"Pues bien, en el ámbito de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor, en que se ha dictado una abundante jurisprudencia nacional, tal obligación debería recaer por igual sobre ambas partes contratantes. En efecto, cuando en jurisprudencia nacional reiterada se han declarado abusivas determinadas cláusulas tipo, cabe igualmente esperar de las entidades bancarias que tomen la iniciativa de ponerse en contacto con sus clientes cuyos contratos contengan tales cláusulas, antes de que estos presenten demanda, para anular los efectos de esas cláusulas" [apartado 32].

"Asimismo, una norma nacional como el artículo 395 de la LEC, que carga enteramente sobre el consumidor afectado la iniciativa de realizar una gestión antes de acudir a la vía judicial no incita a los profesionales a deducir, voluntaria y espontáneamente, todas las consecuencias de la jurisprudencia relativa a las cláusulas contractuales abusivas y favorece así la persistencia de los efectos de esas cláusulas.

Por último, al someter a ese consumidor a un riesgo económico adicional, tal norma podría crear un obstáculo capaz de disuadirlo de ejercer su derecho al control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de las cláusulas del contrato celebrado con el profesional" [apartado 34]. "Por último, al consumidor que ha celebrado un contrato que contiene una cláusula abusiva no se le puede reprochar que acuda al juez nacional competente para ejercer los derechos que le garantiza la Directiva 93/13 cuando el profesional en cuestión ha permanecido inactivo a pesar de que, en jurisprudencia nacional reiterada, se han declarado abusivas cláusulas análogas a aquella, lo cual habría debido incitarlo a ponerse en contacto, por iniciativa propia, con el consumidor y a dejar sin efectos la cláusula abusiva lo antes posible" [apartado 35].

"Pues bien, según el órgano jurisdiccional remitente, existe jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo que declara abusivas cláusulas contractuales del mismo tipo que la que es objeto del litigio principal. Dicho órgano jurisdiccional indica a este respecto que las entidades bancarias, en vez de informar a los consumidores de las consecuencias

de la jurisprudencia nacional relativa a las cláusulas contractuales abusivas, tienden a esperar a que se les dirija un requerimiento previo a la vía judicial, que atienden, o a que se incoe un procedimiento judicial, ante lo cual se allanan de inmediato a la demanda antes de contestarla, con el propósito de evitar que se les impongan las costas del procedimiento" [apartado 36].

"Como ha indicado el Abogado General en el punto 50 de sus conclusiones, dado el conocimiento que sobre esta materia cabe esperar de las entidades de crédito, conjugado con la posición de inferioridad de los consumidores respecto de tales entidades, las conductas descritas en el apartado 36 de la presente sentencia pueden constituir indicios serios de la mala fe de dichas entidades. En consecuencia, es preciso que el juez competente pueda efectuar las comprobaciones necesarias al efecto y, en su caso, extraer las consecuencias que de ellas se deriven" [apartado 37].

3.- Estas consideraciones del TJUE nos llevan a matizar nuestra jurisprudencia, en el sentido de considerar que, cuando ya exista una jurisprudencia reiterada y consolidada respecto de la abusividad de una cláusula o una práctica, la conducta procesal de la entidad demandada es de menor relevancia para poder eximirla de las costas, una vez que no tomó la iniciativa de dirigirse al consumidor para reparar las consecuencias de su conducta abusiva.

4.- En este caso, la abusividad de la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que atribuía indiscriminadamente al consumidor el pago de todos los gastos de la operación había sido proclamada por la sentencia de pleno de esta sala [705/2015, de 23 de diciembre](#) [Pleno, P. J. Vela Torres], y quedó plenamente consolidada en las sentencias de pleno [44/2019](#) [R. Sarazá Jimena], [46/2019](#) [P. J. Vela Torres], [47/2019](#) [P. J. Vela Torres], [48/2019](#) [P. J. Vela Torres] y [49/2019](#) [P. J. Vela Torres], todas de 23 de enero. Es cierto que hubo sentencias posteriores que determinaron exactamente la atribución de los gastos de gestoría (sentencia [550/2020, de 26 de octubre](#) [P. J. Vela Torres]) y de tasación (sentencia [35/2021, de 27 de enero](#) [Pleno, I. Sancho Gargallo]), pero no afectaron a la doctrina ya reiterada sobre abusividad de la cláusula de gastos y que hubieran exigido de la entidad prestamista la devolución de aquellos gastos respecto de los que ya existía una jurisprudencia clara (como mínimo, los de notaría y registro, desde las indicadas sentencias de 23 de enero de 2019).

5.- En consecuencia, como la entidad prestamista no tomó la iniciativa de reparar el daño patrimonial causado a la prestataria como consecuencia de la aplicación de la

cláusula abusiva, como mínimo desde las sentencias de 23 de enero de 2019, su comportamiento posterior al requerimiento extrajudicial efectuado por la demandante no puede eximirle de la imposición de costas”.

(iii) La sentencia [767/2024, de 30 de mayo](#) (I. Sancho Gargallo) sobre las medidas que deben adoptarse en un procedimiento judicial para comprobar cuál sea la voluntad efectiva de la persona con apoyos.

