



JUL-DIC 22

N FUNDACIÓN
NOTARIADO

Nº 115

RJN

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

JUL-DIC 22



115

Antigua **Revista de Derecho Notarial**
Fundada en 1953 por D. Rafael Núñez-Lagos

Suscripción y distribución:

FUNDACIÓN NOTARIADO

C/ Silvano, 55 - 28043 Madrid - España

Tf. 913 087 232 - Fax 913 087 053

revistajuridica@notariado.org

<https://www.efl.es/catalogo/manuales-juridicos/revista-juridica-del-notariado>

La **Revista Jurídica del Notariado** no se identifica
con las opiniones expresada por los autores en sus trabajos

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de esta obra, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de la misma solo puede ser realizada con la autorización del Consejo General del Notariado, salvo excepción prevista por la ley.

Ilustración de cubierta: “*Sede del Consejo General del Notariado*” de Jorge Gallego
(www.jorgegallego.es)

© FUNDACIÓN NOTARIADO

Calle Silvano, 55 - 28043 Madrid

Correo de contacto: publicaciones@fundacionnotariado.org

Edita: FUNDACIÓN NOTARIADO

ISSN: 1132-0044

ISSN (versión digital): 2695-8236

Depósito legal: M-8652-2012

Preimpresión: Outdesign, Publishing Services

Impreso en España / Printed in Spain

CONSEJO DE REDACCIÓN

PRESIDENTE HONORARIO:

Víctor Manuel Garrido de Palma

COMITÉ CIENTÍFICO:

- **Victorio Magariños Blanco.** Notario y miembro de la Comisión General de Codificación (Coordinador).
- **Sergio Cámara Lapuente.** Catedrático de Derecho Civil.
- **Alfonso Ventoso Escribano.** Notario y Registrador. Doctor en Derecho.
- **Francisco Lledó Yagüe.** Catedrático de Derecho Civil.
- **Silvia Díaz Alabart.** Catedrática de Derecho Civil. Vocal de la Comisión General de Codificación.
- **José Luis Merino Hernández.** Notario. Miembro de la Comisión General de Codificación. Presidente de la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Aragón.
- **Ana Fernández-Tresguerres García.** Notario. Registradora. Académica de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.
- **José Ángel Martínez Sanchiz.** Presidente del CGN. Notario. Académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

SECRETARIO DE REDACCIÓN:

Manuel García Mayo. Profesor Doctor de Derecho Civil.

COMITÉ EVALUADOR:

Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla. Catedrático de Derecho Civil (Coordinador).

COMITÉ DE DIRECCIÓN:

Carlos Jiménez Gallego

Francisco José Aranguren Urriza

Carlos Pérez Ramos (Coordinador)

Revista Jurídica del Notariado

Número 115
julio-diciembre 2022

SUMARIO

LA TRIBUNA

- Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia** 11
José Ramón de Verda y Beamonte

DERECHO NOTARIAL

- El Notario como experto independiente en los conflictos sobre propiedad horizontal** 119
Alejandro Fuentes-Lojo Rius

DERECHO CIVIL

- Derecho a gozar de una vivienda digna y adecuada y Derecho a la propiedad de vivienda (*A propósito del Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda*)** 131
Lorenzo Prats Albentosa
- Pisos turísticos y comunidades de vecinos: el art. 17.12 de la Ley de Propiedad Horizontal a la luz de la Dirección General de la Seguridad Jurídica y la Fe Pública** 175
Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla
- Las arras en el contrato de compraventa: luces y sombras** 249
Jesús Lleonart Castro

DERECHO CIVIL AUTONÓMICO

- Revocación de donación y finiquito de legítima en el Derecho de Mallorca-Menorca (a propósito de una sentencia de la AP de Palma de 17.03.2022)** 275
Carlos Jiménez Gallego

DERECHO FISCAL

- El devengo en el Impuesto de Sucesiones: algunos apuntes y supuestos controvertidos** 301
José María Vázquez Moreno

PANORAMA

Recensiones

- Recensión de *Autorregulación precautoria de la discapacidad. Adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura*, de Javier Martínez Calvo (Editorial Universitaria Ramón Areces. Colección “por más señas-La Llave”. Fundación Aequitas, 2022)** 321
Sofía de Salas Murillo

La Tribuna



PRINCIPIOS GENERALES INSPIRADORES DE
LA REFORMA EN MATERIA DE DISCAPACIDAD,
INTERPRETADOS POR LA RECIENTE
JURISPRUDENCIA

José Ramón de Verda y Beamonte

PRINCIPIOS GENERALES INSPIRADORES DE LA REFORMA EN MATERIA DE DISCAPACIDAD, INTERPRETADOS POR LA RECIENTE JURISPRUDENCIA¹

GENERAL PRINCIPLES THAT INSPIRED THE DISABILITY REFORM, AS INTERPRETED BY THE RECENT CASE LAW

José Ramón de Verda y Beamonte

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valencia

Resumen: el presente trabajo tiene como finalidad exponer los principios generales en materia de reforma de capacidad establecidos por la Ley 8/2021, de 2 de junio, analizando la jurisprudencia que hasta el momento ha interpretado dicha Ley.

Palabras clave: discapacidad, medidas de apoyo, guarda de hecho, curatela.

Abstract: the purpose of this paper is to outline the general principles concerning the capacity reform established by Law 8/2021 of 2 June, also examining the case law involved in the interpretation of that Law.

Keywords: disability, support measures, de facto guardianship, curatorship.

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación AICO/2021/090 «La modernización del derecho de familia a través de la práctica jurisprudencial», financiado por la Conselleria d'Innovació, Universitats, Ciència i Societat Digital de la Generalitat Valenciana, del que es IP el Prof. José Ramón de Verda y Beamonte.

Se trata de una versión actualizada y ampliada del capítulo, que con el mismo título se publicó en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (dir.), CHAPARRO MATAMOROS, P. y BUENO BIOT, Á. (coord.), *La discapacidad: una visión integral de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 56-103.

SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: UN NUEVO PARADIGMA EN LA REGULACIÓN DE LA DISCAPACIDAD: DE LAS FUNCIONES TUTELARES AL SISTEMA DE APOYOS
- II. UNA CUESTIÓN TEÓRICA: ¿SUBSISTE LA DISTINCIÓN ENTRE CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR?
 1. Los términos de la cuestión
 2. Las Observaciones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
 3. Consideraciones críticas
- III. LA PREVALENCIA DE LAS MEDIDAS DE APOYO DE NATURALEZA VOLUNTARIA
 1. De la autotutela a la autocuratela (alcance del nombramiento o exclusión de una persona determinada para ejercer la medida de apoyo)
 2. La prevalencia de la voluntad de la persona con discapacidad respecto de la persona que ha de asumir la curatela y la necesidad de una especial motivación para apartarse de ella
- IV. LA RAZONABLE DESJUDICIALIZACIÓN A TRAVÉS DEL REFORZAMIENTO DE LA GUARDA DE HECHO
 1. El guardador de hecho
 2. Facultades asistenciales
 3. Funciones representativas
 4. La prueba de la guarda de hecho
 5. La improcedencia de constituir una curatela cuando existe una guarda de hecho que funciona adecuadamente (art. 263 CC): existencia de orientaciones jurisprudenciales diversas
- V. LA CURATELA COMO MEDIDA JUDICIAL DE APOYO
 1. Clases de curatela
 2. La excepcionalidad de la curatela con facultad de representación (remisión)
 3. Existencia de guarda de hecho que no funcione correctamente como presupuesto de constitución de una curatela
- VI. ALCANCE DE LA VOLUNTAD DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN ORDEN AL ESTABLECIMIENTO Y AL EJERCICIO DE LAS MEDIDAS DE APOYO
 1. Posibilidad de establecer medidas judiciales de apoyo contra la voluntad del afectado
 2. La mera voluntad de aceptar medidas judiciales de apoyo no permite constituir las, si no existe una necesidad objetiva de adoptarlas
 3. ¿Existe un interés superior de la persona con discapacidad que puede prevalecer sobre su voluntad?

VII. LOS PRINCIPIOS DE NECESIDAD Y DE PROPORCIONALIDAD

1. El carácter subsidiario de la curatela, en general, y de la representativa, en particular
2. La curatela “estrictamente asistencial” en el ámbito de la salud
3. La posibilidad de constituir curatelas mixtas: asistenciales, en el ámbito de la salud; y representativas, en el de los actos complejos de carácter económico
4. La apreciación de la necesidad en el momento en que se pretenden establecer las medidas judiciales de apoyo
5. La “necesidad” no es sinónimo de “conveniencia”
6. Una discapacidad leve no justifica el establecimiento de medidas judiciales de apoyo
7. La especificación de los concretos actos para los que se requiere la intervención del curador
8. La resolución judicial recaída en un procedimiento de establecimiento de apoyos no puede privar de derechos
9. La revisión periódica de las medidas de apoyo

VIII. LA SUPRESIÓN DE LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA Y REHABILITADA

1. Supresión de las instituciones
2. La resolución sobre la necesidad de medidas de apoyo en el marco de los juicios de nulidad, separación y divorcio
3. El Derecho transitorio

IX. LA CONVERSIÓN DE LAS ANTIGUAS TUTELAS Y CURATELAS EN GUARDAS DE HECHO, EN VIRTUD DE LOS PROCEDIMIENTOS DE REVISIÓN PREVISTOS EN LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 5ª DE LA LEY 8/2021

X. BIBLIOGRAFÍA

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: UN NUEVO PARADIGMA EN LA REGULACIÓN DE LA DISCAPACIDAD: DE LAS FUNCIONES TUTELARES AL SISTEMA DE APOYOS

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha llevado a cabo una extensa labor de modificación del articulado del Código civil.

Su finalidad fundamental es adaptar la legislación española a los parámetros de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 30 de marzo de 2007. Más concretamente, al art. 12 de la Convención, que, bajo la rúbrica “Igual reconocimiento como persona ante la ley”, prevé el reconocimiento, por parte de los Estados firmantes, del principio de que “las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida” (núm. 2) y la obligación de proporcionarles “las medidas de apoyo” que puedan necesitar para ejercerla (núm. 3), mediante el establecimiento de un sistema de “salvaguardas”, que respete “los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona” (núm. 4)².

² A este respecto, pueden verse las consideraciones de BARBA, V., «Principios generales de las medidas de apoyo en el marco de la Convención de Nueva York», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. y GARCÍA MAYO, M. (dir.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Madrid, Bosch, 2021, pp. 79-99; del mismo autor, «El art. 12 de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006», en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (dir.), CHAPARRO MATAMOROS, P. y BUENO BIOT, Á. (coord.), *La discapacidad: una visión integral de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 23-54; y TORRES COSTAS, E., «La Convención de Nueva York y los principios que las inspiran», en LLAMAS POMBO, E., MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. y TORAL LANA, E. (dir.), *El nuevo Derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento*, Las Rozas (Madrid), Wolters Kluwer, La Ley, 2022, pp. 15-46.

El vigente art. 249.I CC, con el que se inicia la regulación de las medidas de apoyo dice, así, que las mismas se establecerán en favor de las personas “que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad”, debiendo estar “inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales”.

Por lo tanto, se observa un claro cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad, la cual ya no se contempla desde un punto de vista negativo o restrictivo de la tradicionalmente denominada capacidad de obrar: se contempla en positivo, es decir, propugnándose la creación de un sistema de apoyos y salvaguardas en favor de las personas con discapacidad, que les permita el ejercicio, por sí mismas, de los derechos de que son titulares en virtud de su capacidad jurídica³.

En la Exposición de Motivos de la Ley se habla del “cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada

³ Explican detenidamente el nuevo sentido de la regulación con valoraciones muy diversas, ARNAU MOYA, F., «Aspectos polémicos de La Ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad», en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, enero de 2022, pp. 534-573; DE SALAS MURILLO, S., «El nuevo sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica en la Ley española 8/2021, de 2 de junio: panorámica general, interrogantes y retos», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 17, agosto de 2022, pp. 16-47; GARCÍA RUBIO, M.^a P., «La reforma operada por la Ley 8/2021 en materia de apoyo a las personas con discapacidad: planteamiento general de sus aspectos civiles», en LLAMAS POMBO, E., MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. y TORAL LANA, E. (dir.), *El nuevo Derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento*, Las Rozas (Madrid), Wolters Kluwer, La Ley, 2022, pp. 47-78; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Las grandes líneas del nuevo sistema de apoyos regulado en Código Civil Español», en ÁLVAREZ LATA, N. (coord.), *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, Aranzadi, 2022, pp. 21-80; PEREÑA VICENTE, M., «Una contribución a la interpretación del régimen jurídico de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica consagradas en la Ley 8/2021 de 2 de junio», en PEREÑA, M. y HERAS HERNÁNDEZ, M.^a M. (dir.) y NÚÑEZ NÚÑEZ, M.^a (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 155-184; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., «Aspectos generales de la reforma del Código civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica», en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, enero de 2022, pp. 14-51; o SANTOS URBANEJA, F., *Sistema de apoyo jurídico a las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Madrid, Cuneip, 2021.

de tomar sus propias decisiones” (I); y se observa que “el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse” (III)⁴.

Desde esta perspectiva, la novedad más importante es, sin duda, la supresión de la incapacitación (además de la prodigalidad)⁵ y, en el ámbito de las medidas judiciales, la sustitución de la tutela por la curatela, que solo excepcionalmente, comprenderá facultades de representación⁶, lo que plantea evidentes problemas de Derecho transitorio (la tutela queda ahora circunscrita a los menores de edad, no sujetos a la patria potestad o que se hallen en situación de desamparo, conforme al art. 199 CC).

La Disposición transitoria 2ª, I, de la Ley 8/2021 prevé que los tutores y curadores (con excepción de los declarados pródigos) nombrados conforme al régimen legal anterior “ejercerán su cargo conforme a las disposiciones de esta Ley a partir de su entrada en vigor”, aplicándose a los tutores de las personas con discapacidad las normas establecidas para los curadores representativos. Además, conforme al párrafo V de la misma, “Las medidas derivadas de las declaraciones de prodigalidad [institución ahora suprimida] adoptadas de acuerdo con la legislación anterior continuarán vigentes hasta que se produzca la revisión prevista en la disposición transitoria quinta. Hasta ese momento, los curadores de los declarados pródigos continuarán ejerciendo sus cargos de conformidad con la legislación anterior”.

Respecto de los procesos en tramitación, hay, además, que tener presente que, conforme a la Disposición transitoria 6ª, “Los procesos relativos a la

⁴ Sobre el *iter* legislativo de la Ley, *vid.* MORO ALMARAZ, M.ª J., «La tramitación legislativa de la ley 8/2021», en *LA LEY Derecho de familia*, núm. 31, julio-septiembre (*La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico*).

⁵ *Vid.* al respecto las interesantes consideraciones de CARRIÓN VIDAL, A., «Conducta pródiga y Ley 8/2021 de 2 de junio», en *Tribuna*, IDIBE, 25 de noviembre de 2022.

⁶ A juicio de ARNAU MOYA, F., «Aspectos», *cit.*, p. 565, «La Ley 8/2021, tendría que haber mantenido la tutela, si bien con carácter subsidiario de la curatela representativa y únicamente para aquellos casos en los que la persona con discapacidad no pudiera emitir válidamente su voluntad en ningún aspecto de su vida», añadiendo que «haber mantenido la tutela con carácter residual para las personas con grandes dependencias no hubiera supuesto una violación de la Convención, que a diferencia de la Observación no prohíbe expresamente ni la curatela ni la tutela».

capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán por lo dispuesto en ella, especialmente en lo que se refiere al contenido de la sentencia, conservando en todo caso su validez las actuaciones que se hubieran practicado hasta ese momento”.

Cabe preguntarse qué debe entenderse por “procesos relativos a la capacidad de las personas”. En un sentido estricto, acogiéndonos al tenor literal de la previsión contenida en la Disposición transitoria 6ª, podría interpretarse que dicha expresión se refiere, exclusivamente, a los procesos que tienen como finalidad el establecimiento de medidas de apoyo.

Frente a esta interpretación literal y restrictiva, me parece que la exégesis correcta es la de entender que las normas de la Ley 8/2021 se aplican a todos los procesos en tramitación en que intervenga una persona con discapacidad, aunque las mismas se refieran a materias (por ejemplo, de carácter contractual, familiar o sucesorio), que no tengan que ver con la fijación judicial de medidas de apoyo.

No lo ha entendido, así, la SAP Salamanca (Sección 1ª) 3 enero 2022⁷, en relación con una demanda reconvenicional de anulación de un contrato de préstamo para la compra de un vehículo realizado sin la intervención del curador, afirmando que la legislación sustantiva y procesal aplicable era la vigente al tiempo de la interposición de la demanda. Por esta razón, no ha reputado incongruente la sentencia que, estimando la demanda reconvenicional, formulada por el curador al amparo del art. 293 CC anterior a la entrada en vigor de la Ley 8/2021 (que, con carácter general, le atribuía legitimación para impugnar los contratos celebrados sin su intervención, cuando la misma fuera precisa)⁸, había eximido a la persona con discapacidad de

⁷ SAP Salamanca (Sección 1ª) 3 enero 2022, rec. nº 1025/2021 (ECLI:ES:APSA:2022:3).

⁸ El vigente art. 1302.3.II CC permite que el curador pueda anular el contrato celebrado sin su intervención, cuando la misma fuera precisa, exclusivamente, «cuando el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta».

Para ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al art. 2. Cincuenta y dos. Artículo 1302 CC», en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, Aranzadi, 2021, pp. 1017-1018, «Se ha tratado de buscar un equilibrio entre conceder total autonomía a la persona para anular o confirmar sus decisiones» y la de conceder a quien ejerce las medidas de apoyo «la posibilidad de rehacer lo hecho por la persona con discapacidad».

pagar las cantidades pendientes, aplicando el art. 1304 CC, en su redacción anterior a la dada por la Ley 8/2021, conforme a la cual “Cuando la nulidad proceda de la incapacidad de uno de los contratantes, no está obligado el incapaz a restituir sino en cuanto se enriqueció con la cosa o precio que recibiera”⁹. Concluye, en consecuencia, que el demandado reconviniente “no tenía obligación de restituir el importe prestado pues no había obtenido ningún enriquecimiento con el contrato, porque la compra del coche (y la celebración del préstamo) fueron algo injustificado y no provechoso para el incapacitado; y, por otro lado, entiende también que tampoco la entidad financiera venía obligada a devolver el capital e intereses ya pagados por razones de equidad”.

El objeto del presente trabajo es exponer las líneas fundamentales de la nueva Ley, teniendo en cuenta las primeras sentencias recaídas en aplicación de la misma, las cuales, casi en su totalidad, tienen que ver con procedimientos iniciados antes de su entrada en vigor, a los cuales —como se acaba de decir— se aplica aquella, en virtud de la Disposición transitoria 6ª, a partir del 3 de septiembre de 2021.

Pero antes de entrar en dicha exposición, quiero detenerme en una cuestión teórica.

VAQUERO PINTO, M.ª J., «Comentario al art. 1302 CC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, Aranzadi, 2021, p. 1704 observa que esta legitimación restringida supone una «intrusión» que parece no corresponderse con el espíritu de la Ley 8/2021, ya que el art. 1301.3.I CC prevé que la persona con discapacidad pueda anular, ella misma el contrato, «pero, indudablemente, persigue la protección del incapaz ante situaciones de captación persistente de la voluntad que le impidan plantear la acción».

PEREÑA VICENTE, M., «Una contribución», cit., p. 163, nota, 11, es muy crítica con la norma, afirmando que, con el pretexto de atender a la voluntad de la persona con discapacidad, «Se elige la seguridad del tráfico jurídico porque es este el que sale reforzado cuando se ponen trabas a la impugnación del acto. Y se refuerza a costa de la desprotección de la persona con discapacidad».

Desde otro punto de vista, VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «Reformas en Derecho de obligaciones y contratos», en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (dir.), CHAPARRO MATAMOROS, P. y BUENO BIOT, Á. (coord.), *La discapacidad: una visión integral de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 545, considera «criticable incluir en estos términos de éxito de la acción de anulabilidad la existencia de una ventaja injusta porque parece más oportuno referirlo a la acción de rescisión por lesión», afirmando que se «observa un contagio por mimetismo de esta coletilla final en el art. 1302 CC respecto a lo contemplado en los arts. 1304 y 1314 CC».

⁹ El actual art. 1304 CC supedita dicho efecto a la circunstancia de que «el contratante con derecho a la restitución fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta».

II. UNA CUESTIÓN TEÓRICA: ¿SUBSISTE LA DISTINCIÓN ENTRE CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR?

Comúnmente se piensa que la Ley 8/2021, al suprimir la incapacitación, ha venido a poner en cuestión la tradicional distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar¹⁰.

1. Los términos de la cuestión

A ello contribuye una frase del Preámbulo, I, *in fine*, de la Ley, en el que se afirma que “ha de tomarse en consideración que, como ha puesto en evidencia la Observación General del Comité de Expertos de las Naciones Unidas elaborada en 2014, dicha capacidad jurídica [la de las personas con discapacidad] abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos”.

¹⁰ GARCÍA RUBIO, M.^a P., «La reforma», cit., p. 56, entiende que «la opción del legislador de 2021 ha sido la de superar la dicotomía capacidad jurídica/capacidad de obrar», la cual —entiende la autora— que se ajusta al proceso de elaboración de la Convención y a la Observación General Primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad, «que dejan en evidencia que el concepto de capacidad jurídica es unívoco y comprende tanto la titularidad del derecho como el poder o la legitimación para ejercitarlo y que, para el respeto al derecho a la capacidad jurídica, ambas facetas no pueden separarse».

GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a C., «Paternalismo y autonomía en la noción legal de capacidad», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. y GARCÍA MAYO, M. (dir.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Madrid, Bosch, 2021, pp. 46-47, observa que «El nuevo modelo no quiere, ni debe distinguir porque la capacidad legal de la persona, la que la ley reconoce, es única»; y, más adelante, añade: «La capacidad jurídica de la Convención, también de las nuevas o actualizadas normas, no es lo que hasta hace poco se consideraba, sino que es la capacidad legal: la que reconoce la ley a las personas (a quien alcance personalidad civil) que comprende la (antigua) capacidad jurídica (titularidad) y la capacidad de obrar (ejercicio de derechos)», explicando que «Ello es así porque la entrada en el ámbito legal, como sujeto y titular de derechos y relaciones jurídicas lleva aparejada, siempre su ejercicio, que únicamente corresponde a la propia persona».

QUESADA SÁNCHEZ, A. J., «Cuestiones generales. Sobre el sentido de la *discapacidad* en la nueva Ley», en DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, L. y QUESADA SÁNCHEZ, A. J. (dir.), *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Barcelona, Atelier, 2022, p. 74, se inclina por «defender la radicalidad de la reforma legal en esta materia, haciendo desaparecer la distinción [entre capacidad jurídica y capacidad de obrar], por su posible base discriminatoria y por la afectación de los derechos fundamentales de los discapacitados, e imponiendo una única capacidad jurídica para cuyo ejercicio se puede necesitar apoyos en función del estado del sujeto».

Tradicionalmente se ha distinguido entre capacidad jurídica y capacidad de obrar.

- a) La capacidad jurídica, concepto equivalente al de personalidad, es la aptitud para ser sujeto de derechos y de obligaciones. Se dice que tiene carácter absoluto, en la medida en que, como posteriormente veremos, el ordenamiento jurídico atribuye dicha aptitud a toda persona, por el mero hecho de serlo y como consecuencia del reconocimiento de su dignidad como ser humano: toda persona, con independencia de su edad (un recién nacido) o de su aptitud para gobernarse por sí misma (una persona con discapacidad), puede, en abstracto, ser propietaria de un bien.
- b) La capacidad de obrar, por el contrario, venía referida a la aptitud para celebrar, válida y eficazmente, actos y negocios jurídicos (p. ej., contratos). A diferencia de la personalidad, se decía que tenía carácter relativo, por depender de la edad y de la aptitud de la persona para gobernarse por sí misma. Se consideraba, así, que tenían plena capacidad de obrar (y, por tanto, para contratar) los mayores de edad, que no hubieran sido incapacitados judicialmente, por padecer una enfermedad persistente, física o psíquica, que así lo hiciera necesario.

En realidad, no creo que, en sentido estricto, la Ley 8/2021 rechace esta distinción, que, teniendo carácter doctrinal, no era acogida en la redacción anterior del Código civil; y tampoco parece que su supresión venga exigida por el art. 12 de la Convención. Sin embargo, lo cierto es que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en sus conocidas Observaciones Generales de 19 de mayo de 2014 (concretamente, en la Primera de ellas), la ha rechazado, con una serie de argumentos cuestionables¹¹.

¹¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «La Observación General Primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. y GARCÍA MAYO, M. (dir.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Madrid, Bosch, 2021, pp. 105-106, considera como «conclusión más extendida» la de que las Observaciones «no vinculan a los Estados, pero son ‘una herramienta útil para su impetración y aplicación por proceder de órganos especialmente cualificados, de forma que los Estados deben considerarlas cuidadosamente y darles un peso relevante a la hora de aplicar la Convención’»; más adelante, reitera que no son una interpretación auténtica, sino simplemente «una interpretación especialmente cualificada, pero en todo caso no vinculante».

2. Las Observaciones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

En las Observaciones se afirma que “no se ha comprendido en general que el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos implica pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutiva a otro que se base en el apoyo para tomarlas”. Pero, además, se niega que pueda distinguirse entre los conceptos de “capacidad jurídica” y “capacidad de obrar” (a las que, respectivamente, se llama “capacidad legal” y “legitimación para actuar”), con el argumento de que la primera queda restringida cuando se limita la segunda, incurriéndose, siempre que ello se hace, en una discriminación de las personas con discapacidad¹².

Se dice (en el núm. 15 de la Observación Primera) que las restricciones se basan en la circunstancia de que, “si la persona puede o no entender la naturaleza y las consecuencias de una decisión y/o en si puede utilizar o sopesar la información”; y se califica dicho criterio como “incorrecto”, “por dos motivos principales: a) porque se aplica en forma discriminatoria a las personas con discapacidad; y b) porque presupone que se pueda evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana y, cuando la persona no supera la evaluación, le niega un derecho humano fundamental, pertinente”.

3. Consideraciones críticas

Las anteriores afirmaciones parecen un tanto desmesuradas:

En primer lugar, porque la noción de “capacidad de obrar” no se ha referido, exclusivamente, a las personas con discapacidad, sino que ha tenido

¹² PEREÑA VICENTE, M., «Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa», *Revista de Derecho Privado*, julio/agosto 2016, pp. 9 y 10, que se muestra crítica con las Observaciones, afirma que «en la Convención, capacidad jurídica es lo mismo que en el Derecho español, es decir, la titularidad de derechos y obligaciones, mientras que la capacidad de obrar del Derecho español es lo que la Convención denomina ejercicio de la capacidad jurídica». Añade que «la interpretación, que suprime la distinción entre capacidad jurídica y su ejercicio, nos parece contraria a la propia literalidad del artículo 12 que no admite apoyos, ayudas ni graduaciones para el reconocimiento de la capacidad jurídica, pero las exige para su ejercicio»; y concluye: «La Convención no da el mismo tratamiento a la capacidad jurídica y a su ejercicio, luego no confunde ambos conceptos».

siempre un alcance general, sirviendo, por ejemplo, para explicar, por qué ciertos contratos celebrados por menores no emancipados son anulables (sin que ello implique negarles aptitud para ser titulares de derechos, los cuales podrán ser adquiridos a través de sus representantes legales).

En segundo lugar, porque las restricciones de la capacidad de obrar de cualquier persona (también de las que sufren una discapacidad) no han tenido otro fundamento que el de su protección. Por ello, solo se han establecido cuando se ha considerado estrictamente necesario, por concurrir en ella una circunstancia que le impida apreciar razonablemente las consecuencias de su actuación, evitando que sea víctima de su propia inexperiencia o discapacidad o del propósito ajeno de sacar provecho de ella.

En tercer lugar, porque afirmar, con carácter general, que no se puede “evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana” es, obviamente absurdo, dado que, por desgracia, hay casos en los que, debido a una enfermedad, es patente que una persona carece de capacidad de discernimiento y, por ello, no puede formar libremente su voluntad¹³. Parece que el Comité está pensando, simplemente, en ciertos casos de discapacidad, como, por ejemplo, la sensorial o la provocada por enfermedades como el síndrome de Down, en los que, efectivamente, la restricción de la tradicionalmente llamada capacidad de obrar carece de sentido o resulta desproporcionada, por lo que lo procedente es establecer un sistema de apoyos tendente a posibilitar el ejercicio de los derechos de las personas que las padecen, por ellas mismas, de acuerdo con las propias inclinaciones y preferencias. Pero habrá casos, cada vez más frecuentes, dado el avance de la esperanza media de vida, en que, necesariamente, habrá que acudir a un sistema de adopción de medidas sustitutivas, a través de la actuación de un representante legal que obre en nombre de la persona con discapacidad (curador con facultades de representación).

Si se abandona la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, no obstante, será necesario distinguir entre la capacidad jurídica y su

¹³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «La Observación», cit., p. 111, constata el hecho «que hay diferentes capacidades mentales, y de que algunas de estas capacidades disminuyen, hasta hacer desaparecer en algunos casos, la capacidad natural de conocer y querer, y por tanto de tomar decisiones, es algo objetivo».

ejercicio¹⁴; y ello, para explicar la razón por la cual los contratos celebrados por ciertas personas son inválidos (anulables)¹⁵.

Los contratos celebrados por menores no emancipados (con las excepciones previstas en el art. 1265.1º CC) son, en efecto, anulables (art. 1302.2 CC), debiendo, por ello, ser celebrados en su nombre por sus representantes legales (padres o tutores). Son también anulables¹⁶ los contratos celebrados por personas con discapacidad, sin la intervención del curador, cuando esta sea necesaria para el ejercicio de su capacidad jurídica (por exigirlo, así, la sentencia constitutiva de la curatela) (arts. 267.II CC y 1302.3 CC), y, en el caso de que, excepcionalmente, se nombre un curador con facultades de representación (figura que guarda evidentes similitudes con el antiguo tutor de los incapacitados) (art. 267.III CC), por no ser posible averiguar cuál sea la voluntad, deseos y preferencias, será dicho curador quien, representando a la persona con discapacidad, contrate en nombre de esta, necesitando, sin embargo, autorización judicial para los contratos de especial trascendencia económica previstos en el art. 287.2º CC.

¹⁴ Lo constata ARNAU MOYA, F., «Aspectos», cit., p. 559, el cual afirma que «Algunos de los cambios terminológicos que ha provocado la nueva ley nos parecen un tanto excesivos como sucede con el hecho de que a lo largo de la ley se emplee la expresión *ejercicio de la capacidad jurídica* que si bien no es totalmente extraña a nuestro sistema jurídico sí que lo es cuando se usa en detrimento de la clásica y más precisa expresión *capacidad de obrar*».

¹⁵ Me parecen muy certeras las observaciones de CARRASCO PERERA, Á., «Contratación por discapacitados con y sin apoyos», en ÁLVAREZ LATA, N. (coord.), *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, Aranzadi, 2022, pp. 240-241, quien observa que, para mantener la congruencia de la idea de que «el discapacitado no es un sujeto de la clase de los que necesitan protección frente a las amenazas del contexto relacional», habría que haber «cerrado la posibilidad de que se anularan contratos celebrados por discapacitados».

¹⁶ Claro está, si la persona con discapacidad carece de capacidad natural de entender y de querer, aunque no haya sido sujeta a medidas de apoyo, el contrato por ella celebrado será nulo.

La STS (Sala 1ª) 19 noviembre 2004, rec. nº 1511/2000 (ECLI:ES:TS:2004:7499), confirmó, así, la sentencia recurrida, la cual había declarado nula la venta de una vivienda y de dos locales, hechas por la madre de la demandante a favor de los hermanos de aquella, por entender que, dado su avanzado estado de salud, y, por padecer demencia senil, carecía de capacidad para consentir la venta.

La STS (Sala 1ª) 14 febrero 2006, rec. nº 2694/1999 (ECLI:ES:TS:2006:831), se pronunció en sentido semejante, confirmando la sentencia recurrida, la cual había declarado nula la donación hecha por una anciana, que padecía Alzheimer, afirmando que la Audiencia «ha extraído razonadamente que la donante carecía de capacidad suficiente para la formación de su voluntad de modo jurídicamente relevante», resaltando que en su historial clínico constaba que, diez meses antes de haberse realizado la donación, se habían efectuado exploraciones radiológicas, de las que resultó sufrir «una atrofia cerebral mixta de predominio cortical y cerebelosa».

Cabe preguntarse hasta qué punto es conveniente abandonar una distinción (capacidad jurídica y capacidad de obrar), que tiene perfiles claros y precisos, y ha sido unánimemente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia, para sustituirla por otra (capacidad jurídica y ejercicio de la misma), que, en definitiva, con otras palabras, viene a decir, sustancialmente, lo mismo.

A mí, no me lo parece¹⁷.

III. LA PREVALENCIA DE LAS MEDIDAS DE APOYO DE NATURALEZA VOLUNTARIA

Retomando las ideas fundamentales inspiradoras de la Ley 8/2021, hay que observar que las medidas judiciales (y, por lo tanto, la curatela) tienen un claro carácter subsidiario, porque es propósito de la Ley dar una clara preferencia a las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria, es decir, a “las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance” (art. 250.III), de modo que las “de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate” (249.I CC)¹⁸.

¹⁷ De la misma opinión es MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «La Observación», cit., pp. 109 y 111, para quien la distinción se halla recogida en el texto mismo del art. 12 de la Convención, que, en su número 1, reconoce a las personas con discapacidad «su personalidad jurídica», y, en su número 4, prevé que Los Estados Partes aseguren el «ejercicio de la capacidad jurídica»: mientras la primera expresión «es fácilmente reconducible a las ideas de subjetividad jurídica y capacidad para ser titular de derechos y obligaciones», la segunda «nos remite al ámbito de la aptitud para actuar en las relaciones jurídicas en que se interviene, o ejercitar los derechos y obligaciones», concluyendo que la distinción entre capacidad jurídica y de obrar «muestra ser un instrumento útil para diseñar y explicar el sistema legal de atención a unos (menores) y otros (personas con discapacidad psíquica)»; y añade: «prescindir de esta distinción tiene por tanto, un claro efecto empobrecedor, en cuanto se prescinde de una herramienta conceptual especialmente útil».

¹⁸ Para una visión de conjunto sobre la materia, *vid.* DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «Las medidas voluntarias de apoyo», en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (dir.), CHAPARRO MATAMOROS, P. y BUENO BIOT, Á. (coord.), *La discapacidad: una visión integral de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 107-142; así como MARTÍNEZ CALVO, J., *Autorregulación precautoria de la discapacidad: adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2022, pp. 1-166.

La Circular informativa 3/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, contiene interesantes consideraciones prácticas sobre las medidas de apoyo voluntarias y las salvaguardas.

Lo constata la SJPII (núm. 4º) Massamagrell 16 noviembre 2021¹⁹, que ha denegado las medidas judiciales de apoyo solicitadas, por no ser necesarias en el momento en que se pedían (apreciando el médico forense una situación de capacidad psíquica para el gobierno de su persona o bienes), pero, además, por la existencia de una previsión de medidas futuras por parte de la persona afectada para la complementación de una eventual y futura incapacidad, consistentes en una escritura de autotutela y en una escritura de poder, en la que expresaba su voluntad de nombrar a una de sus hijas como su apoderada y representante.

Las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria fundamentales son la autotutela (arts. 271 a 274), los poderes con cláusula de subsistencia, si en el futuro el poderdante precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad (art. 256 CC), y los poderes preventivos, dados solo para dicha eventualidad (art. 257 CC)²⁰.

1. De la autotutela a la autotutela (alcance del nombramiento o exclusión de una persona determinada para ejercer la medida de apoyo)

En particular, respecto de la autotutela (que es la medida voluntaria que ha dado lugar a sentencias), hay que tener en cuenta que, según la Disposición transitoria 3ª de la Ley 8/2021, “Las previsiones de autotutela se entenderán referidas a la autotutela y se regirán por la presente Ley”.

Conforme al art. 271.I CC, quien acude a la autotutela, “en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica”, “podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador”.

Tal propuesta vinculará al juez al constituir la curatela (art. 272.I CC), si bien podrá apartarse de ella, “siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció

¹⁹ SJPII (núm. 4º) Massamagrell 16 noviembre 2021, rec. nº 430/2021 (ECLI:ES:JPII:2021:922).

²⁰ Desde luego, si hay confianza en la persona que ha de ejercer la medida de apoyo y se quiere una actuación ágil por parte de esta, conviene evitar la autotutela, que, en definitiva, va a desembocar en una medida judicial de apoyo.

o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones” (art. 272.II CC).

La STS (Sala 1ª) 19 octubre 2021²¹ ha revocado la sentencia recurrida, que se había apartado de lo previsto en la disposición testamentaria en la que se había constituido la autotutela. En ella, una madre con seis hijos, había designado como tutora a una de sus hijas y, en su defecto y por orden sucesivo, a dos de sus hijos, manifestando su deseo de que no se nombrara “a cualquiera de los otros tres hijos ni a ninguna asociación, ni pública ni privada ni a ningún organismo similar”. Sin embargo, en primera instancia, se nombró tutora a la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos y, en segunda instancia, mancomunadamente, a uno de los hijos, no designado en primer lugar por la madre para el cargo, y a otro, que había sido expresamente excluido por ella; y ello, con una argumentación que el TS considera “pobre”, e “insuficiente”, “amparada en el razonamiento inasumible de que como hay dos grupos de tres hermanos, que se llevan bien entre sí y mal con los otros tres”, se “adopta la salomónica decisión de designar a una persona de cada grupo, prescindiendo de la voluntad, deseos o preferencias de la demandada”.

El TS entiende que no “se dan las causas legales previstas para prescindir del criterio preferente de la voluntad de la demandada, ya que no concurren circunstancias graves desconocidas por la misma, o variación de las contempladas al fijar la persona que le prestará apoyos”, puesto que la madre “convivía y sigue conviviendo con su hija” designada en primer lugar para ser tutora, “que es la persona que le asiste en sus necesidades conforme a sus propios deseos notarialmente expresados, que deben ser respetados, toda vez que, dentro del marco de la esfera de disposición de las personas, se comprende la elección de la que, en atención a su disponibilidad, cercanía, empatía, afecto o solicitud, desempeñe el cargo de curadora” (se aplica ya la Ley 8/2021, por lo que la autotutela se convierte con autocuratela).

Por esta razón, concluye que no cabe “la imposición de otro sistema alternativo de curatela”, como “la mancomunada impuesta por la Audiencia, con la atribución además del cargo de curador a una persona expresa-

²¹ STS (Sala 1ª) 19 octubre 2021, rec. nº 305/2021 (ECLI:ES:TS:2021:3770).

mente excluida por la demandada. Amén de resultar contraproducente el ejercicio de tal cargo bajo el régimen jurídico de la mancomunidad, dado el conflicto existente entre hermanos, que dificultaría la unidad de actuación que exige la curatela, cuyo ejercicio no es susceptible de conciliarse con discrepancias en las funciones asistenciales o, en su caso, excepcionales de representación”.

2. La prevalencia de la voluntad de la persona con discapacidad respecto de la persona que ha de asumir la curatela y la necesidad de una especial motivación para apartarse de ella

Cuestión distinta a la examinada, aunque relacionada con ella, es la relativa a la prevalencia de la voluntad de la persona con discapacidad en el caso de que, en defecto de medidas de apoyo voluntarias, haya que nombrar un curador. No me refiero, pues, aquí a la autocuratela, sino a la relevancia que ha de darse a la voluntad de la persona con discapacidad, en orden a la designación de la persona del curador, expresada en el marco de un proceso judicial de establecimiento de apoyos.

La SAP Ciudad Real (Sección 2ª) 29 noviembre 2021²², revocó la sentencia recurrida, que había nombrado a la Comisión de Tutelas de Castilla-La Mancha curadora de una persona con un deterioro cognitivo de perfil cortical (que, además, sufría de otras enfermedades, trombosis pulmonar, glaucoma, diabetes mellitus tipo 2, entre ellas). Por el contrario, consideró procedente designar al sobrino como curador con facultades de representación, en atención a lo manifestado por el interesado en la vista, siendo aquel quien “se ha venido ocupando, tras la pandemia, de su cuidado tanto personal como en la administración de su patrimonio, que no es escaso, adecentando su vivienda y llevando un control telemático”, y, a juicio del Tribunal, “muy adecuado tanto en lo personal como en lo patrimonial, y que pese a residir en localidad distinta, puede ejercer de forma adecuada la supervisión que necesita”.

²² SAP Ciudad Real (Sección 2ª) 29 noviembre 2021, rec. nº 731/2020 (ECLI:ES:APCR:2021:1470).

El art. 276 CC establece un orden de prelación de las personas que pueden ser nombradas curadores. Sin embargo, prevé que “La autoridad judicial podrá alterar el orden del apartado anterior, una vez oída la persona que precise apoyo”, y que, “Cuando, una vez oída, no resultare clara su voluntad, la autoridad judicial podrá alterar el orden legal, nombrando a la persona más idónea para comprender e interpretar su voluntad, deseos y preferencias”.

La redacción del precepto es confusa, pues pudiera interpretarse en el sentido de que siempre que resulte clara la voluntad de la persona con discapacidad respecto de quién haya de ser designado curador habrá que atenerse a ella, lo que no parece correcto, sino que lo procedente es entender que el juez puede apartarse de la misma, pero de manera suficientemente motivada (motivación que —claro está— no será necesaria cuando en la persona indicada concurra alguna de las causas de inhabilidad del art. 275.II y III CC).

En tal sentido se orienta la STS (Sala 1ª) 23 diciembre 2021²³, que revoca la sentencia recurrida (dictada, como casi la totalidad de las que aquí examinamos, antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021), estimando un recurso extraordinario de infracción procesal, por entender que hubo falta de motivación suficiente de la decisión de “prescindir de la voluntad exteriorizada del demandado de que sea designado como curador la persona por él elegida y nombrada por el juzgado”, estableciendo, en cambio, una tutela en favor de la Agencia Madrileña de Tutela de Adultos, “pues es organismo preparado, técnico, profesional y objetivo”; y ello, frente a la mujer, “que se lleva mal o regular actualmente” con el demandado, y frente a la hija, “que se lleva mal o regular con su madre; y parece ser, aún en formación”.

Pero lo cierto es que la sentencia revocada no explicaba por qué no se había nombrado tutor a la persona querida por la persona con discapacidad, la cual no era, ni su mujer, ni su hija, más allá de constatar la adecuación de la Agencia para ejercer el cargo. El TS afirma, así, que, para “prescindir de la voluntad exteriorizada por el demandado, dada la trascendencia que se le otorga en la nueva ley”, se “requiere una motivación especial que brilla por su ausencia, con lo que, en la nueva sentencia que se dicte, se deberá

²³ STS (Sala 1ª) 23 diciembre 2021, rec. nº 1504/2021 (ECLI:ES:TS:2021:4879).

manifestar expresamente al respecto, explicitando las concretas razones por las que, en su caso, se prescinde de la voluntad y preferencia en tal aspecto exteriorizada por el demandado”.

No son extrañas las sentencias en las que los Tribunales, motivadamente, se apartan, en este punto, de la voluntad de la persona con discapacidad.

La SAP Valencia (Sección 10ª) 16 septiembre 2021²⁴ nombró a una fundación como curadora de una persona que padecía un trastorno esquizo-afectivo y de la personalidad grupo B y consumo tóxico. La Audiencia se apartó de la voluntad manifestada por aquella, de que se designara como curadores a sus hermanos, porque estos estaban asustados, constatando la existencia de una situación de riesgo familiar, por haber tenido lugar numerosos incidentes violentos.

La SAP La Coruña (Sección 3ª) 11 noviembre 2021²⁵ designó a una entidad pública curadora de una persona que sufría una esquizofrenia paranoide, la cual pretendía que fuera curador su hermano, deseo expresado, tanto en el escrito del recurso de apelación, como en el acto del juicio en segunda instancia. Prescindió de su voluntad, porque “no ha existido una implicación familiar”, necesitando “supervisión diaria de medicación, comidas, manejo del dinero, y ello no lo podría realizar su hermano, al cual solo ve esporádicamente”, quien, además, “reconoce que su hermano está muy bien en el centro y atendido por la asociación”, que dirigía el piso tutelado en el que residía.

IV. LA RAZONABLE DESJUDICIALIZACIÓN A TRAVÉS DEL REFORZAMIENTO DE LA GUARDA DE HECHO

La Ley 8/2021 pretende una “razonable desjudicialización”²⁶, que pasa por el reforzamiento de la guarda de hecho²⁷, la cual, como se dice en la

²⁴ SAP Valencia (Sección 10ª) 16 septiembre 2021, rec. nº 240/2020 (ECLI:ES:APV:2021:3274).

²⁵ SAP La Coruña (Sección 3ª) 11 noviembre 2021, rec. nº 526/2021 (ECLI:ES:APC:2021:2586).

²⁶ La expresión es certeramente utilizada por SANTOS URBANEJA, F., *Sistema*, cit., p. 227.

²⁷ LECIÑENA IBARRA, A., «Comentario al art. 2. Veintitrés. Artículo 263 CC», en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, Aranzadi, 2021, p.

Exposición de Motivos, había sido “entendida tradicionalmente como una situación fáctica y de carácter provisional”, debiendo ahora “convertirse en una verdadera guarda de derecho, otorgándole la categoría de institución jurídica de apoyo”²⁸.

El art. 269.I CC dice, así, que “La autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad”, de donde se deduce que, cuando no hayan sido previstas medidas de naturaleza voluntaria, “Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función” (art. 263 CC), de modo que la constitución de la curatela es subsidiaria, exclusivamente, para el caso de que no existiera una guarda de hecho que funcionase correctamente.

En la Exposición de Motivos se explica que “La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho —generalmente un familiar, pues la familia

647, se refiere al «merecido reconocimiento de la guarda de hecho como medida informal de apoyo en un contexto de pérdida de protagonismo judicial».

Sobre la figura en la nueva regulación, *vid.*, con carácter monográfico, LÓPEZ SAN LUIS, R., *La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2022.

²⁸ Esta expresión, de «guarda de derecho», puede suscitar cierta perplejidad, pero no debe llevar a confusión: seguimos estando ante una medida de apoyo de carácter espontáneo e informal, normalmente llevada a cabo por familiares que conviven con la persona con discapacidad, a quien prestan asistencia cotidiana de manera habitual y desinteresada.

Cuando se habla de la conversión de la «guarda de hecho» en una «guarda de derecho», lo que se quiere evidenciar (que no es poco) es la consideración de la misma como la medida de apoyo estable y prioritaria (en defecto de medidas voluntarias), con el consiguiente carácter subsidiario de las medidas judiciales, así como (a causa de dicha prioridad legal), la introducción de una regulación de la figura más extensa que la anterior a la reforma, en la que se contemplaba como una situación provisional llamada a resolverse en una tutela.

El anterior art. 303.1 CC, preveía, simplemente, que «cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor, o de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas»; y añadía que «Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores».

La regulación actual, como se explica, *infra*, en texto, es bien diversa, y, cualquier caso, según la Disposición transitoria 2ª.II de la Ley 8/2021, «Quienes vinieran actuando como guardadores de hecho sujetarán su actuación a las disposiciones de esta Ley».

sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables—, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea”; y que “Para los casos en que se requiera que el guardador realice una actuación representativa, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial *ad hoc*, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias”²⁹.

1. El guardador de hecho

El guardador de hecho es la persona, normalmente, un familiar o allegado de quien sufre una discapacidad, a quien, de modo espontáneo y habitual, le presta asistencia cotidiana, de manera desinteresada, en virtud de una relación de confianza y afecto mutuo, sin que entre ambos exista una relación contractual (como, por ejemplo, un contrato de vitalicio o alimentos o un arrendamiento de servicios, en el caso de cuidadores profesionales), siendo, además, frecuente su convivencia bajo un mismo techo, aunque es posible que el guardador de hecho no conviva con la persona con discapacidad, asistiéndole mediante los servicios de un cuidador personal.

No obstante, también puede tener la condición de guardador de hecho una persona jurídica (por ejemplo, una institución o fundación pública de carácter autonómico o una entidad de carácter privado) que proporcione “servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo”, siempre que no lo haga “en virtud de una relación contractual”, pues, en este caso, no podrá ejercer ninguna medida de apoyo (art. 250.VIII CC).

La SAP La Coruña (Sección 3^a) 17 julio 2022³⁰ reconoce como guardadora de hecho a una ONG, denominada “Comité Ciudadano Anti-SI-

²⁹ Observa SANTOS URBANEJA, F., *Sistema*, cit., p. 194, este nuevo sistema, a la vez que «es mucho más razonable y respetuoso con los derechos de la persona con discapacidad» (en relación anterior, que giraba en torno a la incapacitación de aquella), «para la Administración de Justicia supone un importante alivio de la carga de trabajo».

³⁰ SAP La Coruña (Sección 3^a) 17 julio 2022, rec. n° 238/2022 (ECLI:ES:APC:2022:1903).

DA, A Coruña”, al no existir un contrato de asistencia entre dicha entidad y la persona con discapacidad, “por lo que no concurre la prohibición del artículo 250 del Código Civil. La relación se enmarca en una actividad social de voluntariado, sin perjuicio de que, para la Xunta de Galicia les conceda subvenciones, deban cumplir con unos protocolos de actuación”.

Es posible que exista más de un guardador de hecho, por ejemplo, dos padres que se ocupen del hijo que sufre una discapacidad³¹ o varios hijos que cuiden de un padre enfermo³², plateándose, en tal caso, si los guardadores deben actuar mancomunadamente o pueden hacerlo solidariamente, siendo, a mi parecer, preferiblemente esta última solución, dada la naturaleza prioritariamente asistencial de la labor que lleva a cabo el guardador. Si existiere un desacuerdo puntual entre ellos, se procederá al nombramiento de un defensor judicial (art. 264.IV CC) (aunque no creo que sea estrictamente necesario, pudiendo el juez atribuir la facultad de decisión del caso a uno de los guardadores, del mismo modo en que puede encomendar la facultad de decidir una cuestión controvertida a uno de los padres, en caso de discrepancia entre ellos, conforme al art. 156.III CC); y, si los desacuerdos fueran graves o reiterados, de modo que afectaran al correcto funcionamiento de la guarda de hecho, lo procedente sería la constitución de una curatela.

Es también posible que la guarda de hecho coexista con otras medidas de apoyo, voluntarias o judiciales, lo que podrá ocurrir en dos casos. En primer lugar, cuando dichas medidas estén circunscritas al ámbito puramente patrimonial, por lo que el cuidado de la persona con discapacidad podrá ser asumido por un guardador distinto de quien tiene encomendado el ejercicio de aquellas. En segundo lugar, como, expresamente prevé el art. 263 CC, cuando existan medidas voluntarias o legales, pero las mismas “no se estén aplicando eficazmente”; y ello, mientras subsista esta situación: en este caso, serían válidos los actos realizados por el guardador, actuando dentro de su esfera de legitimación.

³¹ SAP Cantabria (Sección 2ª) 31 mayo 2022, rec. nº 830/2021 (ECLI:ES:APS:2021:1813).

³² SAP León (Sección 1ª) 21 marzo 2022, rec. nº 1105/2021 (ECLI:ES:APLE:2022:489)].

2. Facultades asistenciales

Las facultades del guardador son, básicamente, asistenciales, centrándose habitualmente en el cuidado cotidiano y personal de quien sufre la discapacidad, también en el ámbito de la salud³³, y en la administración ordinaria de su patrimonio, sin perjuicio de que esa asistencia pueda también manifestarse ocasionalmente, ayudándole a formar su voluntad para celebrar actos jurídicos o contratos (también ante notario), presupuesto que tenga capacidad para consentirlos.

Pero, en este caso, su función es puramente auxiliar, siendo, pues, bien distinta de la que corresponde al curador, quien ha de intervenir, necesariamente, en los supuestos en que así lo haya previsto la sentencia constitutiva de la curatela, consintiendo la celebración del contrato celebrado por la persona con discapacidad, siendo, en caso contrario, anulable dicho contrato (art. 1302.3.II CC). No sucede lo mismo respecto del guardador, pues, no siendo su intervención precisa (no es requisito de validez), su ausencia no determina la anulabilidad del contrato³⁴.

Esta idea aparece claramente expresada en la Circular informativa 3/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en la cual se observa que la guarda de hecho “no tiene que acreditarse ante notario, ni su existencia representa un condicionante para la actuación de la persona con discapacidad”, por lo que el guardador de hecho “puede comparecer ante el notario para prestar simplemente su apoyo instrumental”, “para ayudar a la persona con discapacidad a enten-

³³ Hay que tener en cuenta que, en el ámbito de la salud, el guardador de hecho se encuentra asimilado al cuidador principal, Allegado o persona vinculada por razones familiares o de hecho (art. 5.3 y 9.2 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía personal y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica).

³⁴ RUIZ-RICO RUIZ, J. M., «El régimen jurídico de la guarda de hecho», en DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y. y QUESADA SÁNCHEZ, A. J. (dir.) y RUIZ-RICO RUIZ, J. M. (coord.), *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Barcelona, Atelier, 2022, p. 305, constata que la anulación prevista en el art. 1302.III CC, presupone la celebración de un contrato por la persona con discapacidad sin las medidas de apoyo, cuando las mismas fueran «precisas», descartando una valoración a *posteriori* de la conveniencia de que hubiera intervenido quien presta los apoyos. Observa que, por el contrario, la norma «está exigiendo que se haya precisado con carácter previo el ámbito o ámbitos concretos donde debe actuar el prestador de apoyos».

der y ser entendida, sin que su intervención represente una confirmación o aprobación de la decisión adoptada por el interesado en el ejercicio de su capacidad jurídica”. A continuación, se pregunta, si, “por imitación a la curatela”, “debe el notario, atendidas las circunstancias del caso, demandar su asentimiento”, concluyéndose que “El notario no es un juez, que pueda condicionar el otorgamiento del instrumento público a la aprobación del guardador”, y que “La función del guardador de hecho, en el ámbito notarial, no debe ir más allá de prestar su auxilio a la persona con discapacidad para expresar o tomar su decisión y comprender el contenido del instrumento público notarial”³⁵.