Tanto la instancia como la apelación admitieron que el esposo pudiera pedir por sí mismo el divorcio: se opuso la esposa -para que interviniera la curadora- y es la que interpone el recurso del que el fiscal pide su estimación (al parecer porque “considera que debería fijarse doctrina por la Sala en el sentido de que el órgano jurisdiccional puede y debe acordar de oficio la exploración de la persona con apoyos como salvaguarda para interpretar cuáles son sus deseos, voluntad y preferencias cuando en el curso de un procedimiento surjan dudas al respecto” fundamento de derecho 1.º, apartado 7). Por un lado, el tribunal descarta que la petición de divorcio exija la intervención de la curadora porque no estaba comprendida en el elenco de actos sometidos a “necesidad de apoyo” (fundamento de derecho 2.º). El interés de la sentencia radica en dar respuesta a la siguiente cuestión: “habiendo indicios suficientes para sospechar que el demandante no persistía en la voluntad de divorciarse, el tribunal hubiera dejado de verificar esa voluntad, mediante una entrevista o exploración del demandante” (fundamento de derecho 3.º, apartado 2). Y así afirma:

“En principio, la entrevista del juez o tribunal con la persona con discapacidad se prevé con carácter necesario en el procedimiento judicial encaminado a resolver sobre las medidas de apoyo, tanto en el de jurisdicción voluntaria (art. 42 *bis*.b].3 LJV), como en el procedimiento contradictorio (art. 759.1.1º LEC). Fuera de esos procedimientos, la ley no impone al tribunal realizar esta entrevista con una persona con discapacidad que se vea afectada por el resultado del procedimiento.

Bajo la nueva normativa, a la hora de pronunciarse sobre la procedencia de medidas de apoyo judiciales, el tribunal debe tener en cuenta la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad (art. 268 CC). Subyace a esta previsión la necesidad de preservar, en la medida de lo posible, la autonomía de la voluntad de esa persona.

En otros procedimientos de familia que afecten a una persona con discapacidad y en los que sea relevante su voluntad, por regla general, no tiene por qué cuestionarse la voluntad manifestada por su representación legal, razón por la cual no tiene sentido que el

tribunal se cerciore de oficio de cuál es la verdadera voluntad de esa persona mediante una entrevista. No obstante, tampoco hay que excluir que en casos muy excepcionales en que concurren circunstancias, especiales y relevantes, que constituyan indicios evidentes de esa distorsión de la voluntad, un tribunal pudiera acordar de oficio la entrevista con esa persona.

En el presente caso no puede concluirse que el tribunal de apelación haya dejado de adoptar medios proporcionados para corroborar que el demandante persistía en la voluntad de divorciarse. Es importante prestar atención a la situación preexistente a la demanda de divorcio. Al margen de las razones que lo justificaran, la realidad es que, cuando el Sr. Jorge interpuso la demanda de divorcio, su mujer había dejado de vivir en el domicilio familiar hacía casi tres años. Teodora se marchó a vivir con su hija Estefanía, quien a su vez había sido designada curadora de Jorge.

El juzgado que dicta la sentencia de divorcio en primera instancia expresamente refiere que «de las declaraciones de don Jorge, se desprende que tiene conocimiento del objeto del presente procedimiento y de sus consecuencias, ya que manifiesta que su esposa hace tres años que abandonó el domicilio, y que la pensión se la administra su hija...». Las dudas que afloraron en el procedimiento de divorcio, en fase de apelación, sobre si el Sr. Jorge persistía en su voluntad de divorciarse, provienen de las manifestaciones que la curadora dice haber oído a su padre. El tribunal de apelación no obvia estas manifestaciones, sino que convoca a las partes (los esposos) y también a la curadora a una comparecencia.

Si bien es cierto que en la vista tan sólo fue oída la curadora, el presidente del tribunal expresamente se dirigió al Sr. Jorge (que estaba asistido por su letrado), se cercioró de que sabía que se había cuestionado que persistiera su voluntad de divorciarse, y le concedió unos días por si quería manifestarse al respecto.

Aunque el tribunal hubiera podido hacer una indagación más directa sobre esa voluntad cuestionada en el recurso, mediante una entrevista con D. Jorge, en atención a los indicios que concurrían y la actuación desarrollada por el tribunal, no apreciamos que se haya producido la vulneración denunciada, razón por la cual procede desestimar el recurso”.

(iv) La sentencia [790/2024, de 4 de junio](#) (P. J. Vela Torres). Los hechos que son relevantes son los siguientes: la sociedad Construcciones Roberto F. Obaya, S.L., como empresa promotora

de la construcción y contratista principal, suscribió con la compañía ASEFA S.A., Seguros y Reaseguros, una póliza de seguro decenal de daños, con un plazo de duración de diez años, desde el día 1 de diciembre de 2006 hasta el día 30 de noviembre de 2016. El objeto del seguro era la construcción de una vivienda unifamiliar sita en Somió-Gijón, que fue transmitida por escritura pública de compraventa de 13 de marzo de 2008 a D. César. En las condiciones particulares de la póliza constaban como tomador del seguro Construcciones y como asegurados el promotor y los sucesivos adquirentes que se convirtieran en propietarios del edificio o parte de él.

El propietario interpuso demanda de daños frente al promotor y una vez establecida judicialmente el promotor reclama de la aseguradora el pago de la indemnización a la que fuera condenado, negativa que es el origen de la demanda que da lugar al recurso de casación.

La razón por la que se desestima la pretensión en apelación es sencilla: con la transmisión de la vivienda el promotor “no” es asegurado, como prevén las cláusulas del contrato - reproducidas en el fundamento de derecho 1.º. La cuestión litigiosa “estriba en determinar si un promotor, que había sido el tomador de un seguro decenal de daños, que vendió una vivienda unifamiliar (interés asegurado) y fue condenado a abonar una indemnización al comprador por los vicios de la edificación, conserva la legitimación activa para reclamar el importe de dicha indemnización a la aseguradora, quien no fue demandada por el adquirente” (fundamento de derecho 3.º, apartado 1). Por una parte, el tribunal señala que

“[N]o es, y ello es importante para la resolución del recurso, [el seguro decenal] un seguro de responsabilidad civil, que proteja o cubra la responsabilidad de los agentes de la edificación o intervinientes en la obra frente a terceros, conforme al art. 73 LCS, sino un seguro de daños (sobre la diferencia entre el seguro decenal de daños y el seguro de responsabilidad civil profesional se pronuncia la sentencia 779/2011, de 4 de noviembre)” (fundamento de derecho 3.º, apartado 3).

Por otra parte, según “el art. 19.2 a) LOE, en el seguro decenal de daños materiales tendrán la consideración de asegurados *el propio promotor y los sucesivos adquirentes del edificio o de parte del mismo*. Es decir, la cualidad de asegurado corresponde a quien sea en cada momento propietario del inmueble o de las unidades en que éste se divide, por lo que tendrá tal condición el promotor hasta que transmita el inmueble y los sucesivos adquirentes a partir de la primera y ulteriores ventas”.

La doctrina relevante se consigna en el fundamento de derecho 3.º, apartados 5 a 7:

“5.- Esta previsión de la LOE sobre la cualidad sucesiva de asegurado, que se reproduce contractualmente en las cláusulas antes transcritas, conlleva que la posición del asegurado sea asumida durante la vigencia del seguro por quien pueda realmente resultar perjudicado por los vicios o defectos referidos en el art. 19.2 c) LOE y coincide, básicamente, con lo previsto en el art. 34 LCS sobre la transmisión del objeto asegurado. Con la particularidad de que no será de aplicación la previsión del art. 35.1 LCS, que permite al asegurador rescindir el contrato dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la transmisión del objeto asegurado.

Al igual que sucede con lo previsto en el citado art. 34 LCS, el art. 19.2 a) LOE contempla una «cesión de contrato» del primitivo asegurado al adquirente del objeto asegurado.

No se trata propiamente de una novación de los arts. 1204 y concordantes CC, ni tampoco de una novación subjetiva ni objetiva, con los efectos extintivos del contrato que ello pudiera acarrear. La previsión legislativa es que el contrato siga existiendo, si bien con los efectos del cambio de titularidad de derechos sobre el bien asegurado.

Aunque el art. 34 LCS se refiere a la transmisión del «objeto asegurado», en realidad lo fundamental es que coincida el «interés asegurado» con lo transmitido (sentencias [563/1998, de 13 de junio](#) [P. González Poveda] y [260/2006, de 23 de marzo](#) [Juan Antonio Xiol Ríos]). Los efectos de la subrogación se producen *ope legis*, de tal manera que desde el momento de la transmisión del interés asegurado los derechos y obligaciones del contrato de seguro continúan con el adquirente (sentencia [520/2011, de 30 de junio](#) [Juan Antonio Xiol Ríos]).

6.- En estos casos, el seguro decenal de daños se contrata, aunque no se indique así expresamente en la póliza, *por cuenta de quien corresponda*. Si el propietario del inmueble demanda al promotor o constructor como agentes responsables, y estos indemnizan el daño, no podrán sostener que han pagado la deuda ajena del asegurador, frente al que ellos eran, en su caso, tomadores del seguro, porque al pagar la indemnización, estos agentes no hicieron otra cosa que extinguir su propia deuda de responsabilidad civil.

Como declaramos en la sentencia [13/2022, de 12 de enero](#) (P. J. Vela Torres):

«En el seguro por cuenta ajena una persona (el contrayente o tomador) contrata con un asegurador un seguro, actuando en nombre propio y asumiendo personalmente las obligaciones que emanan del contrato, pero haciéndolo por cuenta de un tercero (asegurado

o beneficiario), que es el titular del interés asegurado y el destinatario o beneficiario de la prestación del asegurador. Y es frecuente en actividades mercantiles en que alguien está en la posesión transitoria de bienes ajenos para su venta, custodia, prestación de un servicio, realización de una obra, etc.» Además, como resulta de la dicción literal del transcrito art. 7 LCS, en esta modalidad de seguro la determinación del asegurado no es imprescindible y caben varias posibilidades: (i) que se designe la persona del interesado o, por lo menos, la relación de éste con el objeto asegurado que le haga identificable; (ii) que no se designe a persona alguna, sino que dependerá de las circunstancias del caso descritas en la póliza ("seguro por cuenta de quien corresponda", en dicción acogida por la sentencia [480/1987, de 14 de julio](#) [M. Malpilca González-Elipe]; por ejemplo arquetípico, cuando se asegura la compraventa de una mercancía tanto para el eventual interés del vendedor como el del comprador, ambos como propietarios sucesivos de la cosa en función del proceso de entrega y traslación del dominio). «Y al ser distintos el tomador y el asegurado, como regla general, al primero le corresponden las obligaciones y deberes derivados del contrato, mientras que al segundo le corresponden los derechos que dimanen del mismo. Como declaró la citada sentencia [480/1987, de 14 de julio](#), "lo esencial para la determinación legitimadora no es otro factor que el del interés en la obtención de la indemnización del daño, sin que pueda ser motivo u ocasión de enriquecimiento injusto"».