En definitiva, no cabe aproximar el guardador de hecho al curador carente de facultades representativas, para llegar a la errada conclusión de que, al igual que este, ha de consentir los contratos celebrados por la persona a quien apoya (cuando se le atribuye esta función en la sentencia constitutiva de la curatela). Cuestión distinta es que el guardador de hecho pueda actuar sustitutivamente, en representación de la persona con discapacidad en los casos previstos en el art. 264.III CC, así como en el art. 264.I CC (aquí, previa autorización judicial).

3. Funciones representativas

Tras la reforma, al guardador se le encomiendan, no solo funciones asistenciales, sino también representativas: unas, por ministerio de la ley; otras, previa autorización judicial.

³⁵ LECIÑENA IBARRA, A., «Comentario al art. 2. Veintitrés. Artículo 264 CC», en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, Aranzadi, 2021, considera, que, aunque no sea necesaria la presencia del guardador en el acto de otorgamiento de la escritura, si la misma tiene lugar, «deberá encontrar reflejo en la escritura haciendo constar el notario que el otorgante ha estado asistido en ese acto por la persona de que se trata». De la misma opinión es BERROCAL LANZAROT, A. I., «La guarda de hecho de las personas con discapacidad», en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (dir.), CHAPARRO MATAMOROS, P. y BUENO BIOT, Á. (coord.), *La discapacidad: una visión integral de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 242.

3.1. *Por ministerio de la ley*

“No será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar” (art. 264. III CC).

En las “Conclusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas de las secciones de atención a personas con discapacidad y mayores”, celebradas en Madrid los días 27 y 28 de septiembre de 2021, se dice que “La determinación de cuales sean estos actos dependerá del caso concreto, por lo que resulta necesario tener en cuenta el contexto personal, su modo de vida, ingresos (atender al ‘histórico bancario’ puede resultar revelador a esos efectos), etc.”.

Las SSAP Cádiz (Sección 5ª) 5 septiembre 2022³⁶ y 5 septiembre 2022³⁷ observan que “Las posibles actuaciones en las que el guardador de hecho puede ejercer su función como medida de apoyo, pueden concretarse en otros numerosos contextos, como señala el Ministerio fiscal: peticiones de recursos sociales, pensiones, plazas residenciales, centros de día, ayuda a domicilio, matriculaciones en centros de educación o formación profesional, entre otras, solicitudes a los bancos, etc. La función del guardador tiene reconocimiento en otros entornos. En el ámbito de la salud, el guardador de hecho se encuentra asimilado al cuidador principal, allegado o persona vinculada por razones familiares o de hecho (art. 5.3 y 9.2 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía personal y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica y ANEXO III apartado 7.7 del Real Decreto 1030/2006 de 15 de septiembre por el que se establece la cartera de servicios comunes del sistema nacional de salud y el procedimiento para su actualización). Las peticiones de auxilio a las FFCCSE por parte de los guardadores de hecho ante agitaciones, incidentes, altercados familiares de la persona con discapacidad o trastorno mental,

³⁶ SAP Cádiz (Sección 5ª) 5 septiembre 2022, rec. nº 861/2022 (ECLI:ES:APCA:2022:2152).

³⁷ SAP Cádiz (Sección 5ª) 5 septiembre 2022, rec. nº 529/2022 (ECLI:ES:APCA:2022:2126).

tienen amparo en el marco del artículo 11.1 de la LO 2/1986 de Cuerpos y fuerzas de Seguridad del Estado”.

3.2. *Prevía autorización judicial*

El art. 264.I CC prevé que, “Cuando, excepcionalmente, se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, este habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad. La autorización judicial para actuar como representante se podrá conceder, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso. La autorización podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo y deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad”³⁸.

³⁸ Se plantea la suerte de los contratos realizados por el guardador sin la preceptiva autorización judicial. Un sector de la doctrina los considera anulables, tesis esta, que no comparto, pues, a mi parecer, estamos ante un caso de falta de legitimación para realizar el acto, que, en puridad, no afecta a la validez del mismo, sino, simplemente, a su eficacia traslativa. Estamos, en definitiva, ante un negocio incompleto, susceptible de ratificación conforme al art. 1259.II CC.

CORRIPIO GIL-DELGADO, M.^a R., «El nuevo marco civil de apoyos a la discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año núm. 98, núm. 790, 2022, p. 697; y DÍAZ PARDO, G., «Nuevo horizonte de la guarda de hecho como institución jurídica de apoyo tras la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio», en PEREÑA, M. y HERAS HERNÁNDEZ, M.^a M. (dir.) y NÚÑEZ NÚÑEZ, M.^a (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022 pp. 326-327, apuntan esta solución, que LECIÑENA IBARRA, A.: «Comentario» (*ad* artículo 264 CC), cit., p. 666, considera posible, aunque sostiene la nulidad del contrato, rechazando expresamente su anulabilidad. Por el contrario, CARRASCO PERERA, Á., «Contratación», cit., p. 264, la propugna claramente, si bien, considerando que el guardador de hecho actúa como un gestor de negocios ajenos, subordina la ineficacia del contrato a la circunstancia de que la persona con discapacidad no haya obtenido un beneficio con la actuación de aquel (art. 1893 CC).

La solución que propongo la sostiene la STS (Sala 1^a) 22 abril 2010, rec. n.º 483/2006 (ECLI:ES:TS:2010:2561), en la cual se mantiene que, en el caso de contratos celebrados por los titulares de la patria potestad, sin la previa autorización judicial, debe aplicarse lo dispuesto en el art. 1259.II CC, porque la autorización judicial para la realización del acto por el representante legal cuando la ley lo requiera no es un simple complemento de capacidad, como ocurre en la curatela, sino un elemento del acto de disposición, puesto que los padres solos no pueden efectuarlo. La misma tesis reitera la STS (Sala 1^a) 8 julio 2010, rec. n.º 1871/2006 (ECLI:ES:TS:2010:4705), la cual afirma que «debe aplicarse también a los casos de actuación del tutor sin autorización judicial, porque obedece a la misma finalidad que la ya explicada en relación a los padres titulares de la patria potestad».

El guardador deberá solicitar la autorización “a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oír a la persona con discapacidad”, por lo que, “antes de tomar una decisión, la autoridad judicial entrevistará por sí misma a la persona con discapacidad y podrá solicitar un informe pericial para acreditar la situación de esta. También podrá citar a la comparecencia a cuantas personas considere necesario oír en función del acto cuya autorización se solicite” (art. 52.3 LJV).

Nótese que el juez deberá oír a la persona con discapacidad, pero no dice que deba seguir su voluntad, en todo caso. Creo, así, que el juez podrá conceder la autorización, si existe una clara necesidad de realizar un acto, aun oponiéndose aquella, cuando la misma no pueda formar libremente su voluntad, por sufrir una enfermedad que le prive de la facultad de discernimiento.

Según el Documento definitivo, Anexo I, del Grupo de trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria (Cód. EX2201) de 2022, “Cuando el guardador de hecho solicite una autorización para representar a la persona con discapacidad en la enajenación de bienes inmuebles, se seguirá el procedimiento previsto en los arts. 61 y ss. LJV, por ser el más específico para este acto, y no el general del art. 52.3 LJV”³⁹.

En particular, conforme al art. 63.1 LJV, “En la solicitud deberá expresarse el motivo del acto o negocio de que se trate, y se razonará la necesidad, utilidad o conveniencia del mismo; se identificará con precisión el bien o derecho a que se refiera; y se expondrá, en su caso, la finalidad a que deba aplicarse la suma que se obtenga”. Además, “Con la petición que se deduzca se presentarán los documentos y antecedentes necesarios para poder formular juicio exacto sobre el negocio de que se trate y, en su caso, las operaciones particionales de la herencia o de la división de la cosa común

Sin embargo, posteriormente, la STS (Pleno) 10 enero 2018, rec. nº 2111/2015 (ECLI:ES:TS:2018:56), ha considerado que el contrato celebrado por el tutor, sin la previa autorización judicial, cuando la misma es preceptiva, es anulable, siendo, además, susceptible de confirmación posterior por la autoridad judicial.

También el art. 222-46 CC Cat. se inclina por la anulabilidad de los contratos celebrados por el tutor sin la necesaria autoridad judicial.

³⁹ En este sentido se orienta también SAP Cádiz (Sección 5ª) 27 mayo 2022, rec. nº 133/2022 (ECLI:ES:APCA:2022:929).

realizada”. Según el art. 63.2 LJV, “En el caso de autorización solicitada para transigir, se acompañará, además, el documento en que se hubieren formulado las bases de la transacción”. Por último, a tenor del art. 63.3 LJV, “podrá también incluirse en la solicitud la petición de que la autorización se extienda a la celebración de venta directa, sin necesidad de subasta ni intervención de persona o entidad especializada. En este caso, deberá acompañarse de dictamen pericial de valoración del precio de mercado del bien o derecho de que se trate y especificarse las demás condiciones del acto de disposición que se pretenda realizar”.

El AJPI (núm. 5) Córdoba 15 septiembre 2022⁴⁰, constatando la condición de guardadora de hecho de la hija de una persona con demencia avanzada, ha aplicado los arts. 61 y ss. LJV, para autorizar a aquella a vender directamente la cuota de un inmueble, por considerar que dicha venta revertiría en beneficio de la madre, que se encontraba en una residencia, “no pudiendo afrontar el gasto total de su estancia con las pensiones que percibe”, observando que el resto de comuneros estaban de acuerdo en la operación y que se había aportado una copia del preacuerdo de venta, en el que constaban los datos de las partes, vendedora y compradora, así como el precio de venta, que era ligeramente superior al valor de tasación fijado en el informe adjuntado. Se acuerda también requerir a la guardadora de hecho para que acredite que el dinero correspondiente a su madre “se ha destinado a las finalidades expuestas en la demanda (ingreso en una cuenta bancaria de la persona con discapacidad para atender los gastos de ésta)”.

4. La prueba de la guarda de hecho

La desjudicialización que supone el reforzamiento de la guarda de hecho como medida de apoyo parece totalmente razonable, pero debe ir acompañada de un sistema que facilite la prueba de la condición de guardador, pues, en caso contrario, este difícilmente podrá actuar en representación de la persona con discapacidad en los actos a los que se refiere el art. 264. III CC, los cuales, aunque de escasa cuantía económica (razón por la que,

⁴⁰ AJPI (núm. 5) Córdoba 570/2022 15 septiembre 2022, Procedimiento de Jurisdicción Voluntaria Genérico 1297/2021.

precisamente, no requieren autorización judicial), pueden tener una gran trascendencia práctica⁴¹.

4.1. *La posición de las administraciones públicas*

La Consulta INSS 30 noviembre 2021, en relación a la competencia para solicitar y percibir prestaciones del sistema de la Seguridad Social cuando los beneficiarios de las mismas son personas mayores de edad con discapacidad, ha declarado que “el guardador de hecho puede solicitar la prestación económica de Seguridad Social en favor de la persona con discapacidad, sin requerirse para ello autorización judicial, ingresándose la pensión en la cuenta bancaria de la persona con discapacidad”, añadiendo que “La condición de guardador de hecho puede acreditarse mediante libro de familia (que acredite, en su caso, la relación de parentesco que mantienen el guardador y la persona con discapacidad), certificado de empadronamiento

⁴¹ El común de los autores se refiere al problema que suscita la acreditación de la guarda de hecho: *vid.*, así, DE SALAS MURILLO, S., «El nuevo sistema», cit., p. 45; DÍAZ PARDO, G., «Nuevo horizonte», cit., p. 318; NIETO ALONSO, A., «Comentario al art. 263 CC», en GARCÍA RUBIO, M.^a P. y MORO ALMARAZ, M. J. (dir.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2022, p. 296; PALACIOS GONZÁLEZ, D., «Guarda de hecho, curatela o defensor judicial: buscando el mejor apoyo para las personas con discapacidad psíquica», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. y GARCÍA MAYO, M. (dir.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Madrid, Bosch, 2021, pp. 423-424.

LECIÑENA IBARRA, A., «Comentario» (ad Artículo 264 CC), cit., p. 659, se refiere a la anotación registral de la guarda de hecho por vía del art. 40.3.9 LRC como el «camino idóneo» para conseguir su prueba, si bien, admitiendo que el asiento, «en ningún caso, obtendría el valor probatorio que proporciona la inscripción, quedando limitado su efecto a un valor meramente informativo».

SANTOS URBANEJA, F., *Sistema*, cit., pp. 196-197, se refiere a la importancia que adquiere para la acreditación de la guarda de hecho la prueba de la convivencia con el guardado, de la que deriva la «presunción de guarda», «pues familiares o allegados puede haber varios, pero, de entre ellos, la convivencia otorga un *plus* a la hora del reconocimiento de la Guarda de hecho».

En las «Conclusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas de las secciones de atención a personas con discapacidad y mayores», de 2021, se afirma que «realizado un proceso de revisión de medida que concluya en el archivo de una tutela, curatela o patria potestad prorrogada o rehabilitada, acordadas con anterioridad a la reforma, por entenderse ahora suficiente y adecuada para la persona la guarda de hecho, dicha resolución constituirá un título acreditativo extraordinario sobre esta institución, así como la propia sentencia que en su día las constituyó».

El Documento definitivo, Anexo I, del Grupo de trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria (Cód. EX2201) de 2022, contempla las «Resoluciones de archivo en procedimientos de revisión de la DT5^a, por entender adecuada y suficiente la guarda de hecho».

o documentación que acredite convivencia, así como aquellos documentos de los que se desprenda claramente dicha condición”.

Por su parte, las administraciones autonómicas, por ejemplo, la canaria, en orden a las solicitudes de reconocimiento de grado de discapacidad, están empezando a admitir las presentadas por guardadores de hecho a través de declaraciones de responsabilidad sobre los siguientes extremos: que se tiene la guarda de hecho de la persona con discapacidad, con expresión de las razones por las que se ostenta; que “a su juicio dicha persona no tiene capacidad de autogobierno”; y la relación de parientes, con indicación de nombres y apellidos, edad, tipo de parentesco y dirección.

4.2. *El recurso al acta de notoriedad*

No creo que haya ningún obstáculo a que la prueba de la guarda de hecho se realice mediante un acta de notoriedad⁴², al amparo del art. 209 del Reglamento Notarial, pues, aunque se trata de una situación de hecho informal, sin embargo, tiene un carácter estable⁴³; y, desde luego, no cabe duda de que quien la desempeña, está legitimado para realizar actos con trascendencia jurídica en la esfera personal y patrimonial de la persona con discapacidad⁴⁴. No obstante, dado que el cambio de guardador es posible, parece que deberá prestarse atención a la fecha del acta de notoriedad, en orden a

⁴² Así lo entienden DE SALAS MURILLO, S., «El nuevo sistema», cit., pp. 45-46; LECIÑENA IBARRA, A., «Comentario» (*ad* artículo 263 CC), cit., p. 659; NIETO ALONSO, A., «Comentario al art. 263 CC», cit., p. 296; PALACIOS GONZÁLEZ, D., «Guarda de hecho», cit., p. 421; ROCA GUILLAMÓN, J., «La guardia de hecho», en MORENO FLOREZ, R. M.^a (dir.), *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual*, Madrid, Dykinson, 2022, p. 133; o TORAL LARA, E., «Las medidas de apoyo judiciales e informales en el nuevo sistema de provisión de apoyos del Código Civil», en LLAMAS POMBO, E., MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. y TORAL LANA, E. (dir.), *El nuevo Derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento*, Las Rozas (Madrid), Wolters Kluwer, La Ley, 2022, p. 173.

En contra, sin embargo, se pronuncia CARRASCO PERERA, Á., «Contratación», cit., p. 264, quien afirma que, «Por mucho que se quiera, el Notario no puede dar fe suficiente ni de la existencia ni del modo de actuación prescrito por quien se presenta como guardador de hecho de otra persona».

⁴³ DÍAZ PARDO, G., «Nuevo horizonte», cit., p. 310, observa, certeramente, que la «informalidad» de la guarda de hecho no es equivalente a «inestabilidad», sino que es sinónimo de «carente de formalidad».

⁴⁴ Esta es la posición de la Circular de la Junta Directiva del Colegio Notarial de las Islas Canarias, adoptada en Acuerdo de 29 de abril de 2022, que contiene, además, un modelo de acta de notoriedad.

considerar que quien pretende realizar un acto en nombre de la persona con discapacidad sigue siendo su guardador.

El notario deberá constatar que la persona con discapacidad, examinadas sus capacidades cognitivas y volitivas, necesita de medias de apoyo estables para el ejercicio de su capacidad; y esto presupuesto, como observa la Circular de la Junta Directiva del Colegio Notarial de las Islas Canarias, adoptada en Acuerdo de 29 de abril de 2022, 6, “la existencia de la guarda de hecho; su adecuado ejercicio; y que no existan medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial que se estén aplicando eficazmente”.

La Circular referida afirma que, “Con carácter general el requerimiento debe formularse conjuntamente por el guardador de hecho y por la persona apoyada. Ambos tienen que comparecer y aseverar bajo su responsabilidad la certeza del hecho cuya notoriedad se pretende establecer, es decir: la existencia de la guarda de hecho; que el guardador viene prestando su apoyo de forma adecuada; que no existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial que se estén aplicando eficazmente; y que no concurre entre la persona apoyada y el guardador relación contractual que le obligue a la prestación de servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga u otros apoyos (art. 250 CC)”.

Continúa diciendo que “En los casos excepcionales en los que la persona guardada no tenga aptitud para consentir (pensemos en las situaciones de personas mayores que están bajo el cuidado de un familiar pero que no tienen aptitud para prestar consentimiento) el acta de notoriedad puede ser también un instrumento que permita la actuación del guardador dentro de los límites legales que señala el artículo 264 del Código civil”; y concluye que, “En ese caso, el Notario dejará constancia de la imposibilidad de hecho de manifestar y conformar voluntad y de la inaptitud de prestar consentimiento por parte de la persona guardada, debiendo en este supuesto advertir expresamente de que la actuación del guardado queda dentro de los límites del artículo 264, requiriéndose autorización judicial en los casos prevenidos en dicho artículo, si bien, ‘no será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta

que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar””.

Estos extremos no añaden nada a lo que ya dice el art. 264 CC, pero su constatación en el acta puede ser útil en el tráfico jurídico, para disipar dudas de las personas u organismos que deban tratar con el guardador.

Respecto de los elementos de prueba, la Circular se remite al art. 209 del Reglamento Notarial, el cual prevé que “el Notario practicará, para comprobación de la notoriedad pretendida, cuantas pruebas estime necesarias, sean o no propuestas por el requirente”. Concretamente, considera “recomendable, dada la naturaleza de los hechos a probar, la prueba testifical”, precisando que “Los testigos han de conocer al guardador y a la persona apoyada y les debe constar que son ciertos los hechos manifestados por los requirentes, en especial la existencia de la guarda y que se viene ejerciendo adecuadamente”. “Otras pruebas recomendables a practicar —continúa— podrían ser solicitar informe al trabajador social, la obtención de información del Registro Civil o cualesquiera otras pruebas que el Notario considere conveniente”. “No parece aconsejable —concluye— la publicación de edictos a fin de preservar el derecho a la intimidad de la persona con discapacidad”.

En las actas de notoriedad, frecuentemente, se protocolizan los siguientes documentos de prueba: certificado de discapacidad, emitido por el organismo de la Comunidad Autónoma de residencia; certificado de empadronamiento, del que se desprende la convivencia entre los requirentes; fotocopia del Libro de familia acreditativa del parentesco entre ambos; y partida de nacimiento de la persona con discapacidad, de la que resulta la inexistencia de medidas de apoyo judiciales o voluntarias, inscritas o anotadas.

4.3. La posibilidad de instar un auto de declaración de la condición de guardador de hecho a través de un proceso de jurisdicción voluntaria

En la práctica, surgen dificultades con las entidades de crédito, que son renuentes a permitir que el guardador de hecho pueda retirar fondos de una cuenta bancaria de la que es titular la persona con discapacidad. Para constatar que se es guardador de hecho, como ya he dicho, es posible acudir a

un acta de notoriedad y, en los casos de negativa infundada, cabrá instar un auto de declaración de la condición de guardador de hecho frente a la entidad bancaria a través de un proceso de jurisdicción voluntaria.

El AJPI (núm. 3) Córdoba 11 enero 2022⁴⁵ ha reconocido, así, dicha condición respecto de la madre frente a BBK BANK CAJASUR y, en consecuencia, ha declarado que “se encuentra legitimada por ley para realizar respecto de cuentas bancarias de la que su hija sea titular, funciones de administración ordinaria y disposición”.

Ciertamente, resulta paradójico que, siendo la guarda de hecho una medida de apoyo informal, el guardador se vea obligado a acudir a un Juzgado para que se le declare formalmente como tal, a fin de poder realizar una actuación representativa, para la cual está expresamente legitimado por el art. 264.III CC (parece, pues, que asistimos a una suerte de “judicialización” de la “desjudicialización”)⁴⁶.

El AJPI (núm. 5) Córdoba 7 febrero 2022⁴⁷ constata dicha paradoja, al estimar la demanda de reconocimiento de la condición de guardadora de hecho de una hermana. Dice, así, que “la guarda de hecho no precisa de una investidura judicial formal”, pero que la guardadora “se ve necesitada de recabar el auxilio judicial con el objeto de que se reconozca por parte de entes públicos y privados las facultades que ya vienen reconocidas legalmente en aras, única y exclusivamente, a tutelar los intereses de su hermana, cuya discapacidad consta acreditada en autos”; y añade: “Esta cuestión no deja de ser preocupante pues lleva ínsito un desconocimiento e incumplimiento por parte de dichos entes de la nueva regulación legal para la protección de las personas con discapacidad, obstaculizando, entorpeciendo y retrasando que puedan ejercitar sus derechos a través de sus guardadores de hecho”.

⁴⁵ AJPI (núm. 3) Córdoba 8/2022 11 enero 2022, procedimiento Jurisdicción Voluntaria, genérico, 1641/2021.

⁴⁶ En cualquier caso, como dice la SAP León (Sección 1ª) 21 marzo 2022, rec. nº 1105/2021 (ECLI:ES:APLE:2022:489) (si bien respecto de un caso en el que la identificación de los guardadores se realiza en el marco de un juicio de modificación de la capacidad de obrar iniciado bajo la vigencia de la legislación anterior), «como la guarda de hecho no es un cargo jurídico que se deba constituir por el tribunal», la autoridad judicial, se limitará «a dejar constancia de ella para identificar a quienes la ejercen».

⁴⁷ AJPI (núm. 5) Córdoba 8/2022 7 febrero 2022, Prov. Medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad 1030/2021.

Observa que la guardadora de hecho no necesita que se declare judicialmente su condición de tal, a efectos de poder cancelar una cuenta bancaria de su hermana, solicitar los atrasos a los que esta tiene derecho, por la pensión de orfandad que tiene reconocida por el INSS, ni para disponer de la cantidad que le corresponde por un seguro de defunción de Mapfre del que es beneficiaria, porque el Código civil “establece que la guarda de hecho no precisa de una investidura judicial formal para la guarda de hecho ni para los actos descritos”. Sin embargo, dado los obstáculos a los que se enfrenta la demandante para poder ejercer sus funciones, se accede a su pretensión y se le declara guardadora de hecho de su hermana “a todos los efectos legales”.

También en el Documento definitivo, Anexo I, del Grupo de trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria (Cód. EX2201) de 2022, se dice que “Cuando en el expediente de Jurisdicción voluntaria incoado por la solicitud de provisión judicial de medidas de apoyo, tras la entrevista con la persona con discapacidad y la práctica de las pruebas consideradas necesarias, se advierta que existe una guarda de hecho adecuada y suficiente, procedería dictar un auto de archivo del expediente sin adoptar las medidas de apoyo judicial solicitadas”. No obstante (sin duda a efectos prueba de la condición de guardador), se añade que “Es recomendable que ese mismo auto deje constancia de la existencia de una guarda de hecho ejercida por NN en relación a la persona de NN, y reseñar las funciones que el Código Civil atribuye al guardador de hecho”.

Esto es lo que hace la SAP La Coruña (Sección 3ª) 17 julio 2022⁴⁸, que confirma la sentencia que había desestimado la pretensión de constituir una curatela en apoyo de una persona que, según el informe médico forense, “presentaba un deterioro cognitivo grave, en contexto de la enfermedad de SIDA, de carácter crónico, con tendencia a un mayor deterioro, no siendo esperable mejoría, no pudiendo tomar decisiones en relación con su persona y administración de bienes”; y ello, por existir una guarda de hecho, ejercida por una ONG. Sin embargo, considera conveniente la declaración judicial de la condición de guardador de hecho de la referida ONG, “a los meros efectos de acreditar esa condición frente a terceros”, y especifica, con

⁴⁸ SAP La Coruña (Sección 3ª) 17 julio 2022, rec. nº 238/2022 (ECLI:ES:APC:2022:1903).

bastante detalle, los actos que la guardadora puede realizar, sin limitarse a hacer una genérica remisión al art. 264.III CC. Dice, así, que “podrá representar plena y totalmente” a la persona con discapacidad en los siguientes actos: 1) En la obtención y renovación de un certificado digital electrónico de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, a fin de poder realizar gestiones telemáticas en las que sea precisa la utilización de tal medio de identificación y firma. 2) En la gestión, administración y disposición ante la entidad bancaria [en la que a la persona con discapacidad le ingresan la pensión no contributiva]. 3) En las solicitudes de actos médicos, toma de decisiones y en su caso suscripción del consentimiento informado para la realización de intervenciones médicas. 4) En cualquier acto ante la Administración General del Estado y organismos dependientes, como AEAT y la Dirección General de Tráfico, ante la Xunta de Galicia y organismo dependientes, y ante la Administración Local; y en general, en cualquier acto de gestión de los intereses ordinarios de [la persona con discapacidad]”. También lo faculta para realizar un acto, que no es de los comprendidos en el art. 264.III CC, ante la existencia de una necesidad actual de autorización judicial; y ello, sin duda, con la finalidad de evitar que posteriormente tuviera que iniciarse un procedimiento de jurisdicción voluntaria para obtener dicha autorización: “En la aceptación, cobro y suscripción de carta de pago de la herencia de su difunto padre; y, especialmente, para el cobro de una cantidad correspondiente a un seguro, cuya cuota parte ya percibieron sus hermanos”. Concluye: “Cualquier otra necesidad de apoyo representativo puntual que pudiera surgir en el futuro deberá ser solicitada por el cauce del expediente de jurisdicción voluntaria”.