7.- De acuerdo con lo expuesto, desde que el promotor vendió la vivienda unifamiliar objeto de construcción (interés asegurado) a un tercero, perdió la condición de asegurado y, por tanto, la legitimación para reclamar contra la aseguradora con fundamento en el contrato de seguro en el que había dejado de ser parte. Legitimación que, desde la transmisión de la vivienda, corresponde al adquirente, quien desconocemos si se ha dirigido o no a la aseguradora en virtud del contrato de seguro decenal de daños (sobre todo, una vez que obtuvo la sentencia condenatoria contra el promotor), lo que podría haber realizado desde la compra de la vivienda.

Lo anterior queda confirmado por la siguiente consideración: si conforme a la doctrina mayoritaria, el asegurador que paga la indemnización se subroga contra el agente de la edificación al que el defecto le resulte imputable (arts. 43 LCS y 18.2 LOE) y también contra el promotor -tomador del seguro- cuando pierda su condición de asegurado, por haber transferido la totalidad del edificio a terceros, carece de sentido que el promotor

que ya no es propietario pueda reclamar una indemnización que incluso podría serle reclamada por vía de repetición.”

(v) La sentencia [857/2024, de 14 de junio](#) (P. J. Vela Torres) aplica la doctrina que establece el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencias, Sala Novena, [25 de abril de 2024, C-484/21](#), y Sala Novena, [25 de abril de 2024, C-561/21](#), justamente esta sentencia responde a la cuestión prejudicial planteada por el propio Tribunal, que reproduce, con la respuesta en el fundamento de derecho 5.º) sobre el *dies a quo* de cómputo de la prescripción de la acción restitutoria en caso de nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios en contratos con consumidores. El fundamento de derecho 7.º procede a “aplicar al caso” la jurisprudencia del TJUE y la doctrina (o la regla que deberá aplicarse en lo sucesivo) se compendia en su apartado 4:

“1.- Cuando se planteó por esta sala la petición de decisión prejudicial eran dos, básicamente, las cuestiones a resolver: (i) cómo salvar la aparente contradicción (aporía) entre el hecho de que la acción de nulidad de la cláusula de gastos fuera imprescriptible y la acción de restitución, que sí lo era, no comenzara hasta que se resolviera la primera; y (ii) cuál sería el dato fundamental de cognoscibilidad por parte del consumidor de la abusividad de la cláusula que permitiría fijar el día inicial del plazo de prescripción de la acción de restitución conforme al art. 1969 CC (el «día en que [las acciones] pudieron ejercitarse»).

2.- La jurisprudencia del TJUE sobre esta materia y muy especialmente la STJUE [25 de abril de 2024, \(C-561/21\)](#) que da respuesta a nuestra petición de decisión prejudicial, ha establecido, resumidamente, que: (i) La Directiva 93/13 no se opone a que la prescripción de la acción de reclamación de gastos hipotecarios comience el día en que adquirió firmeza la sentencia que declaró el carácter abusivo de la cláusula de gastos, por ser el momento en que el consumidor tiene un conocimiento cierto de la irregularidad de la cláusula; y sin que esto atente al principio de seguridad jurídica, pues es el propio profesional el que, prevaliéndose de su posición de superioridad, ha generado una situación que la Directiva 93/13 prohíbe y pretende evitar. (ii) (iii) Ello, sin perjuicio de que el profesional tenga la facultad de probar, en cada caso, que ese consumidor tenía o podía razonablemente tener conocimiento de la abusividad de la cláusula antes de dictarse una sentencia que declare su nulidad, aportando al efecto pruebas concretas sobre sus relaciones con ese consumidor, de conformidad con el régimen nacional de la prueba que resulte de aplicación. De hecho, en la formulación realizada por el TJUE,

esta facultad del profesional se erige como el único límite a que las acciones restitutorias sean imprescriptibles. (iv) (v) No cabe computar el plazo desde la fecha en la que el Tribunal Supremo dictó una serie de sentencias en las que declaró abusivas ese tipo de cláusulas, o desde la fecha de determinadas sentencias del TJUE que confirmaron que, en principio, los plazos de prescripción para las acciones de restitución son conformes con el Derecho de la Unión, siempre que respeten los principios de equivalencia y de efectividad. Porque la declaración de abusividad de un tipo de cláusula no entraña la de todas las cláusulas de esa clase, sino que el examen de la abusividad debe realizarse, caso por caso, considerando todas las circunstancias que concurran en su celebración, por lo que no cabe presumir que una determinada cláusula contractual es abusiva, pues tal calificación puede depender de las circunstancias específicas de la celebración de cada contrato y, especialmente, de la información concreta que cada profesional haya proporcionado a cada consumidor. (vi) Además, como añaden las SSTJUE de 25 de abril de 2024 (párrafo 41, en dictada en el asunto [C-484/21](#), y 48, en la dictada en el asunto, [C-561/21](#)), a falta de obligación del profesional de informar al consumidor sobre esta cuestión, no cabe presumir que el consumidor pueda razonablemente tener conocimiento de que una cláusula contenida en su contrato tiene un alcance equivalente al de una cláusula tipo que el tribunal supremo nacional ha declarado abusiva.

3.- No corresponde a esta sala hacer consideraciones de orden doctrinal sobre el contenido de esa jurisprudencia del TJUE, ni sobre sus implicaciones en el sistema general de Derecho privado de los diferentes Estados miembros de la Unión. Tampoco optar por soluciones no previstas en el ordenamiento jurídico español, por más que, de *lege ferenda*, pudieran resultar plausibles o convenientes.

Igualmente, tampoco procede plantear una nueva petición de decisión prejudicial, como sugiere la parte demandada en su escrito de alegaciones tras el dictado de la sentencia por el TJUE. Consideramos que con la jurisprudencia del TJUE a que hemos hecho ya referencia la cuestión constituye ya un acto aclarado (STJ de 6 de octubre de 1982, Cilfit, C-283/81, y STJUE [Gran Sala] de [6 de octubre de 2021, Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi, C-561/19](#)).

Por ello, únicamente procede dictar una sentencia que asuma lo resuelto por el TJUE (por todas, SSTJUE [Gran Sala] [de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09](#); de [19 de abril de 2016, Dansk Industri, C-441/145](#); y de [1 de julio de 2016, Ognyanov, C-614/14](#)); y cumplir la función que, como tribunal de casación, nos corresponde en orden

a la armonización de la interpretación del Derecho nacional y en aras de la seguridad jurídica (SSTJUE [Sala Quinta] de [7 de agosto de 2018, asuntos acumulados C96/16 y C- 94/17](#), y [Sala Tercera] [14 de marzo de 2019, C-118/17](#)).

4.- En consecuencia, salvo en aquellos casos en que la entidad prestamista pruebe que, en el marco de sus relaciones contractuales, ese concreto consumidor pudo conocer en una fecha anterior que esa estipulación (cláusula de gastos) era abusiva, el día inicial del plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos hipotecarios indebidamente pagados por un consumidor será el de la firmeza de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula que obligaba a tales pagos.”

(vi) La sentencia [960/2024, de 9 de julio](#) (R. Sarazá Jimena) fija un límite severo, en concordancia con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre los límites a la libertad de expresión: la regla de la “necesidad imperiosa”.

El litigio enfrenta a la Sociedad Española de Psiquiatría (la recurrente) con las asociaciones *Citizens Commission on Human Rights* y Comisión Ciudadana de Derechos Humanos en España. Se trataba de afirmaciones vertidas sucesivamente en las páginas web respectivas que la recurrente reputa lesiva del derecho al honor de los psiquiatras que conforman la Sociedad Española de Psiquiatría (su elenco, extenso, puede verse en el fundamento de derecho 1.º). La demanda se estimó en la instancia y la apelación la desestima, decisión esta última que corrobora el Tribunal Supremo. Además de la cuestión de la legitimación activa de una asociación para invocar la defensa de derechos fundamentales (fundamento de derecho 2.º) y de la relativa a las descalificaciones a colectivos cuestión de (fundamento de derecho 5.º, apartado 8 y [STEDH de 16 de febrero de 2021, Budinova c. Bulgaria](#), sobre los colectivos en los que no concurren las notas de vulnerabilidad, historial de estigmatización o situación social desfavorable) se pronuncia sobre dos cuestiones.

Por una parte, sobre la caducidad de la acción y la regla que fija es relevante porque aprecia la caducidad respecto a una de las asociaciones demandadas. Así en el fundamento de derecho 4.º apartados 3 y 4:

“El art. 9.5.º de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, *de protección jurisdiccional civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (en lo sucesivo, LO 1/1982), establece:

“Las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas”.

En las sentencias [596/2019, de 7 de noviembre](#) [R. Sarazá Jimena], [277/2020, de 10 de junio](#) [M^a Á. Parra Lucán], y [115/2021, de 2 de marzo](#) [R. Sarazá Jimena], y [1659/2023, de 27 de noviembre](#) [R. Sarazá Jimena], hemos declarado que la publicación en una página web de un contenido constitutivo de una intromisión ilegítima en el derecho al honor provoca un daño permanente, por lo que el *dies a quo* [día inicial del plazo] para el ejercicio de la acción de protección del derecho al honor es el momento en que el legitimado pudo ejercitarla, que, en principio, es el momento de la publicación en Internet.

Ahora bien, en el caso objeto de este litigio, la lesión no se atribuye a una publicación o publicaciones determinadas en la que se hayan empleado expresiones ofensivas respecto de un determinado colectivo profesional. Lo que constituye el objeto del litigio es una determinada conducta consistente en la sucesión continuada de publicaciones, secuenciadas en un determinado periodo de tiempo, que se han ido añadiendo a la documentación preexistente publicada en los sitios web de las demandadas, en las que se fueron añadiendo imputaciones tildadas de ofensivas por la asociación demandante, referidas a los psiquiatras, que muestran una continuidad, incluso una progresión, una estrecha relación entre tales contenidos, una misma ubicación (las páginas web de las demandadas) y una unidad de propósito.

Por tal razón, la jurisprudencia establecida respecto de publicaciones en Internet de carácter aislado, sin una sucesión de publicaciones conexas realizadas a lo largo del tiempo e íntimamente relacionadas entre sí, no es trasladable automáticamente a un caso como el que es objeto de este recurso, por no responder a una misma razón jurídica.

4.- Para apreciar la existencia de una vulneración del derecho fundamental al honor es relevante la superación de un umbral de gravedad. Esto, que es relevante en cualquier caso en que se plantea la existencia de una vulneración del derecho al honor, lo es de un modo más acusado cuando las expresiones cuestionadas vienen referidas a un colectivo. Expresiones que, pronunciadas aisladamente, pueden no superar dicho umbral de gravedad, si se consideran en su conjunto pueden superar tal umbral, pues la reiteración y la atribución sucesiva de diversas conductas reprobables es un elemento relevante para valorar la gravedad de la afectación del honor.