En las “Conclusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas de las secciones de atención a personas con discapacidad y mayores”, de 2021, se afirma que “realizado un proceso de revisión de medida que concluya en el archivo de una tutela, curatela o patria potestad prorrogada o rehabilitada, acordadas con anterioridad a la reforma, por entenderse ahora suficiente y adecuada para la persona la guarda de hecho, dicha resolución constituirá un título acreditativo extraordinario sobre esta institución, así como la propia sentencia que en su día las constituyó”.

5. La improcedencia de constituir una curatela cuando existe una guarda de hecho que funciona adecuadamente (art. 263 CC): existencia de orientaciones jurisprudenciales diversas

Es claro que en la nueva regulación las medidas judiciales de apoyo, en concreto, la curatela tiene un claro carácter subsidiario, por lo que solo procederá constituir una curatela cuando no exista una guarda de hecho que se ejerza adecuadamente (art. 263 CC) y, siempre —claro está— que no se hayan previsto medidas de apoyo de naturaleza voluntaria, pues las “de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona” con discapacidad (249.I CC)⁴⁹.

Sin embargo, esta idea, expresión de la desjudicialización propugnada por la Ley 8/2021, no está siendo acogida por igual en las primeras resoluciones judiciales de instancia, que, en su mayoría, resuelven juicios de modificación de capacidad instados conforme a la anterior legislación, en los que se pedía, por parte de quien ejercitaba la guarda de hecho de un familiar el nombramiento de un tutor⁵⁰.

⁴⁹ Sobre la nueva regulación de la curatela, *vid. in extenso* ALVENTOSA DEL RÍO, J., «El nuevo régimen legal de la curatela», en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (dir.), CHAPARRO MATAMOROS, P. y BUENO BIOT, Á. (coord.), *La discapacidad: una visión integral de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022; como también, de la misma autora, *La Curatela tras la Ley 8/2021*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 145-226; igualmente, PEREÑA VICENTE, M., «La curatela: los nuevos estándares de intervención, nombramiento, remoción y actuación tras la Ley 8/2021», en ÁLVAREZ LATA, N. (coord.), *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, Aranzadi, 2022, pp. 125-159; y RIBOT IGUALADA, J., «La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento», en DE SALAS MURILLO, S. y MAYOR DEL HOYO, M.^a V. (dir.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 215-252 (si bien, en atención al Anteproyecto de Ley del 2018); en particular, respecto de la que va acompañada de facultades de representación, BERROCAL LANZAROT, A. I., «El régimen jurídico de la curatela representativa como institución judicial de apoyo de las personas con discapacidad», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 17, agosto de 2022, pp. 426-497.

⁵⁰ La SAP (Sección 5^a) La Coruña 21 marzo 2022, rec. n.º 651/2021(ECLIES:APC:2022:811), estima el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia, que, acogiendo la demanda inicial de aquel, había constituido una curatela.

En el recurso el Fiscal argumenta que la sentencia recurrida había incurrido en incongruencia esencial, pues, si bien, inicialmente, había pedido la constitución de una curatela, posteriormente, como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, en la vista, había retirado la petición, por lo que la medida judicial de apoyo se había constituido de oficio.

La Audiencia estima adecuado este argumento, afirmando que, «dada la fase procedimental en que nos encontramos y que el Ministerio Fiscal, única parte legalmente legitimada demandante,

5.1. *La tesis de la existencia o inexistencia de una guarda de hecho que funcione correctamente*

Un sector de la jurisprudencia, que parece ir perfilándose como mayoritario, considera que, en tales casos, siendo la guarda de hecho la figura primordial de apoyo de las personas con discapacidad, no procede el nombramiento de un curador con facultades de representación (que sería lo más semejante al antiguo tutor de los incapacitados), sino que lo procedente es que el demandante continúe ejercitando la guarda de hecho, tal y como lo venía haciendo, pidiendo la correspondiente autorización judicial en el caso excepcional de que debiese realizar algún acto representativo distinto de los previstos en el art. 264.III CC⁵¹.

Ello, incluso cuando la persona con discapacidad tiene una encefalopatía anóxica que afecta directamente a su capacidad para tomar decisiones y a su capacidad de autodeterminación⁵²; o un alzhéimer que limita sus funciones psíquicas fundamentales (inteligencia y voluntad), por lo que “se encuentra afectada de forma importante la capacidad de conocimiento y libre deter-

desistió finalmente de su demanda, la conclusión no puede ser otra que la de revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar acordar no haber lugar actualmente a la adopción de medidas judiciales de apoyo a la persona del demandado pedidas en la demanda inicial por haber desistido de la misma la Fiscalía».

⁵¹ La SAP León (Sección 1ª) 21 marzo 2022, rec. nº 1105/2021 (ECLI:ES:APLE:2022:489), se orienta en este sentido, reforzando la decisión de no adoptar medidas judiciales de apoyo en el respeto a la voluntad de una persona de 98 años, con un evidente grado de deterioro físico, cognitivo y personal, que, sin embargo, no carecía de capacidad volitiva y de la posibilidad de tomar decisiones que la afectasen.

Uno de los hijos entendía que la madre se encontraría mejor en un régimen residencial en un centro especializado, mientras que los otros dos, guardadores de hecho, sostenían que lo más adecuado para su madre era que permaneciera en su casa, con el apoyo de ambos y el de la persona que cuidaba de ella durante 24 horas (los hijos que la cuidaban se alternaban los fines de semana para dar descanso a la empleada o buscaban atención profesional, si no podían cuidar de aquella en el fin de semana).

La Audiencia constata que la anciana había manifestado «su preferencia por seguir en su propia casa», lo «que le permitía mantener contacto con sus hijos, y que se encontraba bien atendida tal y como estaba»; y concluye: «Por todo ello, procede mantener el régimen de guarda de hecho actualmente existente, que se ha mostrado eficaz y suficiente y, sobre todo, acorde con los deseos de la demandada, que dejó clara su intención de permanecer en la vivienda; deseos que han sido respetados por quienes ejercen la guarda». En definitiva, no considera «preciso constituir una curatela cuando ya existe una guarda de hecho que, hasta el momento, ha resultado idónea y conforme a los deseos de la persona afectada por la discapacidad».

⁵² SJPI (núm. 5º) Córdoba 346/2021 30 septiembre 2021, Juicio Verbal especial sobre capacidad 8/2021.

minación”⁵³; y, con mayor razón, cuando la hija padece un retraso mental ligero y un trastorno del desarrollo, por el que se le ha reconocido un 58 % de limitación en la actividad, que, sumado a los factores sociales concurrentes, elevan sus limitaciones a un 65 % de discapacidad, “lo que no genera en ella una discapacidad que le impida ejercer adecuadamente su capacidad jurídica por sí misma con la ayuda que ya cuenta de su propia progenitora”⁵⁴; o cuando una anciana de 75 años padece una demencia moderada, por lo que requiere supervisión y ayuda en las actividades funcionales de la vida diaria, careciendo de capacidad para el manejo de dinero⁵⁵; así como en el caso de una persona de 93 años de edad, que sufre un proceso de demencia, de perfil degenerativo y progresivo, que le produce un deterioro cognitivo, por lo que no es capaz “de conocer la realidad, comprenderla y tomar decisiones coherentes con ese conocimiento, especialmente en las áreas de la salud y la economía, precisando por tanto de un apoyo que adopte por ella esas decisiones”⁵⁶.

La SAP Córdoba (Sección 1ª) 22 marzo 2022⁵⁷ confirmó la falta de necesidad de establecer una curatela, porque existía una guarda de hecho, que había “estado funcionando *de facto* durante muchos años y correctamente”, reconociendo la condición de guardadora a una de las hermanas de la persona con discapacidad (de acuerdo con sus preferencias), dado que aquella se dedicaba a su cuidado con mayor intensidad que el resto de los familiares (en la sentencia recurrida se había reconocido tal condición a los padres, que, sin embargo, dada su avanzada edad y las enfermedades que padecían, debían también a ser atendidos). Observa que las necesidades de la persona con discapacidad “no son sino las usuales de una persona con esta situación, supervisión de actos elementales y realizar por él otras para las que no alcanza a tener conocimiento”, y que “No consta la existencia de un patrimonio que precise actos de administración, ni intereses que precisen de

⁵³ SJPI (núm. 5º) Córdoba 343/2021 30 septiembre 2021, Juicio Verbal especial sobre capacidad 295/2021.

⁵⁴ SJPI y Familia Jaén (núm. 6º) 545/2021 22 septiembre 2021, Juicio Verbal especial sobre capacidad 21S/2021.

⁵⁵ SJPI (núm. 7º) Sevilla 561/2021 27 septiembre 2021, Juicio Verbal especial sobre capacidad 1312/2020.

⁵⁶ SAP Cantabria (Sección 2ª) 30 marzo 2022, rec. nº 737/2021 (ECLI:ES:APS:2022:456).

⁵⁷ SAP Córdoba (Sección 1ª) 22 marzo 2022, rollo de apelación 68/2022.

una especial intervención y control de lo que en su nombre se pueda ir realizando por la persona a quien se le encomiende esa actuación”. Concluye: “Se trata por tanto de persona actualmente con 51 años, que lo que precisa es asistencia personal, precisamente la que ha estado teniendo a lo largo de su vida, sin que se haya visto en la necesidad de mayores formalidades, habiendo dado muestras en la entrevista de estar muy comfortable con la situación de la que ha gozado y goza en el presente”.

La SAP Cantabria (Sección 2ª) 31 mayo 2022⁵⁸ consideró improcedente la adopción de las medidas judiciales de apoyo pretendida por los padres de una persona de 18 años, que tenía una discapacidad intelectual media (coeficiente intelectual de 58 y edad mental de 7 años) y a la que se le había reconocido la situación de discapacidad administrativa del 67 % y de dependencia en grado II. Dicha persona requería ayuda en actividades cotidianas no primarias, pero conservaba autonomía para realizar actividades básicas y cotidianas de la vida diaria y tenía una “buena adaptación social y familiar”, precisando, sin embargo, “supervisión para las decisiones de trascendencia personal y para la administración económica y disposición de sus bienes”⁵⁹. Observa que la valoración positiva “sobre la suficiencia y adecuación de la guarda de hecho que sobre la persona con discapacidad realizan sus padres no ofrece ninguna duda para seguir proyectándola en el futuro, pues reside con ellos, le atienden, cuidan y apoyan satisfactoriamente desde su minoría de edad para el desarrollo pleno de su personalidad y para que en el futuro requiera de un menor apoyo y están, en fin, en perfectas condiciones para seguir voluntariamente haciéndolo en el futuro”⁶⁰.

La SAP Cádiz (Sección 5ª) 5 septiembre 2022⁶¹, confirmando la sentencia recurrida, entendió que procedía la desestimación de la demanda de

⁵⁸ SAP Cantabria (Sección 2ª) 31 mayo 2022, rec. nº 830/2021 (ECLI:ES:APS:2022:623).

⁵⁹ Los padres, en el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, habían argumentado que la solución de no adoptar medidas judiciales de apoyo, desembocaría en un «previsible colapso de la Administración de Justicia por la necesidad de interesar constantes autorizaciones de los guardadores al juez». Frente a ello, la Audiencia observa que, con este argumento, «se impugna más una decisión del legislador que el fondo de la decisión judicial» (que fue confirmada en segunda instancia).

⁶⁰ Añade que no hay «conflictiva relación entre los progenitores», «ni existen hechos de los que pueda presumirse su aparición, ni dificultades previas de gestión de la guarda por las circunstancias del guardador de hecho o de la persona con discapacidad».

⁶¹ SAP Cádiz (Sección 5ª) 5 septiembre 2022, rec. nº 529/2022 (ECLI:ES:APCA:2022:2126).

provisión de apoyos, “actualmente innecesaria”, dado que los padres de la persona con discapacidad desempeñaba “con absoluta dedicación y de manera adecuada, la guarda de hecho”. Dice, así, que, desde “el punto de vista asistencial, tiene cubiertas sus necesidades”; y, desde “la óptica de la administración de sus bienes, sus padres gestionan y administran su pensión y la cuenta en la que se ingresa la misma y, desde la misma, abona los gastos correspondientes de la asistencia que recibe, pudiendo, como guardadores de hecho realizar todas las gestiones que son precisas en el Banco”. Tajantemente, concluye que “El presente procedimiento constituye una rémora del régimen de incapacidad que felizmente ha sido superado con la actual reforma, viéndose obligada la familia a instancia de instituciones a la iniciación del mismo cuando, con el devenir del tiempo y el cambio de la legislación, dicha iniciación ha devenido absolutamente innecesaria”⁶².

5.2. *La tesis de la gravedad de la discapacidad que afecta a la persona necesitada de medidas de apoyo*

Sin embargo, existe otra orientación jurisprudencial distinta, existiendo sentencias que, a pesar de la dicción del nuevo art. 263 CC, constituyen una curatela en razón de la gravedad de la enfermedad que padece la persona con discapacidad; y ello, a pesar de existir una guarda de hecho, que funcionaba correctamente.

La SJPII (núm. 4º) Massamagrell 21 septiembre 2021⁶³ sujetó, así, a curatela representativa a una persona de 83 años con Alzheimer y otras patologías “persistentes de carácter psíquico que le impiden en absoluto gobernarse por sí misma”, lo que, según el informe del médico forense, le originaba, de manera continuada e irreversible, “una anulación cuasi absoluta de facultades”. En el acto de la vista se apreció en la misma “un discurso muy

⁶² En los mismos términos se pronuncia la SAP Cádiz (Sección 5ª) 5 septiembre 2022, rec. nº 861/2022 (ECLI:ES:APCA:2022:2152), revocando (en este caso) la sentencia recurrida, que había constituido una curatela con facultad de representación. Fundamenta la revocación en la circunstancia de que la hermana de la persona con discapacidad desempeñaba, «con absoluta dedicación y de manera adecuada, la guarda de hecho, siendo las medidas judiciales acordadas en la primera instancia innecesarias y genéricas a la vista de la actual legislación», no siendo, en definitiva, necesario, constituir una curatela para apoyarla.

⁶³ SJPII (núm. 4º) Massamagrell 21 septiembre 2021, rec. nº 275/2019 (ECLI:ES:JPII:2021:916).

limitado, con falta de respuesta a preguntas sencillas”, reconociendo “que la persona que se encarga de sus necesidades era su hijo Pablo en quien confía”. Dicho hijo, que convivía con él, era, en realidad su guardador de hecho y, según se desprende de sus declaraciones, así como de la del resto de los parientes más próximos, la guarda de hecho funcionaba correctamente. Sin embargo, se le nombró curador de su padre con facultades de representación, con preferencia a la madre, que tenía una edad avanzada y se encontraba sujeta a medidas de apoyo; y ello, “por motivos de mayor disponibilidad temporal existiendo además convivencia, y una manifestada actuación del mismo para ayudar a su padre en las cuestiones médicas, administrativas o económicas”. Respecto a la extensión de la curatela establecida, en la esfera personal, comprendía la facultad de representar a la persona con discapacidad en decisiones relativas al seguimiento del tratamiento médico, traslados a residencias o centros de asistencia, asistencia a centros terapéuticos, ocupacionales, centros de día o asimilados, etc.; y, en la esfera económica, la facultad de representarle en las “decisiones con trascendencia patrimonial que supongan la reducción del patrimonio”, “precisando de autorización judicial expresa para dar dinero a título gratuito, obtener préstamos o financiación, gravar o enajenar inmuebles y el resto de actos previstos en el art. 287 CC”.

La SJPII (núm. 2º) Tafalla 23 noviembre 2021⁶⁴ constituyó también una curatela en apoyo de una persona enferma de Alzheimer, con ceguera parcial bilateral e hipoacusia de intensidad importante; y ello, a pesar de existir una guarda de hecho, ejercida por su sobrina política y una amiga, que había funcionado “de una forma adecuada y atendiendo a los intereses y necesidades de la misma”. Precisamente, nombró, como curadora a la sobrina, anterior guardadora de hecho, como curadora, atribuyéndole facultades de representación, dado que, por la enfermedad que padecía, no es posible “determinar cuáles son su voluntad, deseos y preferencias”, para cualquier tipo de decisión que “quiera adoptar respecto a su persona y patrimonio”.

La SAP Valencia (Sección 10ª) 19 enero 2022⁶⁵, igualmente, estableció una curatela respecto de una persona que sufría un Alzheimer agudo, nom-

⁶⁴ SJPII (núm. 1) Tafalla 23 noviembre 2021, rec. nº 68/2021 (ECLI:ES:JPII:2021:1137).

⁶⁵ SAP Valencia (Sección 10ª) 19 enero 2022, rec. nº 391/2021 (ECLI:ES:APV:2022:111).

brándose curador a su marido de 86 años, a pesar de venir ejerciendo este la guarda de hecho correctamente, desestimando la pretensión de tres hijos de ejercer la medida de apoyo conjuntamente, por entenderse no acreditado “que en el momento actual su edad (86 años) suponga impedimento u obstáculo que le impida el adecuado cumplimiento de las obligaciones que impone el cargo de curador con funciones de representación”.

La SAP Badajoz (Sección 3ª) 27 junio 2022⁶⁶ consideró pertinente mantener una curatela con facultad de representación en apoyo de una persona con Alzheimer, a pesar de existir una guardadora de hecho (nombrada curadora), una hija, que acudía todos los días al domicilio de sus padres, sin que su madre pudiera “sola hacer prácticamente ninguna tarea de la casa ni manejar por ejemplo el dinero de la pensión, 720 euros mensuales” que cobraba. Desestimó el recurso del Ministerio Fiscal, que argumentaba que, existiendo una guarda de hecho que funcionaba correctamente, no procedía la constitución de una curatela. Frente a ello, la Audiencia la consideró necesaria, “sin que sea posible otra solución jurídica más adecuada”, en atención a las circunstancias personales de la madre, sin que “sea suficiente para lograr el desarrollo pleno de la personalidad de aquella y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad el simple mantenimiento de la guarda de hecho, a todas luces insuficiente aquí”.

La SAP Badajoz (Sección 3ª) 10 octubre 2002⁶⁷ revocó la sentencia que había denegado la constitución de la curatela por considerarla improcedente, al existir una guarda de hecho, que, según el juez *a quo*, funcionaba correctamente. Por el contrario, constituyó una curatela representativa en apoyo de una persona, que padecía un Alzheimer y una demencia grave, considerando insuficiente la guarda de hecho para apoyarla, nombrando como curadora a la hija, tanto en la esfera personal, como en la patrimonial. Insiste en la grave situación en la que se encuentra la persona con discapacidad, lo que en la entrevista personal “le ha impedido contestar y comunicarse incluso, no respondiendo a ninguna de las preguntas que se le han realizado, de lo que se deduce su deterioro cognitivo”. Por su parte, su hija “responde que su madre se encuentra actualmente ingresada en un

⁶⁶ SAP Badajoz (Sección 3ª) 27 junio 2022, rec. nº 178/2022 (ECLI:ES:APBA:2022:952).

⁶⁷ SAP Badajoz (Sección 3ª) 10 octubre 2002, rec. nº 247/2022 (ECLI:ES:APBA:2022:1338).

centro adecuado a sus necesidades y que necesita ayuda para todo, pues no come sola, ni casi camina ya”, manifestando “su disponibilidad para hacerse cargo de ella como curadora” y “aclarando a su letrada que necesita este nombramiento para cualquier gestión relacionada con su madre”.

V. LA CURATELA COMO MEDIDA JUDICIAL DE APOYO

La Exposición de Motivos se refiere a la curatela como “la principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad”, explicándose que “El propio significado de la palabra curatela —cuidado—, revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda; por tanto, como principio de actuación y en la línea de excluir en lo posible las figuras de naturaleza representativa, la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial”; pero, con evidente sentido común, se añade que, “No obstante, en los casos en los que sea preciso, será posible atribuir al curador funciones representativas, que solo de manera excepcional y ante casos especialmente graves de discapacidad, podrán tener alcance general” (III).

1. Clases de curatela

Una precisión: la Exposición de Motivos contrapone la curatela “asistencial” a la curatela “representativa”⁶⁸. Sin embargo, desde un punto de vista, puramente conceptual, me parece que cabe diferenciar tres tipos posibles de curatela, en atención a la intensidad jurídica del apoyo que de ella resulta: a) la “estrictamente asistencial”, orientada, exclusivamente, a la asistencia personal cotidiana de la persona con discapacidad y al ámbito de su salud, conservando esta la facultad de actuar en su propio nombre en el tráfico jurídico y sin necesidad —tampoco— de que los actos que realice sean consentidos por el curador; b) la “complementadora” del ejercicio de la capaci-

⁶⁸ Desde luego, como observa PEREÑA VICENTE, M., «La curatela», cit., pp. 144-145, lo que no puede sostenerse es una interpretación que restringiera la curatela asistencial «a un mero acompañamiento», y que, en consecuencia, no permitiese «imponer la necesidad de contar con el asentamiento del curador para determinados actos», de modo que se pasase «de un mero acompañamiento a la representación de la persona solo en circunstancias excepcionales», pues, como dice la autora, ello iría en contra del principio de proporcionalidad.

dad jurídica, que exige el consentimiento del curador a los actos y contratos concluidos por la persona a la que apoya, como requisito de validez de los mismos; y c) la “representativa”, que faculta al curador para actuar, sustitutivamente, en nombre de la persona sujeta a curatela⁶⁹.

Por lo tanto, suprimida la tutela, como regla general, a las personas con discapacidad no se les nombrará ya un tutor que actúe en su nombre, sino, en su caso (cuando no haya medidas voluntarias, como poderes preventivos dados por el propio interesado, o una guarda de hecho que funcione adecuadamente), un curador que les asista y, en su caso, complemente el ejercicio de su capacidad, apoyándoles en el ejercicio de sus derechos, de acuerdo con su propia voluntad y preferencias, o que, excepcionalmente, las represente.

2. La excepcionalidad de la curatela con facultad de representación (remisión)

Conforme al art. 249.II CC, solo “En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación”.

En este punto, con evidente sentido común, el legislador español se aparta de las Observaciones Generales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 19 de mayo de 2014 (en particular, de la Primera de ellas), que se manifiesta en términos tales, de los que es posible deducir que propone la supresión de todo tipo de medidas de apoyo de carácter sustitutivo⁷⁰. Dice, así, que “La obligación de los Estados parte

⁶⁹ No obstante, desde un punto de vista práctico, muchas veces sucederá lo que expone PEREÑA VICENTE, M., «La curatela», cit., p. 145, esto es, existirá «una única curatela en la que el curador tendrá atribuidas diferentes facultades de asistencia o de representación o una mezcla de estas».

⁷⁰ Lo constatan en sentido positivo ARNAU MOYA, F., «Aspectos», cit., pp. 540 y 549; CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., «La curatela: ¿una nueva institución?», en PEREÑA, M. y HERAS HERNÁNDEZ, M.^a

de reemplazar los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva por otros que se basen en el apoyo a la adopción de decisiones exige que se supriman los primeros y se elaboren alternativas para los segundos. Crear sistemas de apoyo a la adopción de decisiones manteniendo paralelamente los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva no basta para cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención” (núm. 28)⁷¹.

Respecto a la exposición de fallos jurisprudenciales en la materia, me remito a lo que se dirá luego, a propósito de los principios de necesidad y proporcionalidad.

3. La inexistencia de una guarda de hecho que no funcione correctamente como presupuesto de constitución de una curatela

La nueva concepción de la Ley 8/2021 en materia de discapacidad, que, como he dicho, consagra el principio de conservación de la guarda de hecho ejercida correctamente, obliga a determinar cuándo la misma no funciona adecuadamente, pues solo entonces procederá la constitución de una curatela.

3.1. Desatención de la persona con discapacidad

Un caso evidente es el que tiene lugar cuando el guardador no presta la asistencia debida a la persona con discapacidad.

La SAP Cádiz (Sección 5ª) 3 junio 2022⁷² contempló el supuesto de una persona que padecía “Corea de Hutchington” y que, según el informe del médico forense, no tenía autonomía personal (era dependiente en vestido y aseo, había que prepararle la comida, darle de comer, no se desplazaba y no sabía la medicación que tomaba), no podía prestar un “consentimiento válido

M. (dir.) y NÚÑEZ NÚÑEZ, M.^a (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 221, o MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «La Observación», cit., pp. 115-116.

⁷¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «La Observación», cit., pp. 114-115, analizando la elaboración del art. 12 de la Convención, observa que la intención de quienes lo redactaron «no era abolir los sistemas de sustitución en la toma de decisiones, sino dejar la puerta abierta a que fueran los Estados quienes decidieran sobre ello».

⁷² SAP Cádiz (Sección 5ª) 3 junio 2022, rec. n° 1385/2021 (ECLI:ES:APCA:2022:1662).

en actos de la vida civil” y carecía de la capacidad de gestionar su patrimonio. Valoró el esfuerzo del guardador de hecho, uno de los hijos de la persona con discapacidad, “para atender y cuidar a su padre dentro de sus posibilidades y pese a la escasa ayuda recibida por parte de sus familiares”, pero constató que no estaban “cubiertas sus necesidades básicas”, pues el padre presentaba un estado higiénico-dietético muy deficiente, las condiciones higiénicas de la casa en la que vivía eran “deplorables”, hallándose, además, en un estado de aislamiento, sin que durante, aproximadamente, cinco años hubiera salido de la vivienda y sin que apenas se levantase de la cama. Por ello, consideró que la guarda de hecho ejercida por la familia no era “la medida idónea para salvaguardar los apoyos necesarios”, confirmando la sentencia recurrida, que había encomendado la tutela a una entidad pública, si bien sustituyendo la tutela por curatela (aplicando ya la Ley 8/2021) y desestimando el recurso del guardador de que se le nombra curador de su padre.

3.2. Desatención del patrimonio

Otro caso claro es el del guardador que descuida la administración del patrimonio de la persona con discapacidad, bien por negligencia, bien por una mala fe extrema, abusando de la confianza de aquel a quien cuida o ejerciendo una influencia indebida sobre su voluntad en su propio beneficio.

En este sentido se orienta el Documento definitivo, Anexo I, del Grupo de trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria (Cód. EX2201) de 2022, que considera que la guarda de hecho no es adecuada cuando existen “abusos del guardador de hecho o influencia indebida del mismo sobre la persona con discapacidad”.

3.3. Existencia de conflictos reiterados

La guarda de hecho no funciona correctamente cuando existen continuos conflictos entre la persona con discapacidad y sus familiares.

A este supuesto se refiere el Documento definitivo, Anexo I, del Grupo de trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a perso-

nas con discapacidad y su aplicación transitoria (Cód. EX2201) de 2022 (puede consultar en línea en el Foro Justicia y Discapacidad en la web del Poder Judicial).