Cuando se produce esta situación, para apreciar la existencia de una vulneración del derecho fundamental es necesaria la valoración de la conducta en su conjunto, y esto es relevante para la fijación del *dies a quo* del plazo de ejercicio de la acción de protección

del derecho fundamental. No resulta exigible que el afectado haya de interponer la demanda de protección del derecho al honor al inicio de esta conducta, cuando puede discutirse si la misma ha superado el umbral de gravedad exigible, pues si espera a que la actuación del demandado haya alcanzado una gravedad suficiente, se consideraría que ha caducado la acción respecto de las publicaciones realizadas con una antelación mayor de cuatro años.”

Por otro lado, se pronuncia sobre el juicio de ponderación o, si se prefiere, sobre los límites a la libertad de expresión cuando, como es el caso, no hay atribución singular de conductas o hechos a psiquiatras concretos y se juzga de interés general el debate sobre la psiquiatría y sus prácticas. Así en el fundamento de derecho 5.º, apartados 2 a 7:

“Las publicaciones de la web de CCDH cuestionadas en la demanda manifiestan opiniones muy críticas respecto de determinadas prácticas psiquiátricas (abuso del tratamiento mediante fármacos, en especial con los niños y jóvenes, internamientos forzosos, tratamientos coactivos, etc.), a las que atribuyen constituir una violación de los derechos humanos de los pacientes psiquiátricos, y cuestionan la base científica de la psiquiatría. Asimismo, hacen referencia a la existencia de abusos sexuales por parte de algunos psiquiatras a sus pacientes e incluso que “[h]ay un número indeterminado de abortos coactivos en España a manos de psiquiatras”.

Al formular tales críticas, realizan afirmaciones ciertamente graves respecto de los profesionales que llevan a cabo estas prácticas. No las concretan en personas determinadas ni en la totalidad de los profesionales de la psiquiatría (de hecho, alguna de las opiniones que recogen en sus publicaciones están formuladas por psiquiatras), aunque sí son dirigidas a amplios sectores de los profesionales de la psiquiatría e incluso de otros colectivos (obispos, directivos de las empresas farmacéuticas, médicos de atención primaria, jueces que autorizan los internamientos psiquiátricos, etc.).

Aunque en las publicaciones se contienen algunos elementos informativos, prevalecen las opiniones y los juicios de valor. Por tanto, lo que ha entrado en conflicto con el derecho al honor de los asociados de la SEP es la libertad de expresión de la CCDH.

3.- Cuando se plantea un conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor, tanto este tribunal como el Tribunal Constitucional han declarado que la ponderación necesaria para resolverlo ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la prevalencia funcional, que no jerárquica, que sobre los derechos de la personalidad del art. 18 de la Constitución Española ostenta el derecho a la libertad de expresión del art. 20.1 a), en

función de su doble carácter de libertad individual y de garantía institucional de una opinión pública libre e indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático. Esa dimensión institucional hace que dicha libertad "goce de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones", que ha de ser "lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura; esto es, sin timidez y sin temor". Tanto los límites a la libertad de expresión, como su contenido, han de ser "interpretados de tal modo que el derecho fundamental no resulte desnaturalizado" (STC [112/2016, de 20 junio](#) [J. A. Xiol Ríos], y [83/2023, de 4 de julio](#) [J. C. Campo Moreno], con cita de otras anteriores).

Los criterios relevantes para resolver este conflicto consisten, en primer lugar, en valorar si las manifestaciones cuestionadas, cuando afectan negativamente al honor las personas afectadas, versan sobre una cuestión de interés general, bien por la materia sobre la que versan o por el carácter de personaje público del afectado.

Lo anterior se explica porque, para que la libertad de expresión amparada por el art. 20.1.a) de la Constitución prevalezca sobre el derecho al honor amparado por el art. 18.1 de la Constitución, tal libertad ha de ejercitarse conforme a su naturaleza y función, de acuerdo con los parámetros constitucionales, esto es, conectada con los bienes jurídicos que se protegen con el reconocimiento de tal libertad pública.

Esto ocurre cuando las opiniones o juicios de valor expresados contribuyen al debate público en una sociedad democrática. Como segundo criterio relevante para ponderar los derechos en conflicto, si bien en materia de libertad de expresión no tiene relevancia el criterio de la veracidad ("la existencia de hechos puede ser demostrada, la veracidad de los juicios de valor no es susceptible de prueba", sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [en lo sucesivo, [TEDH](#)] de 9 de enero de 2018, *Gra Stiftung Gegen Rassismus y Antisemitismus contra Suiza*), sí es relevante, cuando los calificativos o los juicios de valor pueden resultar ofensivos, comprobar si cuentan con una base fáctica suficiente (sentencia de esta sala [397/2024, de 19 de marzo](#) [J. L. Seoane Spiegelberg], y las que en ella se citan, y sentencia del TEDH de 9 de enero de 2018, citada).