La SJPI (núm. 9º) Castellón de la Plana 23 septiembre 2021⁷³ sujetó a curatela a una persona de 19 años, que estudiaba en una academia un grado de administración, la cual padecía un retraso mental no diagnosticado, alteraciones de la conducta, ansiedad, trastorno de déficit de atención con hiperactividad y antecedentes clínicos psicóticos. La persona con discapacidad reconoció en el acto de la audiencia que precisaba de apoyo, costándole mucho el autocuidado personal y “que si tiene dinero sin que nadie le ayude a administrarlo lo malgasta”. Se constató la existencia de conflictos con el padre (hasta el momento, guardador de hecho), porque, en muchas ocasiones, no aceptaba de forma voluntaria los tratamientos y no sabía gestionar bien las frustraciones y los límites. Se estableció una curatela con carácter asistencial: en la esfera personal, en relación con la correcta realización de las tareas de la vida diaria, sobre el cuidado personal, aseo, alimentación y salud, y, especialmente respecto al consentimiento y cumplimiento de tratamiento; y, en la esfera patrimonial, en orden a que la hija pudiera “administrar su dinero de forma que no pueda dilapidarlo en gastos indebidos y siendo necesaria su intervención en los contratos que realice”, “ayudándole a formar su voluntad correctamente” (incluyendo, pues, la facultad de complemento del ejercicio de su capacidad jurídica). Se nombró al padre como curador, dado que la hija “manifestó que a su madre hacía seis meses que no la veía, que con ella no tiene mucha relación, que sus padres están separados, que su madre también sufre la enfermedad de esquizofrenia y que estaba viviendo con su padre que es quien la ayuda, de forma que quería que fuese su padre quien le apoye en lo que necesite”.

Más extremo es el caso resuelto por la SAP Valencia (Sección 10ª) 20 octubre 2021⁷⁴, relativo a una persona diagnosticada de esquizofrenia paranoide, con abuso de sustancias psicoactivas, cannabis y ludopatía, por lo que, según el informe médico forense, presentaba una disminución importante de

⁷³ SJPI (núm. 9º) Castellón de la Plana 23 septiembre 2021, procedimiento nº 222/2021 (ECLI:ES:JPI:2021:479).

⁷⁴ SAP Valencia (Sección 10ª) 20 octubre 2021, rec. nº 148/2021 (ECLI:ES:APV:2021:3705).

sus facultades intelectuales, de su conducta adaptativa y de su capacidad de entender, así como de su capacidad de independencia personal y social. La Audiencia constituyó una curatela con facultades de representación, nombrando como curador al IVASS, “en atención a las graves dificultades en las que se desarrolla la relación” de la persona con discapacidad “con su familia y que impiden que se puedan hacer cargo su hijo y hermano, respectivamente”. La madre y los hermanos, en efecto, en sus declaraciones, habían puesto de manifiesto todos ellos la imposibilidad actual de convivencia con el demandando, “admitiendo no poder hacerse cargo de su hijo y hermano”.

También la SAP Valencia (sección 10ª) 6 mayo 2022⁷⁵ constituye una curatela, nombrando curadora a la misma entidad pública, en apoyo de una persona que padecía un trastorno límite de la personalidad, un trastorno depresivo crónico y un trastorno explosivo, como consecuencia del consumo de cannabis, cocaína y alcohol. Dice, así, que, “Habida cuenta de la situación en el hogar en el que habita el demandado, y los problemas que plantea la convivencia con sus padres, se considera necesario que el Instituto Valenciano de Atención Social y Sanitaria, organismo encargado de la curatela del demandado a falta de otra persona más idónea para el ejercicio del cargo, habida cuenta de la avanzada edad de los progenitores, procure al demandado una vivienda tutelada, de acuerdo con el deseo del propio apelante, y también el de sus padres”.

3.4. Situaciones de riesgo familiar provocadas por la enfermedad de las personas con discapacidad

Tampoco funciona (o puede funcionar) correctamente la guarda de hecho cuando la enfermedad de la persona con discapacidad provoca una situación de riesgo para los familiares que han asumido o que podrían asumir aquella, de no existir dicha situación.

La SAP Valencia (Sección 10ª) 16 septiembre 2021⁷⁶ conoció del caso de una persona que padecía un trastorno esquizoafectivo y de la personalidad grupo B y consumo tóxico, con alteraciones del comportamiento en rela-

⁷⁵ SAP Valencia (sección 10ª) 6 mayo 2022, rec. nº 808/2021 (ECLI:ES:APV:2022:1877).

⁷⁶ SAP Valencia (Sección 10ª) 16 septiembre 2021, rec. nº 240/2020 (ECLI:ES:APV:2021:3274).

ción a tal consumo, siendo tal patología de carácter crónico y persistente. Como consecuencia de dichas patologías, veía parcialmente afectadas sus facultades de autogobierno y, en fase de descompensación de la enfermedad, podían verse mermadas sus capacidades intelectivas y volitivas. No era consciente de la enfermedad, por lo que era necesario supervisar el tratamiento médico, que incluía ingresos en centros adecuados en épocas de desestabilización. La Audiencia revocó la sentencia de primera instancia, que había incapacitado al demandado, sujetándolo a tutela del IVASS y (de acuerdo ya con la Ley 8/2021) estableció una curatela con facultad de representación, que comprendía la supervisión del autocuidado, del consentimiento para el tratamiento médico y para el manejo de la medicación, y de la supervisión de las actividades económicas, jurídicas y administrativa, pudiendo la persona con discapacidad disponer de dinero de bolsillo (40 euros mensuales). Se constató la existencia de una situación de riesgo familiar, por haberse producido numerosos incidentes violentos, de modo que todos los hermanos estaban asustados, razón por la cual la curatela se encomendó al IVASS. En este supuesto, el demandado estaba de acuerdo con la sustitución de la tutela por una curatela con facultades de representación, pero había pedido que se designara a sus hermanos como curadores, petición que no fue atendida.

3.5. *Tendencia al gasto que no puede controlarse a través de la guarda de hecho*

La guarda de hecho no es adecuada en situaciones de una desmesurada tendencia al gasto, en cuyo caso es conveniente que la eficacia jurídica de los contratos realizados por la persona con discapacidad se subordine a la asistencia de un curador o, incluso, en los casos más extremos, que se le atribuya a este facultades de representación para concluirlos en nombre de aquella, con la finalidad de evitar que pueda dilapidar su patrimonio⁷⁷.

⁷⁷ Hay que recordar que la Ley 8/2021 ha suprimido la figura de la prodigalidad y que, precisamente, una de las desventajas de la guarda de hecho, en relación con la curatela que incluye facultad de complemento del ejercicio de la capacidad jurídica, es la circunstancia de que, en el caso de existencia de guarda de hecho, los contratos celebrados por la persona con discapacidad no pueden ser anulados por la falta de intervención del guardador, como, en cambio, sucede con los concluidos sin la asistencia del curador, cuando la misma fuera precisa (art. 1302.3 CC), debiendo, en su caso,

La SJPI (núm. 9º) Castellón de la Plana 4 octubre 2021⁷⁸ contempló el supuesto de una persona soltera de 35 años, que convivía con sus padres, guardadores de hecho, la cual padecía un trastorno esquizoafectivo con patrón bipolar, lo que le provocaba fases en que presentaba vivencias expansivas con dimensión delirante de tipo megalómano. Durante dichas fases era vulnerable a influencias externas, habiendo sido instrumentalizada económicamente por terceras personas, que la habían inducido a adquirir bienes que luego tuvo que malvender, así como por oportunistas, habiendo podido salir de situaciones comprometidas por la protección de la familia con la que vivía. Por ello, consideró precisa la existencia de un apoyo judicial, para evitar que la persona con discapacidad tomara decisiones e hiciera planes desajustados que pusieran en riesgo su vida y sus bienes, dado que no era consciente de la descompensación que presentaba, mostrando aquella su conformidad con el establecimiento de las medidas de apoyo y aceptando que las asumiera cualquiera de sus progenitores, aunque mostrando su preferencia por el padre. En consecuencia, nombró al padre como curador con

acudirse a la acción de nulidad por falta de consentimiento, si se carece de la capacidad natural de entender y de querer las consecuencias del concreto acto celebrado, o a la de anulación del contrato por error o por dolo, cuyo éxito suscita más dificultades de prueba que la mera circunstancia objetiva, fácilmente constatable, de la falta de intervención del curador.

Sin embargo, esta ventaja de la curatela se circunscribe, según la dicción del vigente art. 1302.3 CC, al supuesto en que sea la propia persona con discapacidad quien demande la anulación del contrato, pues, si es el curador quien lo hace, para que pueda reconocerse legitimación, no bastará con constatar su no intervención, sino que será preciso probar que el otro contratante era «conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta».

Respecto de la anulación por dolo, hay que tener en cuenta que, habitualmente, el dolo se resuelve en un error, es decir, provoca en el declarante un estado psicológico de falso conocimiento de la realidad, determinante de la prestación de su consentimiento, por lo que es usual calificar al dolo como un error provocado por la mala fe de la parte contraria. Sin embargo, lo cierto es que no parece que haya de excluir apriorísticamente la existencia de hipótesis de dolo-vicio, que no sean reconducibles a un error propiamente dicho. De hecho, existen algunas sentencias (ciertamente escasas), en las cuales se aprecia la existencia de dolo concurrente en casos en que uno de los contratantes, abusando de una situación de prevalencia, capta ilícitamente la voluntad del otro (una persona anciana, enferma o aislada socialmente), sin inducirlo a un error en el sentido estricto del término. *Vid.* en este sentido SSTs (Sala 1ª) 13 febrero 1967, 15 julio 1987 (ECLI:ES:TS:1987:8558), 27 febrero 1989 (ECLI:ES:TS:1989:8944) o 28 septiembre 2011, rec. n° 809/2008 (ECLI:ES:TS:2011:6046), la cual anuló por dolo una donación de varias fincas hecha por una anciana octogenaria, cediendo a la presión provocada por un estado emocional creado por su hijo, que pretendía «arrancar» el consentimiento de aquella de forma irreflexiva.

⁷⁸ SJPI (núm. 9º) Castellón de la Plana 4 octubre 2021, procedimiento n° 487/2021 (ECLI:ES:JPI:2021:1531).

facultades de representación: en el ámbito personal, en orden a consentir tratamientos médicos y su internamiento cuando se descompensara de su enfermedad y hasta su estabilización; y, en el ámbito económico, respecto de los actos de administración y disposición económica y celebración de contratos, debiendo solicitar autorización judicial en los supuestos contemplados en el art. 287 CC, no siendo necesario nombrar un curador para el resto de apoyos que precisaba, dado que los efectuaban sus padres, como guardadores de hecho, sin problema alguno.

La SAP (Sección 22ª) Madrid 25 octubre 2021⁷⁹ sujetó a curatela a una persona que padecía un trastorno psicótico no especificado y rasgos paranoides de personalidad, la cual no tenía “conciencia de enfermedad”, por lo que no seguía el tratamiento psicofarmacológico pautado, y, “al no tener conocimiento cierto de la realidad tampoco lo tiene sobre su economía”: en el informe forense de primera instancia se dice que “gastó 20.000 euros en el día a día” y que “puede gastar en un día la mayor parte de la pensión confiando en las ayudas que recibe de su familia”. Revocó la sentencia de incapacitación (dictada con arreglo al régimen legal anterior) y estableció una curatela de carácter asistencial, nombrando como curador al hijo que en primera instancia había sido designado como tutor. Previó la asistencia del curador en el ámbito de la salud de la madre, “en concreto, la asistencia a consultas médicas, el seguimiento del tratamiento farmacológico pautado y cualquier otro que guarde directa relación con ello”; así como en el “ámbito de la administración y disposición de sus bienes, exceptuando el dinero de bolsillo” (facultad de complemento de ejercicio de capacidad).

3.6. *Dificultad para seguir ejercitando la guarda de hecho*

Otro caso que puede determinar la constitución de una curatela es la existencia de una dificultad para seguir desempeñando adecuadamente la guarda de hecho (por ejemplo, la avanzada edad o empeoramiento de salud de quien la ejerce), lo que pueda llevar al guardador a desistir de sus funciones (art. 267.3.º CC).

⁷⁹ SAP Madrid (Sección 22ª) 25 octubre 2021, rec. nº 1808/2019 (ECLI:ES:APM:2021:12716).

La SAP Valencia (Sección 10ª) 20 octubre 2021⁸⁰ constituyó una curatela en apoyo de una persona con un cuadro negativo de esquizofrenia típico, que recibía atención domiciliaria, la cual tenía una conciencia ambivalente de su enfermedad, por lo que no era posible asegurar que siguiera el tratamiento médico, necesitando, además, supervisión para organizar adecuadamente las actividades de la vida diaria. La madre, con quien vivía, era su guardadora de hecho y administraba las dos pensiones que percibía (por orfandad y minusvalía), pero tenía 84 años y necesitaba que su hija mayor acudiera diariamente a la vivienda, para encargarse de hacer la comida, la limpieza y atenderla. En estas condiciones se consideró razonable establecer una curatela, nombrándose como curadora a la hermana mayor (de acuerdo con la preferencia manifestada por la persona con discapacidad).

La SAP Valencia (Sección 10ª) 6 mayo 2022⁸¹ constituyó también una curatela, nombrando al IVASS curador de la persona con discapacidad, “porque ni su madre, ni sus hermanos, se han mostrado con disposición para desempeñar el cargo, aduciendo la madre su edad e impotencia, y los hermanos, la necesidad de un apoyo especializado”.

3.7. Carácter temporal de la residencia en la entidad que ejerce la guarda de hecho

Puede también determinar la constitución de una curatela el carácter necesariamente temporal de la residencia de la persona con discapacidad en la entidad, guardadora de hecho.

La SAP Cádiz (Sección 5ª) 27 octubre 2021⁸² confirmó la sentencia recurrida, que había sujetado a una persona con esquizofrenia paranoide a curatela de la Fundación Gaditana de Tutela, contra su voluntad y el parecer del Ministerio Fiscal para quien la guarda de hecho, ejercida por una institución de salud mental en la que residía, por haber ingresado en ella voluntariamente, “viene a garantizar los apoyos necesarios para la realización de los actos de la vida civil”, conviviendo los fines de semana en el domicilio familiar. En el

⁸⁰ SAP Valencia (Sección 10ª) 20 octubre 2021, rec. nº 265/2021 (ECLI:ES:APV:2021:3743).

⁸¹ SAP Valencia (Sección 10ª) 6 mayo 2022, rec. nº 1409/2021 (ECLI:ES:APV:2022:1877).

⁸² SAP Cádiz (Sección 5ª) 27 octubre 2021, rec. nº 1231/2020 (ECLI:ES:APCA:2021:2247).

informe forense y en la declaración de la psiquiatra que trata ordinariamente a la persona con discapacidad se pone de manifiesto “la necesidad de contar con los apoyos necesarios que garanticen la continuidad del tratamiento que viene recibiendo por motivo de su enfermedad mental”, la parcial conciencia de su enfermedad (con el consiguiente riesgo de abandono del tratamiento) y el carácter provisional del ingreso en la institución sanitaria (que, por protocolo, no puede exceder de dos años), lo que la coloca en situación de no tener dónde ir, “dado el rechazo de su núcleo familiar habida cuenta de los problemas de convivencia con sus familiares relacionados con las fases de descompensación”, cuando abandona el tratamiento, momento en el que surgen “numerosos enfrentamientos y episodios de agresividad” (que dieron lugar a procesos penales por malos tratos y lesiones). En consecuencia, la Audiencia no considera que la guarda de hecho ejercida por la institución sanitaria “sea la medida idónea para salvaguardar los apoyos necesarios que permitan asegurar la efectividad del tratamiento”, ya que se “impone una labor asistencial continuada de supervisión en el seguimiento del tratamiento”, que “sólo mediante el ejercicio de la curatela puede procurarse”.

3.8. *Existencia de un patrimonio, cuya administración requiera la petición de continuas autorizaciones judiciales para realizar actuaciones representativas*

En el Documento definitivo, Anexo I, del Grupo de trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria de 2022 (Cód. EX2201), se afirma que podrá entenderse que la guarda de hecho no es una medida de apoyo suficiente, “cuando, por las circunstancias de la persona con discapacidad, se advierta que va a ser necesaria la solicitud de autorizaciones judiciales por el guardador, para actuar en representación de la persona con discapacidad de forma reiterada, y por ello deberá acudir de modo reiterado al juzgado (p. ej., en caso de patrimonio que por su entidad o cantidad implica una administración superior a la entendida ordinaria)”.

La SAP Cádiz (Sección 5ª) 27 mayo 2022⁸³ afirma que la necesidad de vender la vivienda de una persona con discapacidad, para poder pagar la re-

⁸³ SAP Cádiz (Sección 5ª) 27 mayo 2022, rec. n° 133/2022 (ECLI:ES:APCA:2022:929).

sidencia en la que vive, no justifica la constitución de una curatela, al existir una guarda de hecho, ejercida por sus hijos, que funcionaba correctamente, siendo lo pertinente que los guardadores de hecho pidiesen autorización para realizar la venta en expediente de jurisdicción voluntaria. En consecuencia, revoca la sentencia que había constituido una curatela representativa, nombrando curadora a una de las hijas. En las declaraciones testificales todos los hijos “afirmaron que el motivo de la demanda es que todos los hermanos consideran necesaria la venta del domicilio propiedad de su madre, para hacer frente a los gastos de la residencia, pues con su pensión no es suficiente”.

La SAP Cádiz (Sección 5ª) 17 junio 2022⁸⁴ observa que tampoco era motivo para constituir la curatela solicitada la necesidad de aceptar la herencia a la que estaba llamada una persona con discapacidad, por existir una guarda de hecho, ejercida por su mujer, que funcionaba adecuadamente, sino que lo procedente era que la guardadora de hecho pidiese autorización para aceptar tal herencia en expediente de jurisdicción voluntaria. Revoca, así, la sentencia recurrida, que había constituido una curatela representativa, nombrando curadora a la mujer, que era quien cuidaba de su marido, tanto en el aspecto personal y médico, como en la gestión de su economía, estando autorizada en su cuenta y administrando sus ingresos. En declaración testifical, tanto la mujer, como el hijo, habían afirmado “que el motivo de la demanda es la aceptación de la herencia de la madre del discapaz”.

3.9. *Existencia de un precario estado de salud que requiere tratamientos médicos personalizados a los que la persona con discapacidad, que carece de consciencia de su enfermedad, se niega reiteradamente, reaccionando agresivamente*

Igualmente, es procedente constituir una curatela cuando la persona con discapacidad se encuentra en una situación de salud tal, que necesita continuos tratamientos médicos, que rechaza, con agresividad, al no ser consciente de la enfermedad que padece.

⁸⁴ SAP Cádiz (Sección 5ª) 17 junio 2022, rec. nº 187/2022 (ECLI:ES:APCA:2022:1636).

La SAP Jaén (Sección 1ª) 14 septiembre 2022⁸⁵ se mostró favorable a constituir una curatela con facultad de representación respecto de una persona que, según el informe forense, padecía una “demencia degenerativa primaria asociada a componente vasculo-degenerativo en estadio severo”, con “trastornos cognitivos y conductuales”, que podían “producir estados continuados de incapacidad”, los cuales requerían “de apoyos en las áreas detalladas en sus capacidades adaptativas”, teniendo dicha patología “un carácter evolutivo crónico e irreversible”. La persona con discapacidad se negaba sistemáticamente a recibir todo tipo de tratamiento médico, mostrándose agresiva cuando se intentaba suministrárselo.

Nombró como curador a uno de los hijos, que, de acuerdo, con los demás, había aceptado dejar de trabajar para ocuparse de su padre, sustituyendo en esa tarea a otro de los hermanos, que, hasta ese momento, había ejercido la guarda de hecho, pero que tenía que seguir trabajando. Dice, así, que “la actual situación de guarda de hecho resulta insuficiente ante el delicado estado de salud psíquica del demandado, y aún más en los meritados episodios que viene sufriendo. Sin que pueda conminarse al actual guardador o a quien ahora se postula como tal (el aquí recurrente) a acudir a la autoridad judicial cada vez que su padre necesite tratamiento médico y/o farmacológico y este se niegue al recibirlo, dada la nula conciencia en la materia que padece, suficientemente constatada en las pruebas practicadas como ha quedado dicho. A lo que se añade que la tramitación de un expediente judicial para la obtención de la correspondiente autorización, en cada caso el episodio en que sea preciso, es indudable supondría una dilación o retraso en la necesaria y urgente atención médica y asistencial del [padre], por completo inconveniente dado su estado de salud”.

VI. ALCANCE DE LA VOLUNTAD DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN ORDEN AL ESTABLECIMIENTO Y AL EJERCICIO DE LAS MEDIDAS DE APOYO

La atención a “la voluntad, deseos y preferencias de la persona” con discapacidad como criterio de inspiración de las medidas de apoyo ha plan-

⁸⁵ SAP Jaén (Sección 1ª) 14 septiembre 2022, rec. nº 106/2022 (ECLI:ES:APJ:2022:1123).

teado problemas prácticos, alguno de los cuales han llegado al Tribunal Supremo.

1. Posibilidad de establecer medidas judiciales de apoyo contra la voluntad del afectado

El primero de dichos problemas es el de determinar si es posible establecer medidas judiciales de apoyo en beneficio de una persona que las rechaza expresamente, lo que, obviamente, supone ir en contra de su voluntad⁸⁶.

La STS (Sala 1ª) 8 septiembre 2021⁸⁷ ha resuelto este problema afirmativamente, considerando que es posible adoptarlas, a pesar de la clara oposición de la persona con discapacidad, cuando existe una necesidad asistencial, cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal y una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente, con sus vecinos.

Concretamente, consideró adecuado sujetar a curatela a una persona que sufría el síndrome de Diógenes. Afirma, así que “El trastorno no sólo le provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda”; y añade: “No intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno (mental) no es consciente del proceso de degradación personal que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración de que, si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal”⁸⁸.

⁸⁶ El problema ya se lo planteaba a propósito de la regulación contenida en el Anteproyecto de 2018 (precedente de la Ley 8/2021) DE SALAS MURILLO, S.: «¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 780, pp. 2227-2268.

⁸⁷ STS (Sala 1ª) 8 septiembre 2021, rec. nº 4187/2019 (ECLI:ES:TS:2021:3276).

⁸⁸ El TS invoca otro argumento de carácter procesal, que me parece incuestionable, al constatar que la propia Ley de Jurisdicción Voluntaria, «Al regular como procedimiento común para la provisión judicial de apoyos un expediente de jurisdicción voluntaria (arts. 42 bis a], 42 bis b] y 42 bis c] LJV), dispone que cuando, tras la comparecencia del fiscal, la persona con discapacidad y su cónyuge y parientes más próximos, surja oposición sobre la medida de apoyo, se ponga fin al expediente y haya que acudir a un procedimiento contradictorio, un juicio verbal especial (art. 42

Esta doctrina, favorable a fijar medidas de apoyo en favor de quien las rechaza, cuando es su propia enfermedad la que impide tener conciencia de la necesidad objetiva de establecerlas, es ampliamente seguida por la jurisprudencia de instancia⁸⁹.

La SAP Santander (Sección 2ª) 29 octubre 2021⁹⁰ ha resuelto el caso de una persona con patología dual (esquizofrenia paranoide y consumo de drogas), que sufría un incremento de las alteraciones conductuales con varios ingresos hospitalarios, así como una exposición recurrente a situaciones de riesgo derivadas de una conducta desorganizada (sin domicilios estables, vivía en la calle) con gastos innecesarios y excesivos, desatendiendo su propio bienestar personal (alimentación, tratamientos médicos y seguridad). Ha mantenido la curatela acordada por una anterior sentencia (recaída en otro procedimiento), en orden a la asistencia de las decisiones que afectarían al lugar de residencia, salud y autocuidado y a la gestión de los recursos sociosanitarios o residenciales que le fueran reconocidos; y, en la esfera patrimonial, respecto de la administración o disposición de sus bienes, salvo el manejo de dinero de bolsillo. Dice, así, que “El propósito de abandonar autónomamente el consumo de sustancias tóxicas fuera del centro en el que se encuentra actualmente ingresada —que ha sido verbalizado de manera vehemente por la actora— se patentiza irreal, siendo, una vez más, expresión de la ausencia de una aquilatada percepción de la gravedad y alcance de su afectación”. Ha nombrado como curadora a una fundación ante “la imposibilidad de recurrir al control y a la asistencia de familiares y a la demostrada insuficiencia de la antecedente supervisión externa del curador”.

La SAP Valladolid (Sección 1ª) 2 noviembre 2021⁹¹ ha constituido una curatela de carácter asistencial contra la voluntad de la persona con dis-

bis b]. 5 LJV)»; y añade que «Es muy significativo que la oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo, además de provocar la terminación del expediente, no impida que las medidas puedan ser solicitadas por un juicio contradictorio, lo que presupone que ese juicio pueda concluir con la adopción de las medidas, aun en contra de la voluntad del interesado».

⁸⁹ La misma opinión —que comparto— sigue un importante número de autores, como PEREÑA VICENTE, M., «Una contribución», cit., p. 163, quien afirma que la ley no consagra «el derecho a rechazar los apoyos», pues la oposición del interesado manifestada en el expediente de jurisdicción voluntaria da lugar al procedimiento contencioso.

⁹⁰ SAP Santander (Sección 2ª) 29 octubre 2021, rec. n.º 343/2021 (ECLI:ES:APS:2021:1237).

⁹¹ SAP Valladolid (Sección 1ª) de 2 de noviembre de 2021, rec. n.º 423/2021 (ECLI:ES:APVA:2021:1565).

capacidad, que sufría “un deterioro cognitivo moderado de posible causa mixta degenerativa-vascular, con episodios ansioso-depresivos e ideación delirante de perjuicio (alteración de comportamiento) que puede considerarse persistente y afectante a sus habilidades para desenvolverse de forma autónoma y socialmente adaptada de forma que su suspicacia y desconfianza hacia su entorno determinan un progresivo aislamiento social, destacando asimismo la nula conciencia que tiene del trastorno que padece, de sus evidentes limitaciones físicas y de sus consecuencias, en concreto, no se percata de las graves carencias de seguimiento de un tratamiento médico adecuado a su situación, mayor higiene y más correcta alimentación”. En definitiva, como consecuencia de su enfermedad, la Audiencia considera “algo objetivo” que la situación en que se encuentra “está degenerando en una degradación personal, sin que sea consciente de ello”, lo que hace necesario establecer medidas judiciales de apoyo”. Extiende la curatela al “apoyo y supervisión para realización de las actividades elementales de la vida cotidiana, seguimiento de pautas de alimentación, higiene personal, salud, seguimiento de tratamientos médicos”. Por el contrario, excluye que la curatela deba extenderse a los actos de carácter económico, en atención a la concreta situación de la persona con discapacidad, por no haberse acreditado “que en el momento presente tenga gravemente limitadas sus facultades cognitivas, ni afectada su capacidad de gestión de su patrimonio”.