En la sentencia [910/2023, de 8 de junio](#) [J. L. Seoane Spiegelberg], hemos declarado: "La libertad de expresión ampara la manifestación de valoraciones, opiniones o juicios subjetivos que, como tales, quedan al margen de la demostración fáctica. Se impone, entonces, como consecuencia jurídica que a la persona que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que

condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información (SSTC [181/2006, de 19 de junio](#) [J. Delgado Barrio], FJ 4; [56/2008, de 14 de abril](#) [Pascual Sala Sánchez], FJ 3; [79/2014, de 28 de mayo](#) [J. J. González Rivas], FJ 4; [38/2017, de 24 de abril](#) [P. J. González-Trevijano], FJ 2; [24/2019, de 25 de febrero](#) [Juan José González Rivas], FJ 4 y [146/2019, de 25 de noviembre](#) [Encarnación Roca Trías], FJ 4). "

Ahora bien, ello no significa que la libertad de expresión no deba contar con unos hechos que le sirvan de fundamento. En efecto, el juicio de valor amparado por la libertad de expresión, como recuerdan nuestras sentencias [429/2020, de 15 de julio](#) [Juan María Díaz Fraile], [471/2020, de 16 de septiembre](#) [J. L. Seoane Spiegelberg] y [250/2023, de 14 de febrero](#) [J. L. Seoane Spiegelberg] requiere la existencia de una base fáctica sobre la que apoyar la opinión propia. "

Así lo establece, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia [de 14 de junio de 2016, Jiménez Losantos c. España](#), cuando enseña que:

"[...] la existencia de una "base fáctica" suficiente en la cual se sustentan las palabras litigiosas: si no la hubiere, este juicio de valor podría revelarse excesivo ([De Haes y Gijssels](#), [24 de febrero de 1979, contra Bélgica] anteriormente citada, § 47, [Oberschlick c. Austria \(no 2\)](#) [sentencia de 1 de julio de 1979], n.º 20834/92, § 33, Compendio 1997-IV, [Brasilier c. Francia](#), n.º 71343/01, § 36, 11 de abril de 2006, [Lindon, Otchakovsky-Laurens y July c. Francia](#) [sentencia de 22 de octubre de 2007] anteriormente citada, § 55)".

Por último, es necesario valorar que las expresiones no resulten desproporcionadas porque se hayan empleado expresiones insultantes o denigrantes desconectadas del ámbito al que afectan las manifestaciones realizadas. Esta prevalencia de la libertad de expresión sobre el derecho al honor cuando se expresan opiniones sobre cuestiones de interés general se produce incluso cuando la expresión de la opinión se haga de un modo bronco, desabrido o hiriente y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel a quien afectan las manifestaciones cuestionadas, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe una sociedad democrática. Como declaran las sentencias del TEDH de 8 de noviembre de 2016, caso [Magyar Helsinki Bizottság contra Hungría](#), 13 marzo 2018, caso [Stern Taulats y Roura Capellera contra España](#), 20 de noviembre de 2018, caso [Toranzo Gómez contra España](#), y 11 de mayo de 2021, caso [Halet contra Luxemburgo](#), la libertad de expresión no protege solamente las ideas favorablemente recibidas o consideradas inofensivas o indiferentes, "sino

también a las que ofenden, conmocionan o perturban". Y la sentencia del Tribunal Constitucional [226/2016, de 22 de diciembre](#) [A. Asúa Batarrita], con cita de otras anteriores, afirma que "[e]n el marco amplio que se otorga a la libertad de expresión quedan amparadas, según nuestra doctrina, "aquellas manifestaciones que, aunque afecten al honor ajeno, se revelen como necesarias para la exposición de ideas u opiniones de interés público".

El apartado 2 del art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece:

"El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial".

Las sentencias del TEDH citadas declaran que el adjetivo "necesario", en el sentido del párrafo 2 del artículo 10, implica una "necesidad social imperiosa".

4.- Los criterios jurisprudenciales expresados en los párrafos anteriores han sido aplicados correctamente por la sentencia recurrida. Esta sala se ha pronunciado sobre la importancia del debate público sobre cuestiones de salud, en un sentido amplio, y la excepcionalidad de las restricciones que pueden acordarse respecto de las opiniones expresadas sobre esa materia (por ejemplo, sentencia [202/2012, de 26 de marzo](#) [J. A. Xiol Ríos]).

Las publicaciones cuestionadas versan sobre una materia de indudable interés general: el debate sobre determinadas prácticas en el campo de la psiquiatría. La amplia documentación presentada por las demandadas muestra claramente la existencia de este debate. Los informes de los relatores de la ONU presentados (concretamente, el "Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental" de 2017 y el "Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos" de 2018 sobre "Salud mental y derechos humanos") son una buena muestra del importante debate social, político y científico existente sobre las cuestiones objeto de las publicaciones cuestionadas. El debate sobre determinadas prácticas psiquiátricas y, en concreto, sobre internamientos involuntarios, uso de drogas psicotrópicas, en especial cuando los pacientes son niños o

adolescentes, o tratamientos quirúrgicos o electroconvulsivos, tiene especial importancia en la sociedad actual”.

(vii) En fin, el Tribunal ha dictado, en pleno, otras dos sentencias relativas a la forma de incorporar al juicio verbal en que se piden las rentas impagadas junto al desahucio por falta de pago del arrendamiento la alegación de que debe aplicarse la cláusula *rebus sic stantibus* o bien cualquier otra petición que paralice o impida la exigibilidad de las rentas. Son las sentencias [1069/2024, de 24 de julio](#) (J. L. Seoane Spiegelberg) y [1070/2024, de 24 de julio](#) (M^a Á. Parra Lucán). Como concluyen ambas -con cita de otras sentencias anteriores- para examinar la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, en esta clase de procedimientos plenarios de desahucio por impago de las rentas y reclamación de las cantidades adeudadas por tal concepto, es necesario formular reconvencción, que es posible en esta clase de juicios.