La SAP Asturias (Sección 5ª) 22 diciembre 2021⁹² ha contemplado el supuesto de una persona que, según el informe médico forense realizado en sede de apelación, “padece un trastorno de la personalidad y mental debido al consumo de opiáceos desde la adolescencia requiriendo de forma permanente tratamiento médico psiquiátrico y de deshabitación; que en su estado actual de aparente normalidad psicopatológica tiene conservada la capacidad para realizar las actividades cotidianas de la vida diaria e instrumental, como el manejo de su exigua pensión, pero que requiere supervisión para actividades”. Ha mantenido la medida judicial de apoyo, pues “sigue presente la necesidad de dotarle de apoyos, pues su trastorno de la personalidad por consumos, tóxicos y el peligro de recaer en ello sigue presente”, precisándose que “En este contexto la medida de apoyo de la cu-

⁹² SAP Asturias (Sección 5ª) 22 diciembre 2021, rec. nº 305/2021 (ECLI:ES:APO:2021:4036).

ratela no debe ser vista por el recurrente como alienante de su persona, todo lo contrario, ejercitada con criterio asistencial, persigue la conservación de ese estado psicopatológico de normalidad que permita al recurrente desarrollarse y participar socialmente como individuo”. Sustituyó, no obstante, la tutela establecida en primera instancia (antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021) por una curatela meramente asistencial, tanto en el ámbito de la salud, como para la realización de actos complejos de carácter patrimonial y administrativo.

Por supuesto, no procederá establecer las medidas judiciales de apoyo, cuando la enfermedad que padece la persona no impida a esta tomar conciencia de su conveniencia o, incluso, necesidad, pero, aun así, en ejercicio de su libertad, decida rechazarlas.

Es ilustrativa la SAP Badajoz (Sección 3ª) 8 octubre 2021⁹³, que consideró improcedente establecer medidas de apoyo respecto de una persona de 41 años que, según los informes médicos aportados, sufría “alcoholismo crónico, con episodios de abstinencia y privación alcohólica, *delirium tremens* y trastorno límite de personalidad, habiendo ingresado en múltiples ocasiones en centros de Salud Mental y Adicciones, tomando medicación para dichos trastornos, además de antidepresivos y ansiolíticos, y habiéndosele concedido un grado de discapacidad del 67 %, por lo que percibe una renta mínima de unos 535 euros mensuales; todo ello “no impide que pueda gobernar su persona y patrimonio por sí misma”. Según el informe forense, “Es consciente de su situación y pronóstico, manifestando intenciones futuras de mejoría y siendo consciente de la dificultad que ello conlleva, tanto por la propia idiosincrasia de su patología como por su historia pasada de fracasos”, comprendiendo “sin dificultades el alcance del procedimiento en el que se encuentra inmersa, manifestando de forma clara su oposición al mismo”, concluyéndose que no existe patología alguna que le impida “gobernar su persona y bienes por sí misma”. En definitiva, la Audiencia entiende que no puede decirse que “esté afectada en su plena capacidad de volitiva, de obrar y decidir por sí misma. Sabe lo que tiene y sabe lo que quiere, asume sus consecuencias y toma las decisiones conforme a esa voluntad y entendimiento”.

⁹³ SAP Badajoz (Sección 3ª) 8 octubre 2021, rec. nº 246/2021 (ECLI:ES:APBA:2021:1318).

También la SAP Palma de Mallorca (Sección 4ª) 17 enero de 2022⁹⁴, en relación con una persona de edad avanzada y con una situación de salud precaria, con serias limitaciones por sus dificultades de movilidad y por la hipoacusia que padece, pero que “es conocedora de su situación y se encuentra capacitada para solicitar las ayudas que precisa y que en la actualidad recibe para el desarrollo de su vida ordinaria, encontrándose en la actualidad correctamente atendida” (una persona de los servicios sociales acude a su domicilio por la mañana durante los días laborables, se le facilita la comida a través de la Cruz Roja y, por la tarde y los fines de semana, tiene contratada una persona que la ayuda). Por ello, la Audiencia no considera justificada la adopción de medidas de apoyo dado que, conforme al art. 249 CC, “las medidas de origen judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate”.

2. La mera voluntad de aceptar medidas judiciales de apoyo no permite constituir las, si no existe una necesidad objetiva de adoptarlas

El segundo de los problemas es, justamente, el contrario del planteado con anterioridad, esto es, si la mera voluntad de la persona con discapacidad, de aceptar las medidas judiciales de apoyo instadas, permite adoptarlas.

La respuesta ha de ser, obviamente, negativa, pues el presupuesto de cualquier medida de apoyo (también el de las voluntarias) es la objetiva necesidad actual (distinta de la mera conveniencia) de acudir a ellas. Como dice el art. 249.I CC, es necesario que “se “precisen” para el adecuado ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, con la finalidad de “permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad”. Cuestión distinta es que, como, a veces sucede, siendo “precisas”, se constate, a mayor abundamiento, la predisposición del afectado a aceptarlas, así como su conformidad a que ejerce la curatela una determinada persona, normalmente, el familiar con el que tiene un mayor trato y confianza.

⁹⁴ SAP Palma de Mallorca (Sección 4ª) 17 enero de 2022, rec. nº 746/2021 (ECLI:ES:APIB:2022:8).

En este sentido se orienta claramente la SAP Badajoz (Sección 2ª) 25 octubre 2022⁹⁵, que confirmó la sentencia recurrida, la cual había desestimado la pretensión de que se constituyera una curatela en apoyo de una persona que padecía una esquizofrenia paranoide, pero que tenía discernimiento, era consciente de su enfermedad y podía desenvolverse con autonomía en los actos corrientes de la vida diaria. La demanda la había interpuesto uno de los hermanos con los que convivía, porque, sin avisar a su familia, ni al psiquiatra que lo trataba, había abandonado su domicilio, trasladándose a su pueblo de origen, donde, además, residían otros dos hermanos. Tras su cambio de domicilio, “mostró actos anárquicos de vida y llegó a abandonar la medicación prescrita para su esquizofrenia. Sin embargo, tras un periodo en que estuvo hospitalizado por un trauma, modificó notablemente sus hábitos y retomó la medicación”. El recurrente consideraba necesaria la constitución de una curatela, porque, según él, el hermano abandonaba frecuentemente la medicación, rompiendo el contacto con los familiares.

Frente a ello, la Audiencia afirma que la esquizofrenia del hermano “no le impide desenvolverse en su vida diaria”, ni, “al menos actualmente, no le impide vivir según sus deseos y preferencias”; y, frente al argumento de que había aceptado la constitución de la curatela, que califica como “una verdad a medias”, observa que “para la adopción de una medida de apoyo, por supuesto cuentan los deseos y preferencias, pero sobre todo prima su necesidad”, de modo que, “Si la medida no está justificada, no procede”. Más adelante, reitera que “una persona que, de forma autónoma, cambia de residencia, se instala en una localidad nueva, forma pareja y se desenvuelve más o menos en las actividades diarias no debe soportar apoyo alguno”. “En estas circunstancias —añade—, no hay fundamento para complemento alguno. Si se conserva la voluntad y la inteligencia no puede pretenderse una necesidad de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica. Ni siquiera cuando una persona pueda representar un potencial peligro para la sociedad por abandonar su tratamiento médico”.

⁹⁵ SAP Badajoz (Sección 2ª) 25 octubre 2022, rec. nº 265/2022 (ECLI:ES:APBA:2022:1369).

3. ¿Existe un interés superior de la persona con discapacidad que puede prevalecer sobre su voluntad?

El tercero de los problemas es decidir si, en las ocasiones que la persona sujeta a medidas de apoyo tiene gravemente mermada su capacidad para tomar decisiones, por padecer una enfermedad de carácter mental, es posible acudir al principio del interés superior de la persona con discapacidad para adoptar decisiones que objetivamente se consideren convenientes para su bienestar, en contra de su voluntad⁹⁶.

⁹⁶ Al respecto existen opiniones contradictorias en la doctrina científica.

Entre los que consideran que la Ley 8/2021 suprime el principio del interés superior de la persona con discapacidad, los hay quienes enjuician esta supresión positivamente, mientras que otros la critican.

Entre los primeros se encuentra GARCÍA RUBIO, M.^a P., «La reforma», cit., p. 56, para quien «en la parte sustantiva de la nueva Ley se ha prescindido absolutamente del criterio del *mejor interés* o *interés superior*» de las personas con discapacidad, que ha dejado de ser guía de actuación tanto para los poderes públicos como para los particulares que actúen como apoyo cuando tengan que intervenir en la toma de decisiones que afecten a las personas con discapacidad». También GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a C., «Paternalismo», cit., p. 48, la cual afirma que «se erradica por completo tanto el interés de la persona discapacitada cuando se haya de valorar la medida de apoyo, su alcance e intervención»; y ello, «Frente a la minoría de edad en la que, aún está vigente el interés superior, para la mayoría de edad ni se cuestiona».

Entre los segundos se sitúa ARNAU MOYA, F., «Aspectos», cit., pp. 558-559, quien considera «un error del legislativo el que no se haya mantenido el principio del interés de la persona con discapacidad por constituir un mecanismo que impide que esta pueda hacerse daño a sí misma», observando que «tendrá que ser la jurisprudencia la que establezca que criterio se ha de seguir cuando la decisión de una persona con discapacidad perjudica gravemente sus intereses personales o patrimoniales». «No obstante —observa—, el legislador en el preámbulo de la nueva ley ha dejado un resquicio abierto para seguir utilizando el principio del interés superior de la persona con discapacidad al decir que «las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas».

Un sector importante de la doctrina, sin embargo, considera pertinente seguir acudiendo al principio del mejor interés de la persona con discapacidad, de manera subsidiaria o complementaria.

ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M., «El régimen de ineficacia en nuestro ordenamiento jurídico tras la Ley 8/2021, de 2 de junio», en PEREÑA, M. y HERAS HERNÁNDEZ, M.^a M. (dir.) y NÚÑEZ NÚÑEZ, M.^a (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 499-500, afirma que debe encontrarse «un equilibrio entre el respeto a la voluntad y preferencias de la persona y aquello que es de su interés»; y ello, «para evitar que la decisión errónea pueda causarle un daño o perjuicio», lo que, en opinión de la autora, «no debe entenderse como un acto paternalista, sino de justicia hacia la persona, con el fin de evitar posibles situaciones de indefensión a la vez que de inseguridad en el tráfico jurídico».

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «La Observación», cit., pp. 121-122, observa que, en el caso de que una persona, «cuyas capacidades volitivas y cognitivas estén afectadas como consecuencia de una discapacidad psíquica», que comprometan gravemente el proceso de formación de su voluntad, en perjuicio de sus derechos, personales y patrimoniales, especialmente, sus derechos fundamentales, «parece no solo oportuno, sino necesario prescindir de la voluntad, por muy claramente expresada

El problema surge porque el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en sus Observaciones, de 19 de mayo de 2014 (más, concretamente, en la Primera) ha declarado que “El principio del *interés superior* no es una salvaguardia que cumpla con el artículo 12 [de la Convención] en relación con los adultos, afirmando que “El paradigma de *la voluntad y las preferencias*” debe reemplazar al del *interés superior* para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás” (núm. 21)⁹⁷.

Sin embargo, no es esta la posición que ha seguido la STS (Sala 1ª) 6 mayo 2021⁹⁸, que ha considerado procedente someter a curatela a una persona que sufría una esquizofrenia paranoide, en atención a su enfermedad, que le había provocado un grado parcial de autonomía limitada. Al sistematizar los principios inspiradores de la regulación contenida en la Ley 8/2021 (aunque todavía no se hallaba en vigor), se refiere al “principio del interés superior de la persona con discapacidad”, que explica del siguiente modo: “El interés superior del discapacitado se configura como un principio axiológico básico en la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de las medidas de apoyo, que recaigan sobre las personas afectadas. Se

que esté, y aplicar el criterio de la mejor protección de sus derechos»; y concluye: «el problema, por lo tanto, no es el de las decisiones erróneas (el *derecho* a cometer errores), sino el de las decisiones perjudiciales, a partir de una determinada intensidad del perjuicio: otra cosa sería dejar desatendida (desprotegida) a una persona especialmente vulnerable».

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., «La curatela», cit., p. 225, entiende que «abandonar completamente el criterio del *mejor interés* no conduce a nada positivo, porque en muchas ocasiones será imposible conocer cuál es la voluntad de la persona que precisa apoyos» y, en estos casos, «se necesita contar con un criterio absolutamente objetivo, el interés de la persona protegida, esto es, lo que mejor convenga a sus intereses personales y patrimoniales».

PEREÑA VICENTE, M., «Una contribución», cit., pp. 167-168, pone de manifiesto que la Ley 8/2021 no ha excluido expresamente el principio, lo que hubiera hecho, si hubiera sido esta la voluntad del legislador. Entiende que «se deberá atender a la voluntad de la persona como criterio o estándar de intervención y actuación preferente y prioritario siempre que sea posible y únicamente, cuando no sea posible, se recurrirá, subsidiariamente y de modo excepcional al criterio del mejor interés»; y se pregunta: «En qué otro criterio podrá sino basarse cualquier intervención o actuación de la autoridad judicial o de la persona que ejerce la medida de apoyo en los casos aludidos?»

⁹⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «La Observación», cit., pp. 118-119, afirma que el Comité «hace una lectura sesgada y parcial del art. 12 de la Convención», porque el precepto «menciona expresamente los intereses de las personas con discapacidad en su número 4», al prever que «las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas», por lo que queda claro que estos intereses «no solo pueden, sino que deben ser tomados en consideración, porque así lo dispone expresamente la Convención».

⁹⁸ STS (Sala 1ª) 6 mayo 2021, rec. n° 2235/2020 (ECLI:ES:TS:2021:1894).

configura como un auténtico concepto jurídico indeterminado o cláusula general de concreción, sometida a ponderación judicial según las concretas circunstancias de cada caso. La finalidad de tal principio radica en velar preferentemente por el bienestar de la persona afectada, adoptándose las medidas que sean más acordes a sus intereses, que son los que han de prevalecer en colisión con otros concurrentes de terceros”.

A mi parecer, es claro que, cuando una persona tenga afectada su capacidad para formar libremente su voluntad, por sufrir una enfermedad que le impida tomar conciencia del estado en que se halla y comprender que necesita la ayuda que rechaza, será posible, en su interés, adoptar decisiones que contraríen sus deseos. En definitiva, será necesario acudir a un parámetro objetivo, que, obviamente, no estará basado en “la voluntad, deseos y preferencias de la persona” con discapacidad. Ahora bien, a estos efectos, en vez de recurrir a un principio que categoriza a una clase de personas, las que sufren una discapacidad, quizás, sería más conveniente invocar el principio constitucional, de alcance general, de dignidad de la persona (art. 10.1 CE) (de toda persona), que trasciende a su pura voluntad. No puede olvidarse que, conforme al nuevo art. 249.I CC las “medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales”, cuyo disfrute ha de ser especialmente amparado por los poderes públicos a los que sufren una discapacidad (art. 49 CE).

Con mayor razón, será necesario acudir a parámetros objetivos de actuación, cuando la persona con discapacidad no hubiera tenido nunca la oportunidad de formar libremente su voluntad, por padecer una enfermedad de nacimiento que excluya su capacidad de discernimiento⁹⁹.

Ciertamente, para el caso de que hubiera perdido posteriormente dicha capacidad, o como dice el art. 249.III CC, “no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona”, según prevé el mismo precepto, para el ejercicio de las funciones de representación, “se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración,

⁹⁹ Lo constatan MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «La Observación», cit., p. 120; y SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., «Aspectos generales», cit., p. 41.

con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación”.

Sin embargo, esta previsión legislativa no excluye de manera absoluta la necesidad de acudir a criterios objetivos en defensa de la dignidad y derechos fundamentales de la persona con discapacidad, pues, dejando aparte la dificultad de decidir qué es lo que habría querido actualmente, si hubiera podido formar y expresar su voluntad libremente, será raro que pueda averiguarse cuál hubiera sido su presunta voluntad para todas y cada una de las actuaciones que deban realizarse en su interés.

VII. LOS PRINCIPIOS DE NECESIDAD Y DE PROPORCIONALIDAD

Conforme al art. 249.I, *in fine*, CC, las medidas de apoyo “deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad”, lo que significa que deben ser las estrictamente necesarias para garantizar que, en el caso concreto, la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica.

El art. 268.I CC prevé que “Las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias”, lo cual, sin embargo, debe entenderse, sin perjuicio de lo ya dicho, respecto a la posibilidad de acudir al principio constitucional de dignidad para adoptar decisiones contrarias a los deseos de la persona a quien se quiere proteger, cuando la misma tenga gravemente afectada su capacidad de discernimiento.

No puede dejar de evidenciarse que los principios de proporcionalidad y de necesidad eran ya aplicados por la jurisprudencia anterior a la publicación de la Ley 8/2021, a través del llamado principio de flexibilidad, plasmado en la doctrina del “traje a medida”, que llevó a considerar que la tutela (entonces siempre representativa) solo debía constituirse cuando la curatela

(que era meramente asistencial y, en su caso, complementadora de capacidad) no fuera suficiente para atender a las necesidades del incapacitado¹⁰⁰.

La STS (Sala 1ª) 18 julio 2018¹⁰¹ dijo, así, que “El juicio sobre la modificación de la capacidad no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la discapacidad, lo que se plasma en su graduación. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Estamos, en definitiva, ante lo que esta sala ha calificado como traje a medida”.

1. El carácter subsidiario de la curatela, en general, y de la representativa, en particular

La constitución de la curatela —como ya se ha dicho— es una medida excepcional, esto es, en defecto de medidas de carácter voluntario y de existencia de guarda de hecho que funcione adecuadamente.

Se explica, así, que “La autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad” (art. 269.I CC).

Con mayor razón, será más excepcional, la constitución de una curatela con facultad de representación, de modo que “Sólo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad” (art. 269.III CC). Ello sucederá cuando, “pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona” (solo, en este caso, se considerará necesario y proporcional el establecimiento de una curatela

¹⁰⁰ Sobre esta cuestión puede verse GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «La contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al diseño del nuevo sistema de protección previsto en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 21 de septiembre de 2018», en DE SALAS MURILLO, S. y MAYOR DEL HOYO, M.ª V. (dir.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 367-383.

¹⁰¹ STS (Sala 1ª) 18 julio 2018, rec. n.º 4374/2017 (ECLI:ES:TS: 2018:2805).

representativa), debiendo ejercitarse la facultad de representación, teniendo “en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación” (art. 249.III CC)¹⁰².

La SAP Valencia (Sección 10ª) 20 octubre 2021¹⁰³ revocó la sentencia (también dictada antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021), que había incapacitado parcialmente a una persona con un cuadro afectivo, vinculado a un trastorno depresivo mayor recurrente y a otro, de ansiedad generalizada grave, de evolución crónica y prolongado en el tiempo, que podía presentar descompensaciones agudas recurrentes, imprevisibles temporalmente. “Sus capacidades de autogobierno requieren de ligera supervisión de terceras personas, siendo autónomo para la mayoría de las actividades”. Por ello, la Audiencia consideró procedente establecer en favor de la persona con discapacidad una curatela (encomendada al IVASS), pero, con carácter meramente asistencial, excluyendo que, en este caso, pudiera tener carácter representativo, pues “es posible determinar la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona demandada, a tenor de sus manifestaciones hechas en la vista de apelación”, y, además, es “la medida más adecuada y proporcionada” para “procurar la adecuada toma de medicación y el seguimiento del tratamiento médico prescrito” y para supervisar “los actos patrimoniales de mayor trascendencia, que son los de naturaleza económica enunciados en el artículo 287 del Código Civil” (encomendando, pues, al curador también una función de complemento de ejercicio de la capacidad).

En definitiva, la curatela será representativa, cuando, por no poder conocerse la voluntad de la persona con discapacidad, no pueda complementarse, siendo, por lo tanto, necesario acudir a una actuación sustitutiva.

La SJPI (núm. 7º) Guadalajara 27 octubre 2021¹⁰⁴ contempló el supuesto de una persona que padecía un deterioro cognitivo grave secundario y demencia mixta, patología, que, a juicio del informe forense, le incapacitaba

¹⁰² Por eso, como observa CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., «La curatela», cit., p. 230, no estamos ante una «vieja tutela con otro nombre».

¹⁰³ SAP Valencia (Sección 10ª) 20 octubre 2021, rec. nº 45/2020 (ECLI:ES:APV:2021:3651).

¹⁰⁴ SJPI (núm. 7º) Guadalajara 27 octubre 2021, rec. nº 136/2021 (ECLI:ES:JPI:2021:2537).

para regir sin apoyos, tanto su persona, como sus bienes. Las limitaciones fueron constatadas en la exploración judicial que se practicó, “en la que se mostró desorientada, manifestando desconocer los aspectos más básicos de su vida, como el número de hijos que tiene”. Por ello, se procedió al establecimiento de curatela representativa en favor de una fundación pública, “ante la existencia de serios conflictos entre las dos hermanas”, extendiéndose la misma a “los actos de carácter patrimonial y económico, de naturaleza contractual y administrativa, así como para los actos de carácter personal y en particular, los actos que sean necesarios para asegurar el control del tratamiento médico prescrito por los facultativos para sus enfermedades, así como los necesarios para proceder al ingreso hospitalario o internamiento en centro adecuado a sus circunstancias si fuera oportuno, cuando su estado o su salud así lo requieran, siempre mediando la previa autorización judicial, y en la gestión de su patrimonio”.

No obstante, procederá también constituir una curatela con facultades de representación, cuando la persona pueda expresar su voluntad (y, por lo tanto, conocerse), pero la misma no pueda formarse libremente, por sufrir una enfermedad que anule gravemente su facultad de discernimiento, y sea necesario acudir a ella para proteger su salud o patrimonio¹⁰⁵: no hacerlo así, invocando el llamado “derecho a equivocarse” de la persona con discapacidad es desconocer la circunstancia de que, se quiera, o no, hay enfermedades, que comprometen la aptitud natural de entender y querer de quienes las padecen, cometiendo —en palabras del TS— una “crueldad social”, contraria al principio constitucional de dignidad de la persona¹⁰⁶.

¹⁰⁵ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Comentario al art. 2. Veintitrés. Artículo 270 CC», en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, Aranzadi, 2021, observa que habrá que constituir una curatela con facultades de representación «cuando la asistencia como modo de apoyo sea insuficiente para la persona que, por sus circunstancias personales, sociales y comunitarias, se encuentra en una situación de imposibilidad para desarrollar su propio proceso de decisión, pues éste no culmina en la conformación de una voluntad libre, a pesar de ser informada y apoyada en su comprensión y razonamiento».

¹⁰⁶ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., «La curatela», cit., p. 224, se refiere «al presunto derecho a equivocarse», que, «téóricamente, también se nos reconoce en el caso de que adquiriésemos en el futuro cualquier discapacidad»; y prosigue: «Obviamente, todos nos equivocamos, pero la cuestión es que hay momentos en la vida en que somos capaces de advertir nuestros errores, y otros que no, porque precisamente nos falta esa capacidad de entendimiento y análisis».

La SAP La Coruña (Sección 5ª) 22 diciembre 2021¹⁰⁷ constituyó una curatela con facultades de representación en favor de una persona que presentaba un cuadro psicótico de tipo delirante, considerándose probado que “no tiene conciencia de su enfermedad psíquica y reconoce haber ayudado económicamente a diversas personas, pero sin ver la trascendencia tan perjudicial para sí de tales actos y préstamos bancarios de miles y miles de euros debido a su trastorno, siendo su altruismo claramente patológico por dicha causa”, por lo que resulta claro que es necesaria la constitución de una “curatela con funciones representativas, por ser el único modo de evitar los perjuicios y proteger los intereses personales y económico patrimoniales”, “a la vista de la enfermedad que padece, su carencia de conciencia de la misma, la necesidad de tratamiento, la sangría económica ya comentada por dicha causa”.

2. La curatela “estrictamente” asistencial en el ámbito de la salud

Existe la posibilidad de constituir una curatela “estrictamente asistencial”, encaminada a la asistencia personal cotidiana de la persona con discapacidad y al ámbito de su salud.

Es lo que sucedió en el caso resuelto por la célebre STS (Sala 1ª) 8 septiembre 2021¹⁰⁸, que estableció, en apoyo de una persona con síndrome de Diógenes, una curatela “de carácter esencialmente asistencial consistente en que la entidad designada curadora realice, por una parte, los servicios de limpieza y orden de su casa”, “estando, para cumplir esta función, autorizada a entrar en el domicilio con la periodicidad necesaria; y, por otra, asegurar la efectiva atención médico-asistencial [de la persona apoyada], en lo que respecta al trastorno que padece y lo que guarde directa relación [con ella]”.

Así lo hizo también la SAP Valencia (Sección 10ª) 16 septiembre 2021¹⁰⁹, respecto de una persona que padecía un trastorno mental grave del espectro de la esquizofrenia y otros trastornos psicóticos, que le producían un

¹⁰⁷ SAP La Coruña (Sección 5ª) 22 diciembre 2021, rec. n° 413/2021 (ECLI:ES:APC:2021:2903).

¹⁰⁸ STS (Sala 1ª) 8 septiembre 2021, rec. n° 4187/2019 (ECLI:ES:TS:2021:3276).

¹⁰⁹ SAP Valencia (Sección 10ª) 16 septiembre 2021, rec. n° 240/2020 (ECLI:ES:APV:2021:3273).

deterioro de las funciones psicológicas básicas (pensamiento, afectividad y capacidad ejecutiva). Revocó la sentencia de primera instancia (dictada antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021), que había incapacitado a la demandada, sujetándola a tutela. Por el contrario, la Audiencia nombró como curador, meramente asistencial, al Instituto Valenciano de Atención Social y Sanitaria (IVASS), sin atribuirle facultades de representación, al ser posible determinar la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona demandada, a tenor de sus manifestaciones hechas por ella en la vista de apelación, respondiendo con claridad y precisión a las preguntas que se le realizaron. Así mismo, precisó que el objeto de esa medida de apoyo no comprendería actuaciones de carácter patrimonial, porque la persona con discapacidad no tenía bienes, y contaba con unos modestos ingresos de 380 euros al mes, que podía administrar ella misma, sin necesidad de asistencia, sino que abarcaría, exclusivamente, las cuestiones relativas al tratamiento médico y a la toma de la medicación pautaada, así como a su situación social y económica. Justifica el nombramiento como curador del IVASS en la circunstancia que la persona con discapacidad carecía de allegados que pudieran ejercer con garantías esta medida de apoyo, porque no tenía familiares en España, ni mantenía contacto con los que vivían en Colombia.