3.- El Tribunal Supremo ha dictado otras sentencias de interés. Entre ellas, ofrezco noticia de las siguientes:

(i) Sentencia [431/2024, de 1 de abril](#) (M^a Á. Parra Lucán), sobre el régimen de la comunidad postganancial. El tribunal simplifica -al asimilar su régimen al propio de la comunidad hereditaria- el acceso a la acción de división pese a que no se produzca la liquidación (partición) completa y así puede pedir la hijastra la división de cosa ganancial con su padrastro, cuando, como era el caso, se trata del único bien pendiente de liquidar.

(ii) La sentencia [423/2024, de 1 de abril](#) (I. Sancho Gargallo) se refiere al seguro de daños y cláusula delimitadora del riesgo (lo es la que excluye de la cobertura la infidelidad de los empleados del asegurado).

(iii) La sentencia [484/2024, de 10 de abril](#) (R. Sarazá Jimena) relativa a un reportaje periodístico sobre un crimen ocurrido hace 36 años.

(iv) En la sentencia [486/2024, de 11 de abril](#) (A. García Martínez) de nuevo se debate sobre el silencio que solo puede ser valorado como “consentimiento” -o mejor, como expresión de una voluntad cualquiera- bajo ciertas condiciones; en el caso, se trataba de valorar si la conducta de unos copropietarios es consentida o no por la comunidad de propietarios (refiere la sentencia [107/2024, de 20 de enero](#) [J. L. Seoane Spiegelberg]).

(v) La sentencia [563/2024, de 24 de abril](#) (I. Sancho Gargallo) examina un caso de enriquecimiento injustificado -y retorna a la exposición canónica de los requisitos conocidos, sentencia [1216/2023, de 7 de septiembre](#) [J. M^a Díaz Fraile]-, por parte de la entidad bancaria

que desvía a una cuenta con un cotitular deudor (suma que luego la entidad compensa para cobrarse) la suma que correspondía al otro cotitular que, por lo demás, había designado otra cuenta distinta en la misma entidad.

(vi) Sobre la interrupción de la prescripción por reclamación extrajudicial, la sentencia [529/2024, de 22 de abril](#) (R. Sarazá Jimena) confirma que no basta que contenga una manifestación de la existencia del derecho, sino que es precisa una exigencia de satisfacción concreta.

(vii) La sentencia [621/2024, de 8 de mayo](#) (M^a Á. Parra Lucán) se refiere a la interpretación del artículo 34 LH, para un caso en que se discute la validez de una hipoteca constituida por quien fuera titular con ocasión de un condominio extinguido y luego declarado nulo. Esto es, se anula el título del disponente.

El asunto se resuelve en razón de la falta de presentación del título -la escritura de extinción del condominio, con la consiguiente adjudicación al hipotecante- antes de la constitución de la hipoteca. Cuenta con un par de comentarios, de I. Paz-Ares en [almacén de derecho](#) y de F. Pantaleón, en el mismo lugar [almacén de derecho](#).

(viii) Determina la competencia de la jurisdicción social respecto a los litigios que se entablen respecto a los seguros colectivos de rentas que constituyan mejoras voluntarias de la seguridad social, la sentencia [575/2024, de 29 de abril](#) (P. J. Vela Torres).

(ix) Una sentencia que hará las delicias de los civilistas más conspicuos, puesto que se refiere al régimen de las obligaciones que pesan sobre el *accipiens* de mala fe en el cobro de lo indebido de un capital: la sentencia [684/2024, de 14 de mayo](#) (R. Sarazá Jimena), que en realidad concierne más que al “qué” (el pago de los intereses legales) al “desde cuándo” (desde que se percibió la suma indebidamente).

(x) sobre el derecho de rectificación, la sentencia [702/1014, de 20 de mayo](#) (R. Sarazá Jimena) acota varios extremos del derecho del mayor interés y señala qué es lo que debe decidirse en un proceso relativo a tal derecho.

(xi) En el interminable elenco de sentencias sobre cláusulas limitativas y delimitativas en el contrato de seguro, otra más: la sentencia [789/2024, de 3 de junio](#) (P. J. Vela Torres) reputa limitativa a la cláusula que excluye la cobertura de uno de los riesgos si sucede el otro.

(xii) Una de las escasas sentencias que, en materia de derechos fundamentales, estima el recurso: la sentencia [852/2024, de 11 de junio](#) (R. Sarazá Jimena), relativa al deber de diligencia mínima exigible del periodista en la redacción de una información.

(xiii) Debe haber una correspondencia o proporción entre las necesidades del discapaz -en el caso, carecía de consciencia sobre su enfermedad mental- y el medio de apoyo judicial

decidido que se ajuste a las necesidades concretas de asistencia o representación: sentencia [854/2024, de 12 de junio](#) (I. Sancho Gargallo).

(xiv) No concurre justa causa de desheredación cuando la ausencia de relación con la hija desheredada es imputable al padre desde la niñez de aquella: sentencia [802/2024, de 5 de junio](#) (M^a Á. Parra Lucán).

(xv) Sobre la probabilidad suficiente o cualificada -juicio que compete al juzgador de instancia- de la relación de causalidad: sentencia [870/2024, de 18 de junio](#) (P. J. Vela Torres).