La SAP (Sección 4ª) Murcia 8 octubre 2021¹¹⁰ revocó la sentencia (dictada antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021), que había sujetado a tutela a una persona que padecía una esquizofrenia paranoide, la cual, al haber abandonado su medicación, había tenido que ser ingresada hospitalariamente en diversas ocasiones, nombrando para el cargo de tutor a una fundación, a la que había encomendado el cuidado de la persona y la administración de sus bienes. Reconoce que la esquizofrenia provoca “una clara necesidad asistencial, cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal”, lo que justifica “la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado”, “pues cuando no está controlada la administración de medicamentos, se descompensa, con un grave deterioro de su estado mental y de los cuidados de su propia persona y entorno”. De acuerdo con la nueva regulación, suprime la tutela, pero no establece

¹¹⁰ SAP Murcia (Sección 4ª) 8 octubre 2021, rec. nº 2296/2019 (ECLI:ES:APMU:2021:2429).

una curatela con facultades de representación, sino una curatela meramente asistencial a cargo de la misma fundación y, exclusivamente, para apoyar a la persona con discapacidad en la aplicación de su tratamiento médico y farmacológico (apoyo, supervisión y evolución del mismo, así como supervisión del estado de salubridad de la vivienda), reconociendo, en cambio, a aquella el pleno ejercicio de la capacidad para administrar sus bienes, al haber quedado probada su correcta actuación en este ámbito.

No obstante, hay que observar que este tipo de curatelas “estrictamente asistenciales” tienen un ámbito, que es el que naturalmente corresponde al guardador de hecho, por lo que, si existe una guarda de hecho que funciona correctamente, lo procedente, de acuerdo con la legislación vigente, será mantenerla, no constituir una curatela. Nada impide que la guarda de hecho pueda ser ejercida por una persona jurídica, siempre que no exista una relación contractual, en cuya virtud se presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a quien precise el apoyo (art. 249.VIII CC). De hecho, es posible que las Fundaciones Tutelares puedan aprovechar el procedimiento de revisión previsto en las Disposiciones Transitorias de la Ley 8/2021 para convertirse en guardadoras de hecho de las personas con discapacidad de las que originariamente tenían la tutela, que de momento —como se ha dicho— se rige por las normas de la curatela representativa (Disposición transitoria 2ª, I), solicitando su extinción para que “se adopte una forma de apoyo más adecuada para la persona sometida a curatela” (art. 291.II CC).

3. La posibilidad de constituir curatelas mixtas: asistenciales, en el ámbito de la salud; y representativas, en el de los actos complejos de carácter económico

Aún llegado al punto en que sea necesario constituir una curatela con facultades de representación, no es necesario que lo sea en todo caso, pudiendo tener carácter mixto¹¹¹. Es decir, asistencial, en el ámbito de la salud; y representativa, en el de los actos complejos de carácter económico.

¹¹¹ Esto se halla en la línea de «flexibilización» de la figura del curador que propugnaba PEREÑA VICENTE, M., «Derechos fundamentales», cit., p. 14, superando la dicotomía entre actuación

La SAP La Coruña (Sección 3ª) 11 noviembre 2021¹¹² constituyó, así, una curatela asistencial, respecto de la toma y control de la medicación, ejercida por la Asociación que dirigía el piso tutelado; y representativa, respecto de los actos de disposición o gestión patrimonial, salvo el dinero de bolsillo (30 euros semanales), ejercida por la Fundación Gallega para la Tutela de Adultos. En el caso enjuiciado, se trataba de una persona, que, según el médico forense, estaba diagnosticada “de esquizofrenia paranoide desde el año 2008, con 4 ingresos en la unidad de agudos del servicio de psiquiatría, precisando de ayuda de forma constante, supervisión y estímulo para las labores de la vida cotidiana, con una mala gestión de la economía doméstica”.

La SAP Asturias (Sección 5ª) 1 diciembre 2021¹¹³ llegó a una solución semejante respecto de una persona internada en centro geriátrico con un padecimiento de deterioro cognitivo, por causa mixta, con deficiente manejo de su autocuidado, salud y alimentación. Estableció una curatela ordinaria, limitada a decidir sobre su lugar de residencia y a prestar consentimiento para tratamientos médico, quirúrgicos o psiquiátricos; pero con facultades de representación respecto de aquellos actos de carácter patrimonial para cuya realización el curador con facultades de representación necesita autorización judicial (los comprendidos en los números 2º al 9º del art. 287 CC), porque su “discapacidad le impide decidir de modo pleno sobre cualquier acto de disposición patrimonial que exceda del dinero de bolsillo”, así como para al ejercicio de acciones judiciales concretas.

La SAP Madrid (Sección 24ª) 20 diciembre 2021¹¹⁴ constituyó igualmente una curatela mixta en apoyo de una persona “con discapacidad intelectual ligera y disfunción motórica secundaria a hipoxia cerebral que cursa con carácter crónico, permanente e irreversible, por lo que necesita apoyos salvo para la realización de las actividades básicas de la vida diaria, si bien en algunas se requiere supervisión”. La curatela representativa fue encomen-

representativa y de complemento, que, con anterioridad a la reforma de 2021, eran, respectivamente, propias del tutor y del curador. Advertía, así, que, «en muchos casos, es la combinación de diferentes funciones la que permite que la medida sea adaptada a las circunstancias de la persona».

¹¹² SAP La Coruña (Sección 3ª) 11 noviembre 2021, rec. nº 526/2021 (ECLI:ES:APC:2021:2586).

¹¹³ SAP Asturias (Sección 5ª) 1 diciembre de 2021, rec. nº 263/2021 (ECLI:ES:APO:2021:3929).

¹¹⁴ SAP Madrid (Sección 24ª) 20 diciembre 2021, rec. nº 156/2020 (ECLI:ES:APM:2021:14902).

dada a la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos (AMTA) respecto de la realización de actos significativos de carácter patrimonial y del control del seguimiento médico de tratamientos no banales. La curatela meramente asistencial fue asignada al padre para “la supervisión de las tareas de autocuidado y del cuidado diario y responsable en la convivencia y actividades diarias” de la hija, “al considerarse beneficioso que resida con él y su familia”; para “consentir tratamientos médicos leves, o pruebas diagnósticas relacionadas con los mismos incluida la vacunación, seguimiento de pautas alimenticias saludables y suministro y control de la medicación pautada”; y “para la gestión responsable de la cantidad que AMTA le entregue para atender los gastos y necesidades” de la hija.

4. La apreciación de la necesidad en el momento en que se pretenden establecer las medidas judiciales de apoyo

La necesidad ha de ser apreciada en atención a la situación actual de la persona, no, en atención a circunstancias pasadas o riesgos futuros.

La SAP La Coruña (Sección 4ª) 8 octubre 2021¹¹⁵ conoció del caso de una persona de 77 años, de movilidad reducida (usaba silla de ruedas), que vivía en un centro de mayores, la cual, cuando todavía residía en su casa, había sufrido un episodio psicótico con ideas delirantes de tipo persecutorio (personas que entraban en su casa para cambiarle las cosas de sitio o robar, conspiraciones para hacerle daño a ella y a su familia mediante contaminación nuclear o brujería), a raíz del cual fue ingresada durante 20 días en el servicio de Psiquiatría de un Hospital, refiriéndose en el informe de alta hospitalaria dos antecedentes similares de la paciente durante su vida en un país extranjero, al parecer sin ingreso hospitalario, respondiendo favorablemente al tratamiento hospitalario y aceptando la medicación inyectable periódica que los médicos le prescribieron (el diagnóstico final fue de trastorno delirante). La Audiencia revocó la sentencia que había sujetado a curatela a la persona con discapacidad y había nombrado para el ejercicio de la misma a uno de los hijos (que, como defensor judicial de la madre, se había opuesto a la medida) en los ámbitos referentes a su salud y a la realización

¹¹⁵ SAP La Coruña (Sección 4ª) 8 octubre 2021, rec. nº 547/2021 (ECLI:ES:APC:2021:2310).

de actos patrimoniales de alcance significativo. Entiende, por el contrario, que la madre “no precisa actualmente que se adopten medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica”; su “minusvalía física la hace, sin duda, dependiente de la ayuda de terceros para la realización de actividades cotidianas, para las que recibe asistencia profesional y directa del personal de la residencia donde actualmente vive, e indirectamente mediante el contacto habitual que mantiene con sus dos hijos”, pero, en el aspecto intelectual y cognitivo, no se aprecian “indicios de que tenga limitada su capacidad para la toma de decisiones que afecten a su esfera personal y patrimonial”; “la persistencia a modo de ‘recuerdos’ de ideas delirantes generadas durante un anterior episodio psicótico no tiene por qué limitar la capacidad de una persona para adoptar decisiones en ámbitos no condicionados por el delirio”; “ni siquiera es un riesgo valorable, en este caso, el de una descompensación futura”, porque la interesada “vive actualmente en un ámbito controlado y ha evolucionado satisfactoriamente desde el último episodio psicótico que padeció hace ya tres años”.

La SAP León (Sección 2ª) 28 octubre 2021¹¹⁶ confirmó la sentencia recurrida, que reintegraba la plena capacidad de la persona, la cual había tenido adicción al juego y al alcohol. Según el Médico Forense no existen “alteraciones de las bases mentales superiores que sustentan el gobierno de su persona y bienes”, concluyendo que, “a fecha de exploración, no padece la alteración cognitiva que motivó la adopción de medidas judiciales de protección de su persona”. Desestimó el argumento de la apelante de que “si no bebe y juega es precisamente porque se encuentra controlado en la Residencia y porque no dispone de dinero, y que si toma la medicación que tiene prescrita, es porque se la dan, y, en definitiva, que en cuanto consiga su independencia volverá a sus hábitos anteriores”. Concluyó que carece de justificación mantener medidas judiciales de apoyo, “cuando no padece la alteración cognitiva que motivo la adopción de medidas judiciales de protección de su persona y bienes”, “máxime cuando las medidas que se adopten en relación a las personas con discapacidad, han de estar adaptadas a las circunstancias de la persona, y ser aplicables en el plazo más corto posible”.

¹¹⁶ SAP León (Sección 2ª) 10 octubre 2021, rec. nº 233/2021 (ECLI:ES:APLE:2021:1441).

La SAP La Coruña (Sección 3ª) 20 octubre 2021¹¹⁷, en relación con una persona con trastorno bipolar de tipo I, ha suprimido la curatela establecida en favor del hermano a los únicos efectos del control de su medicación y, en su caso, supervisión médica, contra el parecer del propio hermano y del médico psiquiatra que la venía atendiendo desde hacía unos meses. Resalta la falta de constancia de que la persona enferma hubiese abandonado voluntariamente el tratamiento en alguna ocasión: acudía cada catorce días al centro de salud para ser inyectado, retiraba la medicación pautaada y tenía frecuentes consultas con el psiquiatra, residiendo, además, con su hermano en un medio rural, y tenía a su primo viviendo a unos cientos de metros; es decir, “tiene toda una red familiar y médica de apoyo que hace totalmente innecesario un sometimiento a controles especiales”; y la “posibilidad más o menos remota a que en un futuro pudiera producirse una descompensación no justifica, con la actual legislación, el sometimiento a ningún tipo de régimen de apoyo”, máxime, “cuando, en cualquier caso, tiene a sus familiares cercanos que asumirían inmediatamente una guarda de hecho, por lo que en ningún caso procedería una curatela”.

La SAP Badajoz (Sección 2ª) 25 octubre 2022¹¹⁸ ha desestimado la pretensión del hermano que padecía una esquizofrenia de que constituyera en beneficio del mismo una curatela, argumentando que, en ocasiones, abandona el tratamiento médico. Sin embargo, lo cierto es que la persona enferma “tenía discernimiento, era consciente de su enfermedad y podía desenvolverse con autonomía en los actos corrientes de la vida diaria”. Por ello, la Audiencia, afirma que “Si no hay necesidad justificada y actual, si no concurren circunstancias que dificultan el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, no hay motivo para constituir una curatela o para adoptar otra medida de apoyo”. “En circunstancias ordinarias —añade—, su enfermedad no le impide valerse por sí mismo, ni menoscaba gravemente su inteligencia y voluntad”. “En estas circunstancias —concluye—, no hay fundamento para complemento alguno. Si se conserva la voluntad y la inteligencia, no puede pretenderse una necesidad de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica. Ni siquiera cuando una

¹¹⁷ SAP La Coruña (Sección 3ª) 20 octubre 2021, rec. nº 267/2021 (ECLI:ES:APC:2021:2304).

¹¹⁸ SAP Badajoz (Sección 2ª) 25 octubre 2022, rec. nº 265/2022 (ECLI:ES:APBA:2022:1369).

persona pueda representar un potencial peligro para la sociedad por abandonar su tratamiento médico”.

5. La “necesidad” no es sinónimo de “conveniencia”

La situación de “necesidad” no es sinónima de “conveniencia”, apreciada según parámetros ajenos a los valorados por la propia persona con discapacidad.

La SJPII Tafalla (núm. 1º) 22 octubre 2021¹¹⁹ conoció del caso de una madre que tenía 96 años y residía sola en una vivienda, situada en un tercer piso sin ascensor. Cinco de sus hijos habían declarado “que se niega rotundamente a ir a una residencia; que tiene mal carácter y cuando se enfada, despacha a sus hijos de casa; que a veces les cierra la puerta y no pueden entrar; que no se deja ayudar; que no controla los horarios y come y duerme a deshoras; que tienen las persianas bajadas; que dos de sus hijos le suelen llevar la compra; que ella no sale de casa; y que acude una chica de la Seguridad Social a ayudarle con la limpieza dos días a la semana; que no toma medicamentos y que hace más de 30 años que no acude al médico”. La sentencia recuerda, sin embargo, el principio de intervención mínima y de respeto al máximo de la autonomía de la persona, denegando el establecimiento de medidas judiciales de apoyo y el internamiento solicitado. Dice, así, que, “Aunque es absolutamente comprensible el deseo de los hijos de la anciana de que esta ingrese en una residencia”, no se ha acreditado que la madre “sufra una enfermedad que limite su capacidad de decisión; ni que se encuentre impedida para tomar sus propias decisiones”. En conclusión: la madre “no tiene diagnosticada ninguna enfermedad en el momento actual” y “no tiene afectadas las habilidades funcionales necesarias para ejercer el gobierno de sí misma”.

La SAP Vizcaya (Sección 4ª) 14 julio 2022¹²⁰ revocó la sentencia que, conforme a la legislación anterior a la reforma de 2021, había sujetado a tutela a una persona diagnosticada de esquizofrenia paranoide, que tuvo ingresos psiquiátricos en 2013, 2105 y 2016, y que padecía un déficit neu-

¹¹⁹ SJPII (núm. 1º) Tafalla 22 octubre 2021, rec. nº 168/2021 (ECLI:ES:JPII:2021:1070).

¹²⁰ SAP Vizcaya (Sección 4ª) 14 julio 2022, rec. nº 1289/2021 ECLI:ES:APBI:2022:1869.

rosicológico moderado que afectaba al funcionamiento ejecutivo y a la memoria. En informe pericial se había observado que “no se aprecian déficits de interés, en lo referente a la habilidad económica, que es la que preocupa a su madre y que ha motivado este procedimiento”, y, en el informe médico forense que, si bien “tiene nula conciencia de enfermedad, con abandonos de medicación”, no obstante, según su pareja, “en la actualidad, sí está tomando la medicación prescrita”. La Audiencia observa “que vive con una pareja estable desde hace años, sin problema o incidencia alguna destacable que salga fuera de una normalidad; que, “toma desde hace un mes la medicación prescrita, sin que resulte de la celebración de la vista que deba adoptar de forma específica alguna medida de apoyo judicial referente a cuestiones sanitarias que pudiera necesitar”; y que tampoco “ha resultado acreditado que precise de adopción de medidas económicas referentes a la gestión y administración de su patrimonio, tanto respecto a los ingresos que obtiene de su pensión como por el alquiler de sus inmuebles, sin que se haya demostrado que al día de hoy esté en situación de impago del préstamo hipotecario que grava su vivienda y que es avalista su madre, o que tenga un endeudamiento injustificado, máxime cuando su pareja conviviente ha declarado que deciden ambos las cuestiones económicas que los afecta”.

6. Una discapacidad leve no justifica el establecimiento de medidas judiciales de apoyo

La existencia de una discapacidad leve no justifica, desde luego, la constitución de una curatela el establecimiento de medidas judiciales de apoyo.

La SAP La Coruña (Sección 3ª) 18 noviembre 2021¹²¹ ha suprimido la curatela establecida en primera instancia en todos los actos relativos a la salud y a todos los actos jurídicos, económicos y mercantiles complejos, porque “la posible discapacidad” de la que se habla, “en el momento actual, es muy leve, y no justifica la adopción de apoyos judiciales”; en particular, “La actuación voluntaria de la propia persona, ingresando en una residencia geriátrica, gestionada por los servicios sociales municipales, “ha servido para cubrir la mayoría de sus déficits, que eran claramente asistenciales,

¹²¹ La Coruña (Sección 3ª) 18 noviembre 2021, rec. n° 425/2021 (ECLI:ES:APC:2021:2608).

derivados de sus múltiples enfermedades orgánicas”, pues “no estaba en condiciones de vivir solo, en un medio rural aislado, en una vivienda que no reunía condiciones mínimas de habitabilidad”, precisando ayuda para la gestión diaria de la casa, alimentación y desplazamientos, que realizaba conduciendo un coche, aun cuando se le indicaba que no debía; en conclusión: “Sus carencias o dificultades, en esos ámbitos, ya han sido cubiertas. No precisa un apoyo más allá del que ya obtiene”. Respecto del ámbito patrimonial, se reitera que, “en el momento actual, la afectación es mínima, y no parece representar un riesgo anómalo que justificase la adopción de apoyos judiciales”.

Respecto de la valoración del riesgo patrimonial de que pueda malvender su casa y parcelas rústicas, la Audiencia afirma que el resultado no es inasumible, pues “Siempre tiene resguardada su asistencia en la residencia y el cobro de su pensión” (de la que se le retiene el 80 % de su cuantía) y el nuevo sistema que deriva de la Ley 8/2021 “no permite que se puedan adoptar apoyos judiciales en función de hipotéticos riesgos futuros, y menos partiendo de la base de que todo el sistema de protección del ciudadano en general, y del consumidor en especial, diseñado por el legislador fallará” (se refiere a la garantía que supone la intervención de Notario en ventas realizadas en escritura pública, así como, en su caso, a la posibilidad de ejercitar acciones de nulidad y anulabilidad respecto de las operaciones realizadas en documentos privados), por lo que nunca es posible establecer *a priori* una medida de apoyo que probablemente nunca se precise”. Por otra parte, constata que la propia persona “manifestó al tribunal unas ideas muy claras sobre su opinión económica y su voluntad”, por lo que “En el momento actual”, “sabe lo que quiere, ofrece unas razones coherentes de la postura que adopta, y toma una decisión acorde”.

7. La especificación de los concretos actos para los que se requiere la intervención del curador

No cabe establecer una curatela, sea esta asistencial o representativa, de alcance general, en relación con todos los actos de ejercicio de la capacidad jurídica, sino que la misma no debe ir más allá de los actos en que la intervención del curador sea estrictamente necesaria.

7.1. *La curatela representativa limitada a esfera de la salud*

Así, si la necesidad de apoyo se limita a la esfera personal sanitaria, no hay por qué extenderla a los actos de carácter patrimonial, de administración o disposición de bienes¹²², y, salvo casos muy extremos, se suele dejar siempre la posibilidad de disponer de una cierta cantidad de dinero de bolsillo¹²³, aunque sea pequeña, por ejemplo, 40 euros mensuales¹²⁴.

La SAP Valladolid (Sección 1ª) 7 diciembre 2021¹²⁵ constituyó una curatela representativa respecto de persona que presentaba “un trastorno delirante de tipo persecutorio de larga evolución sin conciencia de enfermedad ni tratamiento de carácter persistente”, que proyectaba, como monotema, sobre políticos y profesionales del sistema judicial, contra los que presenta denuncias, “fruto de sus ideas persecutorias”. Fijó como objeto de la curatela el ámbito de la salud, “pues el apelante se niega a la ingesta de la medicación prescrita que podría aliviar su idea delirante”, así como a los “ámbitos administrativo y judicial respecto a la presentación de escritos, reclamaciones, quejas, denuncias, querellas o cualesquiera otros escritos de naturaleza similar por su estrecha vinculación con sus ideas delirantes”. Excluyó, en cambio, la adopción de medidas de apoyo respecto del ámbito patrimonial, por no existir “prueba concluyente de que su situación de discapacidad influya o pueda hacerlo sobre su independencia económica”, constando que “desde siempre se ha ocupado personalmente de sus cuestiones patrimoniales sin que exista una prueba de que su trastorno delirante de tipo persecutorio pueda afectar a la gestión de tales cuestiones” y tampoco “consta que disponga de un especial patrimonio que pueda estar en situación de riesgo pues vive en alquiler y carece de ingresos por falta de ocupación laboral”.

La SAP Jaén (Sección 1ª) 14 septiembre 2022¹²⁶ constituyó también una curatela con facultad de representación en apoyo de una persona con “demencia degenerativa primaria asociada a componente vásculo-degenerativo en estadio severo”, con “trastornos cognitivos y conductuales”, que podían

¹²² SAP Murcia (Sección 4ª) 8 octubre 2021, rec. n° 2296/2019 (ECLI:ES:APMU:2021:2429).

¹²³ SAP Madrid (Sección 22ª) 25 octubre 2021, rec. n° 1808/2019 (ECLI:ES:APM:2021:12716).

¹²⁴ SAP Valencia (Sección 10ª) 16 septiembre 2021, rec. n° 240/2020 (ECLI:ES:APV:2021:3274).

¹²⁵ SAP Valladolid (Sección 1ª) 7 diciembre 2021, rec. n° 502/2021 (ECLI:ES:APVA:2021:1821).

¹²⁶ SAP Jaén (Sección 1ª) 14 septiembre 2022, rec. n° 106/2022 (ECLI:ES:APJ:2022:1123).

“producir estados continuados de incapacidad”. Limitó la intervención la atribución de funciones representativas “a su esfera personal y, en particular, para el consentimiento de tratamientos médicos personalizados en atención a su estado de salud, incluyendo el ingreso en un centro adecuado cuando sufra episodios agudos de aquella, estados de descompensación de su enfermedad, hasta lograrse su estabilización”. Por el contrario, decidió que quedaban “excluidas las medidas patrimoniales ante la innecesariedad de las mismas, lo que también se ha puesto de relieve a partir de las manifestaciones de los hijos del discapaz”.

7.2. *La proscripción de fórmulas generales o de estilo*

La resolución judicial que establezca la curatela “determinará los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo” (art. 269.II CC); y lo mismo, cuando prevea una curatela representativa: “Los actos en los que el curador deba prestar el apoyo deberán fijarse de manera precisa, indicando, en su caso, cuáles son aquellos donde debe ejercer la representación” (art. 269.IV CC).

Desde este punto de vista no me parece correcta la SAP Valencia (Sección 10ª) 19 enero 2022¹²⁷, que, al delimitar la extensión de la curatela con facultades de representación establecida en favor de una persona anciana con Alzheimer, establece: “En atención a las limitaciones que de toda índole impone la enfermedad padecida por esta última, las medidas de apoyo han de abarcar todas las actividades de su vida, tanto personales como económicas y patrimoniales, si bien el curador necesitará la autorización judicial para los actos que establece el artículo 287 del Código Civil”¹²⁸.

Ciertamente, el ámbito de extensión de la curatela dependerá del grado de gravedad de la discapacidad, aunque creo que, en la medida de lo posi-

¹²⁷ SAP Valencia (Sección 10ª) 19 enero 2022, rec. nº 391/2021 (ECLI:ES:APV:2022:111).

¹²⁸ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Las grandes líneas», cit., pp. 33-34, considera «un tanto decepcionante» la aplicación jurisprudencial de la Ley», porque en un importante número de sentencias, «en la determinación de los actos que precisan asistencia o representación, se incluye un amplio catálogo de actos que abarca la práctica totalidad de la vida jurídico-económica de la persona».

ble, hay que intentar evitar el uso de expresiones genéricas o frases hechas, tales como, exigir la intervención del curador en aquellos actos de carácter patrimonial para cuya realización el curador con facultades de representación necesita autorización judicial (los comprendidos en los números 2º al 9º del art. 287 CC)¹²⁹.

Así lo hace, por ejemplo, la SAP Asturias (Sección 5ª) 1 diciembre 2021¹³⁰, que, tras observar que “El art. 269 del CC, en su redacción dada por la Ley 8/2021, obliga al Tribunal a concretar los actos para los que se requiere la medida de apoyo”, sin embargo, añade que, como en el caso enjuiciado, existe una discapacidad que “impide decidir de modo pleno sobre cualquier acto de disposición patrimonial que exceda del dinero de bolsillo, podemos remitirnos, para mayor concreción, a aquellos actos descritos en los ordinales 2 a 9, inclusive, del art. 287 CC”. En cualquier caso, matiza que “No se incluye entre los actos sometidos a curatela el de otorgamiento de testamento, al quedar esta facultad sometida a lo dispuesto en el art. 665 CC”.

7.3. *La curatela no puede extenderse al ejercicio del derecho de testar*

Por muy amplias que sean las facultades de actuación del curador, estas no se pueden extender sobre todos los actos de ejercicio de la capacidad, pues hay algunos respecto de los cuales, por su carácter personalísimo, no cabe, por parte de aquel, ni actuación complementadora, ni sustitutiva de la voluntad de la persona con discapacidad: es el caso del testamento (art. 670 CC)¹³¹.

Lo constata la SAP Badajoz (Sección 3ª) 10 octubre 2002¹³², que constituyó una curatela con facultad de representación en apoyo de una persona,

¹²⁹ PEREÑA VICENTE, M., «Una contribución», cit., p. 178, constata que la reforma «trata de terminar con fórmulas generales, exigiendo la determinación de cada acto para que sea preciso el apoyo».

¹³⁰ SAP Asturias (Sección 5ª) 1 diciembre 2021, rec. nº 263/2021 (ECLI:ES:APO:2021:3929).

¹³¹ Lo constata, con anterioridad a la reforma introducida por la Ley 8/2021, la STS (Sala 1ª) 15 marzo 2018, rec. nº 2093/2015 (ECLI:ES:TS:2018:936), que afirma lo siguiente: «Partiendo de que el testamento es un acto personalísimo (art. 670 CC), ni el tutor como representante legal puede otorgar testamento en lugar de la persona con la capacidad modificada judicialmente ni el curador puede completar su capacidad cuando sea ella quien otorgue el testamento».

¹³² SAP Badajoz (Sección 3ª) 10 octubre 2002, rec. nº 247/2022 (ECLI:ES:APBA:2022:1338).

que padecía una enfermedad de Alzheimer y demencia grave, que le había “impedido contestar y comunicarse incluso, no respondiendo a ninguna de las preguntas” que se le habían realizado, de lo que se deducía “su deterioro cognitivo”. Sin embargo, denegó la pretensión (contenida en la demanda presentada antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021) de que se le privara del derecho a testar, constatando que el otorgamiento de testamento “se sujeta a lo dispuesto en el artículo 665 del CC”, “siendo en su momento el Notario otorgante quien debería valorar su capacidad para testar, con lo que tampoco cabe realizar declaración a tal efecto”.

Conforme al art. 665 CC (reformado por la Ley 8/2021)¹³³, “La persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio del Notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones”, añadiendo que “El Notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias”: no es, pues, ya necesario, el nombramiento de facultativos que respondan de su capacidad para formar y expresar su voluntad, contemplando el precepto un juicio personal del notario, que este deberá realizar en atención a las concretas circunstancias del caso (muy señaladamente, teniendo en cuenta la simplicidad o complejidad de las disposiciones testamentarias)¹³⁴.

¹³³ DÍAZ ALABART, S., «Derecho de sucesiones y discapacidad», en ÁLVAREZ LATA, N. (coord.), *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, Aranzadi, 2022, p. 193, recogiendo el común sentir de la doctrina, califica de «desgraciada» la redacción anterior del art. 665 CC, debida a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre.

En efecto, con anterioridad a la modificación introducida por la Ley 8/2021, el tenor del precepto era el siguiente: «siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizara sino cuando éstos respondan de su capacidad».

Ello posibilitaba que, judicialmente, se pudiera privar del derecho a testar en la sentencia de incapacitación, lo que, obviamente, hoy no es posible, pues implicaría una privación de derechos, contraria al art. 269.V CC.

Lo evidencia PEREÑA VICENTE, M., «La curatela», cit., p. 143, quien observa que, ya «no será posible, como ocurría a menudo en el antiguo régimen, que se prive a la persona del derecho a contraer matrimonio o de la posibilidad de otorgar testamento».

¹³⁴ ALVENTOSA DEL RÍO, J., «Reformas en Derecho de sucesiones», en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (dir.), CHAPARRO MATAMOROS, P. y BUENO BIOT, Á. (coord.), *La discapacidad: una visión integral de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 466, observa que la valoración

La Circular informativa 3/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, contiene interesantes observaciones.

Dice, así, que, “A la luz de la nueva legalidad hay que extraer dos consecuencias importantes: a) La primera es que el juicio notarial de capacidad jurídica versa sobre una situación de hecho y se caracteriza por su actualidad o coincidencia con el momento del otorgamiento. b) La segunda, que ese juicio de capacidad ha cobrado una nueva dimensión, pues supone la involucración del notario, que no es ni puede ser un mero espectador”.

De la suma de estos dos extremos —añade— se desprende que ese juicio notarial de capacidad jurídica no puede ser en adelante tan solo *una enérgica presunción*, poco enérgica, si resulta destruible sin más mediante un dictamen médico forense, basado en juicios a posteriori sobre la racionalidad del *sujeto objeto de diagnóstico* o expresivo de su falta de conciencia respecto de sus propias deficiencias, desconocedor de la realidad del momento y de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, así como del apoyo prestado por el notario. Habrá que probar la imposibilidad de hecho, que en ese momento la persona no pudo expresar o conformar su voluntad ni aun con la ayuda de los medios o apoyos necesarios, entre ellos el prestado por el propio notario. Todo ello, lleva a pensar, que el juicio notarial de capacidad jurídica da lugar a una presunción legal *iuris tantum* muy cualificada”.

7.4. *La curatela tampoco puede extenderse al ejercicio del derecho a contraer matrimonio (especial consideración del supuesto)*

La curatela tampoco puede extenderse al ejercicio del derecho a contraer matrimonio, derecho a contraer matrimonio, sin perjuicio, de que, conforme al art. 56.II CC, en “el caso excepcional de que alguno de los contrayen-

«la realiza únicamente el Notario»; y, tras afirmar que es posible que el Notario, si lo considera conveniente, recabe dictamen facultativo añada: «Ahora bien, dicha valoración es un mero juicio personal del Notario, que admite prueba en contrario, y que debe hacerse siempre caso por caso, y únicamente en el momento en que la persona hace el testamento».

tes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”¹³⁵.

¹³⁵ El art. 56.II CC, en la redacción dada al precepto por la Ley 30/1981, estableció que, si en el expediente previo a la autorización del matrimonio el funcionario observa que alguno de los contrayentes está «afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento».

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria, dio una nueva redacción al precepto, que quedó redactado del siguiente modo: «Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, se exigirá por el Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento».

El nuevo art. 56.II CC hablaba, no solo de «deficiencias o anomalías psíquicas» (como sucedía antes de la reforma del 2015), sino de «deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales», locución esta, evidentemente más amplia, que, interpretada literalmente, llevaba a que tuviera que pedirse dictamen médico sobre la aptitud para prestar el consentimiento del contrayente que padeciera una deficiencia sensorial, aunque la misma no tuviera incidencia sobre su capacidad natural de entender y de querer (por ejemplo un invidente), lo que, además de absurdo, era contrario al art. 23.1.a de la Convención de Nueva York, según el cual los Estados Partes tomarán medidas efectivas para que se «reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges».

Por ello, la Resolución-Circular de 23 de diciembre de 2016 de la dirección General de los Registros y del Notariado aclaró que el precepto debía ser interpretado siempre de manera estricta «y en relación a supuestos excepcionales en los que la discapacidad afecte de forma evidente e impeditiva, aun proporcionados los apoyos precisos, a la capacidad para prestar el consentimiento, y lógicamente no a aquellos supuestos en que la discapacidad afecte tan sólo a los medios, canales o soportes de emisión de ese consentimiento o nada tenga que ver con ni guarde relación con la aptitud para prestarlo»; concluyendo que la exigencia de solicitar un dictamen médico se debía «entender necesariamente limitada exclusivamente a aquellos casos en los que la deficiencia afecte de forma sustancial a la prestación del consentimiento».

En cualquier caso, la Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria, volvió a dar una nueva redacción (la actual) al art. 56.II CC (como se dice en su Preámbulo, que hace suya la interpretación preconizada por la Resolución-Circular de 23 de diciembre de 2016), con el fin de aclarar «que la intención de la reforma introducida por la Ley [15/2015, de 2 de julio] es favorecer la celebración del matrimonio de las personas con discapacidad, evitando cualquier sombra de duda sobre su capacidad para contraer matrimonio».

El precepto queda redactado así: «El Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, cuando sea necesario, podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes. Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento».

Las dos redacciones de este precepto (las de 2015 y 2017) son coherentes con la dicción que la misma Ley 15/2015 ha dado al art. 51.I CC, según el cual «La competencia para constatar mediante acta o expediente el cumplimiento de los requisitos de capacidad de ambos contrayentes

La exigencia de un dictamen médico no comporta una discriminación de las personas con discapacidad contraria al art. 5 de la Convención de Nueva York, pues no se trata aquí de decidir si el matrimonio les “conviene”, lo que supondría una inadmisibles intromisión en una decisión personal íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad, sino de determinar si tienen capacidad natural para prestar el consentimiento matrimonial¹³⁶.

y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier género de obstáculos para contraer matrimonio corresponderá al Secretario judicial, Notario o Encargado del Registro Civil del lugar del domicilio de uno de los contrayentes o al funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil si residiesen en el extranjero».

Sin embargo, la entrada en vigor de este precepto (y, por ende, la del art. 56.II CC), que encomienda la competencia del control de los requisitos de capacidad de los contrayentes, también a los notarios y Letrados de la Administración de Justicia (ante los que, tras la reforma de 2015, podían ya celebrarse matrimonios civiles, según resulta de la disposición transitoria cuarta.2 de la Ley 15/2015), se pospuso al 30 de junio de 2017, fecha en la que debía haber comenzado la vigencia de la LRC de 2011, según preveía la disposición final 21.3 de la Ley 15/2015, que, sin embargo, fue modificada por el art. Único.5 de la Ley 4/2017, de 28 de junio, el cual ya no establecía el concreto momento a partir del cual sería aplicable el nuevo art. 51 CC (y otros preceptos relativos a la tramitación y celebración del matrimonio civil), sino que se remitía, sin más, a la fecha de la «completa entrada en vigor» de la LRC de 2011, que fue nuevamente aplazada al 30 de abril de 2021 (disposición final décima, I, LRC, modificado por la disposición final segunda del Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril).

Finalmente, el art. 51 CC, redactado por la Ley 15/2015, de 2 de julio (y, con él, el art. 56.II CC, redactado por la Ley 4/2017, de 28 de junio) se encuentra vigente, como consecuencia de la «completa entrada en vigor» de la LRC de 2011, que esta vez ha tenido lugar en la fecha prevista, es decir, el 30 de abril de 2021, en virtud de la disposición final décima de la misma, redactada conforme a la disposición final 5 de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre. Por lo tanto, en la actualidad, los notarios pueden realizar el control de capacidad de los contrayentes, tramitando actas de documentación del expediente y de autorización de matrimonio, conforme a lo previsto por la Instrucción de 3 de junio de 2021, de la dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre la tramitación del procedimiento de autorización de matrimonio ante notarios.

¹³⁶ Creo que tiene razón SÁNCHEZ GÓMEZ, A., «Matrimonio de las personas con discapacidad: argumentos a favor de la necesidad del dictamen médico *versus* su carácter excepcional y subsidiario tras la reforma del art. 56 del Código civil», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 12, 2020, pp. 98-99, cuando insiste en esta idea, además de en la circunstancia de que el dictamen «cumple otra función no menos importante dirigida a prevenir la influencia indebida de personas cercanas al entorno de las que presentan discapacidad y a las que proporcionan los cuidados y atención necesarios».

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Matrimonio y discapacidad», *Derecho Privado y Constitución*, 2018, núm. 32, pp. 83-84, aun no considerando discriminatoria la exigencia del dictamen médico, observa que, quizás, fuera más conveniente recabar un informe familiar, social y psicosocial del contrayente. En cualquier caso, se refiere también al previo dictamen médico como una cautela que «cumpliría con la obligación impuesta a los Estados partes de establecer las salvaguardias adecuadas para impedir los abusos en general y la influencia indebida en particular en el ejercicio del *ius connubi* de las personas con discapacidad».

La “condición de salud”, de la que habla el art. 56.II CC, hay que referirla a las deficiencias de carácter psíquico o intelectual; y no a todas, sino exclusivamente a las que “de modo evidente, categórico y sustancial” puedan obstaculizar la prestación del consentimiento matrimonial. No bastan, pues, meras dudas, sino que se requiere certeza respecto a la falta de capacidad natural del contrayente, faltando la cual no deberá pedirse el dictamen, sino que deberá autorizarse la celebración del matrimonio, lo que parece correcto desde el punto de vista del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad y desde la consideración del derecho a contraer matrimonio como un derecho fundamental, que no debe ser menoscabado más que en casos evidentes de falta de capacidad natural de entender y de querer el significado del acto que se pretende celebrar¹³⁷.

Obviamente, el hecho de que quien tramitara expediente no hubiera solicitado el dictamen médico no significa que no pueda demandarse posteriormente la nulidad del matrimonio ex art. 73.1 CC, si se demuestra que el contrayente carecía de aptitud para prestar el consentimiento.

Así, se ha declarado nulo el matrimonio celebrado *in articulo mortis*, por haberse acreditado mediante dictamen emitido por experto neurológico que el contrayente se hallaba en situación de coma, dormido patológicamente y desconectado del medio, sin ninguna función intelectual, ni posibilidad de pensar, ni de comunicarse con el exterior, habiendo prestado su presunto consentimiento a través de un encogimiento de hombros y de un apretón de manos¹³⁸.

Por el contrario, se ha desestimado la demanda interpuesta por los hermanos de una persona fallecida, por considerar que, si bien parecía probado que el contrayente padeciera “un leve retraso mental y presentara cierto grado de inmadurez y dependencia”, no podía “entenderse acreditado que el déficit apreciado revistiera entidad suficiente para invalidar la emisión de un consentimiento matrimonial”, máxime, cuando había otorgado diversas

¹³⁷ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «Discapacidad y Derecho de familia. Nuevos principios, nuevas normas», en LLAMAS POMBO, E., MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. y TORAL LANA, E. (dir.), *El nuevo Derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento*, Las Rozas (Madrid), Wolters Kluwer, La Ley, 2022, p. 318, observa que «La excepcionalidad del dictamen prevista en la norma implica que no son suficientes meras dudas del encargado de tramitar el expediente.

¹³⁸ SAP (Sección 1ª) Murcia 27 febrero 2002, rec. nº 20/2002 (ECLI:ES:AP MU:2002:621).

escrituras (de partición de herencia paterna y de apoderamiento en favor de uno de sus hermanos), sin que el notario autorizante hubiese hecho reserva alguna al respecto, dándose además la circunstancia de que el día anterior a su muerte había sido nombrado administrador mancomunado de una sociedad mercantil por parte sus hermanos demandantes¹³⁹.

Tratándose de enfermedades crónicas que excluyen la capacidad natural de entender y de querer de quienes las padecen de manera continuada (por ejemplo, una demencia senil irreversible o un Parkinson o Alzheimer acusados), la prueba de su existencia antes y después de la celebración del matrimonio, puede ser un indicio de que el enfermo carecía de aptitud para prestar el consentimiento matrimonial en el período intermedio durante el cual se casó. Pero hay que tener en cuenta que este tipo de enfermedades no afectan por igual al enfermo durante toda la etapa de su desarrollo (puede haber intervalos lúcidos), por lo que para declararse la nulidad del matrimonio tiene que quedar perfectamente acreditado que, precisamente, al tiempo de conclusión del matrimonio, se encontraba en un estado en el que tenía la gravedad suficiente para excluir su capacidad de discernimiento¹⁴⁰.

Sobre este aspecto me parece pertinente referirme a la discutible STS (Sala 1ª) 15 marzo 2018¹⁴¹, la cual ha considerado válido el matrimonio contraído por una persona, que, al tiempo de celebrarse, se encontraba incurso en un juicio de modificación de capacidad de obrar, el cual concluiría con una sentencia (dictada, una vez casada) que le incapacitaría para gobernar su persona y sus bienes, a consecuencia de padecer un alzhéimer,

¹³⁹ STS (Sala 1ª) 29 abril 2015, rec. n.º 803/2014 (ECLI:ES:TS:2015:1938).

¹⁴⁰ Es reveladora a este respecto la SAP Madrid 15 marzo 2013, que desestimó la nulidad de matrimonio contraído por una persona que padecía un Parkinson que le había llevado a ser incapacitado para gobernar sus bienes cuatro meses antes de casarse, recayendo una posterior sentencia que también le incapacitaba para gobernar su persona y le sujetaba a tutela un año y cinco meses después de la celebración del matrimonio. Afirma que «considerando todas las circunstancias en las que consta se celebró el matrimonio que nos ocupa, no queda acreditado que en el momento de contraerlo y de prestar su consentimiento, sus facultades intelectivas y cognitivas estuvieran hasta tal punto alteradas o interferidas como para considerar que no prestó válidamente su consentimiento, cuando, por vertiginosa que sea la evolución de la enfermedad, no se acredita que en el periodo de aproximadamente un mes y 3 días que media entre el examen médico con resultado de conservación de la capacidad, y la celebración del matrimonio, el avance de la enfermedad fuera tal que sumiera al afectado en la situación un año después objetivada de grave alteración mental afectante a la capacidad de conocer y decidir, informada en proceso de incapacidad».

¹⁴¹ STS (Sala 1ª) 15 marzo 2018, rec. n.º 3487/2016 (ES:TS:2018:846).

agravado por un posterior infarto cerebral que, según el informe médico forense (elaborado antes de la celebración del matrimonio), le ocasionaba “alteraciones en la inteligencia y voluntad necesarias para obrar con conocimiento y juicio suficiente para inspirar una libre decisión”. Concretamente, en el informe se dice que no podía mantener una conversación, ni responder a preguntas sencillas, como su edad, fecha de nacimiento o profesión, y que no recordaba el nombre de las hijas; así mismo, que no sabía coger el bolígrafo para escribir una frase y al final ponía su nombre de forma ilegible, en forma de garabatos, sin que tampoco fuese capaz de copiar un sencillo dibujo que se le indicaba y de realizar el test del reloj.

Sin embargo, sorprendentemente, el Tribunal Supremo, a pesar de la contundencia del informe, entiende que “no ha quedado suficientemente desvirtuada la presunción de capacidad para la prestación de consentimiento matrimonial y que la consideración del matrimonio como derecho humano derivado de la dignidad de la persona y manifestación del libre desarrollo de la personalidad, también cuando se alcanza una edad avanzada, deben inclinar a reforzar el principio *favor matrimonii*”.

El argumento principal que sustenta este razonamiento, es el de que, durante la tramitación del juicio de incapacidad, el contrayente enfermo había presentado una demanda de divorcio contra su anterior mujer, la cual fue estimada, descartando expresamente el juez que pronunció el divorcio que la tramitación del procedimiento de modificación de la capacidad fuera obstáculo para ello (la demandada había planteado una cuestión prejudicial), lo que, obviamente, significa que, a su juicio, el actor conocía el significado de su pretensión, pues, “en nuestro derecho positivo, la misma voluntad que se considera apta para celebrar el matrimonio lo es para disolverlo por divorcio”.

No obstante, se utiliza otro argumento, que, aunque presentado como secundario, creo que es decisivo, esto es, la circunstancia de que la demanda de nulidad se hubiese presentado una vez muerto el contrayente, cinco años después de la celebración del matrimonio, sin que durante este tiempo la tutora (una de sus hijas, demandante, junto a sus hermanas, de la nulidad) hubiera considerado contrario al interés del incapacitado que residiera en su propia casa con la segunda mujer, dándose, además, la circunstancia de

que ambos habían mantenido una relación durante años e, incluso, habían llegado a convivir antes de casarse. Parece, pues, que, en realidad, se busca la justicia del caso concreto, tratándose de no comprometer la estabilidad de una situación familiar consolidada con apoyo en cuestionables motivos subjetivos de las demandantes de la nulidad.

Se plantea la cuestión de decidir, si, en el caso de que exista una resolución judicial que haya acordado una curatela, el funcionario autorizante deberá pedir dictamen médico.

A mi parecer, habrá que tener en cuenta la causa por la que dicha resolución judicial haya establecido la medida de apoyo. Si la misma tiene su origen en una discapacidad psíquica que, con carácter general, hace que quienes la padecen carezcan habitualmente de capacidad natural de entender y de querer, parece prudente entender que se solicite el dictamen antes de autorizarse el matrimonio y atenerse a lo que de él resulte. Lo que, obviamente, no podrá hacerse es negar la autorización, por la mera existencia de una curatela, incluso representativa.

8. La resolución judicial recaída en un procedimiento de establecimiento de apoyos no puede privar de derechos

Conforme al art. 269.V CC, “En ningún caso podrá incluir la resolución judicial la mera privación de derechos”; y según la Disposición transitoria 1ª de la Ley 8/2021, a partir de su entrada en vigor, “las meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad, o de su ejercicio, quedarán sin efecto”.

La SAP La Coruña (Sección 3ª) 20 octubre 2021¹⁴² ha revocado la sentencia recaída en un juicio de modificación de capacidad de obrar, que había privado a la persona incapacitada del manejo de armas, constatando que, tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, la simple prohibición de manejo de armas no está permitida como medida de apoyo y salvaguardia¹⁴³.

¹⁴² SAP La Coruña (Sección 3ª) 20 octubre 2021, rec. nº 267/2021 (ECLI:ES:APC:2021:2304).

¹⁴³ No obstante, como señala HERAS HERNÁNDEZ, M.ª M., «El régimen transitorio en la reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica», en PEREÑA, M. y

Estas previsiones tienen su sentido, porque, antes de su reforma, el art. 3.1 apartados b) y c) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, privaba del derecho de sufragio a “Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio”, y “Los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure su internamiento siempre que en la autorización el juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio”.

El artículo único de la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, suprimió dichas previsiones, dando al art. 3.2 de la Ley Orgánica 5/1985 la siguiente redacción: “Toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera”¹⁴⁴.

La SAP Jaén (Sección 1ª) 25 noviembre 2021¹⁴⁵ ha revocado la sentencia que incapacitaba a una persona y le privaba del derecho de sufragio activo y pasivo, aplicando la Disposición adicional 8ª de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, introducida por la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, de modificación de aquella, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad, a cuyo tenor “Las personas a las que se les hubiere limitado o anulado su derecho de sufragio por razón de discapacidad quedan reintegradas plenamente en el mismo por ministerio de la ley”¹⁴⁶.

HERAS HERNÁNDEZ, M.ª M. (dir.) y NÚÑEZ NÚÑEZ, M.ª (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 417, estamos ante una eficacia *ex lege* que opera *ipso iure*, «revaluando automáticamente los pronunciamientos judiciales anteriores a la reforma».

¹⁴⁴ ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, F., «Discapacidad y derecho al voto: la construcción del sufragio universal desde la legalidad», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. y GARCÍA MAYO, M. (dir.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Madrid, Bosch, 2021, pp. 315-330.

¹⁴⁵ SAP Jaén (Sección 1ª) 25 noviembre 2021, rec. n° 995/2021 (ECLI:ES:APJ:2021:1538).

¹⁴⁶ La SAP Badajoz (Sección 3ª) 10 octubre 2002, rec. n° 247/2022 (ECLI:ES:APBA:2022:1338), que, estimando el recurso de apelación, constituyó una curatela con facultad de representación, sin embargo, como es lógico, no accedió a la petición de privación del derecho de voto, contenida en el recurso, por estar vinculada «a una declaración de incapacidad que actualmente no es posible y que era solicitada en la demanda inicial».

9. La revisión periódica de las medidas de apoyo

También son garantía de respeto de los principios de necesidad y de proporcionalidad la revisión de las medidas previstas en el art. 268.II CC.

Según el precepto, “Las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años. No obstante, la autoridad judicial podrá, de manera excepcional y motivada, en el procedimiento de provisión o, en su caso, de modificación de apoyos, establecer un plazo de revisión superior que no podrá exceder de seis años”¹⁴⁷.

La SJPI Guadalajara (núm. 7º) 27 octubre 2021¹⁴⁸, en relación con una persona que padecía un deterioro cognitivo grave secundario y demencia mixta, por el cual se le sujetó a curatela representativa, ha establecido un plazo de revisión de 6 años, “atendidas las circunstancias personales, y la naturaleza de la enfermedad”, “solo susceptible de empeoramiento”.

“Sin perjuicio de lo anterior, las medidas de apoyo adoptadas judicialmente se revisarán, en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas” (art. 268. III CC).

Los principios de necesidad y de proporcionalidad pueden llevar a que la resolución que establece las medidas de apoyo prevea plazos de revisión más breves, al máximo de los 3 años, en atención a las circunstancias del caso.

Así lo ha hecho la STS (Sala 1ª) 8 septiembre 2021¹⁴⁹, la cual ha constituido una curatela en apoyo de una persona con el síndrome de Diógenes, pero estableciendo “la revisión cada seis meses del resultado de las medidas y la incidencia práctica que hayan podido tener”; y, precisando que, “A la hora de prestar el apoyo, la curadora debería esmerarse en conseguir la colaboración del interesado y solo en los casos en que sea estrictamente ne-

¹⁴⁷ La SJPII (núm. 1) Tafalla 23 noviembre 2021, rec. nº 68/2021 (ECLI:ES:JPII:2021:1137), ha establecido el plazo de revisión de 3 años respecto de una curatela con facultad de representación establecida en favor de persona enferma de Alzheimer, con ceguera parcial bilateral e hipoacusia de intensidad importante.

¹⁴⁸ SJPI (núm. 7º) Guadalajara 27 octubre 2021, rec. nº 136/2021 (ECLI:ES:JPI:2021:2537)

¹⁴⁹ STS (Sala 1ª) 8 septiembre 2021, rec. nº 4187/2019 (ECLI:ES:TS:2021:3276).

cesario podrá recabar el auxilio imprescindible para asegurar el tratamiento médico y asistencial de [la persona con discapacidad], así como realizar las tareas de limpieza e higiene necesarias”.

En la jurisprudencia de instancia la SAP Madrid (Sección 24ª) 20 diciembre 2021¹⁵⁰ ha establecido un período de revisión de las medidas de apoyo de 2 años, dada la juventud de la persona sujeta a curatela.

VIII. LA SUPRESIÓN DE LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA Y REHABILITADA

La Ley 8/2021 ha suprimido la patria potestad prorrogada y rehabilitada.

1. Supresión de las instituciones

En la Exposición de Motivos se dice que “se eliminan del ámbito de la discapacidad no solo la tutela, sino también la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone. En este sentido, conviene recordar que las nuevas concepciones sobre la autonomía de las personas con discapacidad ponen en duda que los progenitores sean siempre las personas más adecuadas para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir el mayor grado de independencia posible y se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus progenitores, dada la previsible supervivencia del hijo; a lo que se añade que cuando los progenitores se hacen mayores, a veces esa patria potestad prorrogada o rehabilitada puede convertirse en una carga demasiado gravosa. Es por ello que, en la nueva regulación, cuando el menor con discapacidad llegue a la mayoría de edad se le prestarán los apoyos que necesite del mismo modo y por el mismo medio que a cualquier adulto que los requiera”.

La supresión es coherente con el nuevo tratamiento de la discapacidad, pues, suprimida la incapacitación, no es posible prorrogar o rehabilitar la

¹⁵⁰ SAP Madrid (Sección 24ª) 20 diciembre 2021, rec. nº 156/2020 (ECLI:ES:APM:2021:14902).

patria potestad, que confiere a los progenitores la representación legal de los hijos y, por lo tanto, comporta una actuación sustitutiva en nombre de los mismos¹⁵¹.

2. La resolución sobre la necesidad de medidas de apoyo en el marco de los juicios de nulidad, separación y divorcio

Existiendo hijos con discapacidad, partiendo del principio de razonable desjudicialización que inspira la Ley 8/2021, parece que lo más pertinente sería, en principio, conservar la guarda de hecho que viniese ejercitando el progenitor custodio sobre los hijos menores, una vez alcanzada por estos la mayoría de edad.

No obstante, el nuevo art. 91.II CC (redactado por la Ley 8/2021) prevé que, en el marco de nulidad, separación o divorcio, cuando “existieran hijos comunes mayores de dieciséis años que se hallasen en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de su discapacidad, la sentencia correspondiente, previa audiencia del menor”, se resuelva “también sobre el establecimiento y modo de ejercicio de éstas, las cuáles, en su caso, entrarán en vigor cuando el hijo alcance los dieciocho años de edad”¹⁵².

Esta norma, sin duda, pensada como un paliativo a la supresión de la patria potestad prorrogada, pretende evitar la necesidad de iniciar un juicio adicional de provisión de apoyos, cuando ya hay un proceso de familia en

¹⁵¹ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «Discapacidad», cit., p. 363, observa que la «función representativa de la patria potestad la hace incompatible con el actual tratamiento de la discapacidad basado en el sistema de apoyos».

ROCA GUILLAMÓN, J., «La guardia de hecho», cit., p. 131, se muestra crítico con «la eliminación de la eficiente situación de patria potestad prorrogada», afirmando, que, al igual que sucede con la supresión de la incapacitación, no ve «que tenga más ventaja que excluir, acaso no sin cierto resabio ideológico, cualquier referencia, por presuntamente ofensiva para la dignidad de los seres humanos, a la posibilidad de una representación que implique sometimiento o representación de una persona por otra»; y añade: «ello se ha hecho, creo, igualando todas las situaciones, sin reparar que no todas las condiciones personales son patológicamente iguales».

¹⁵² «En estos casos —continúa el precepto— la legitimación para instarlas, las especialidades de prueba y el contenido de la sentencia se regirán por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil acerca de la provisión judicial de medidas de apoyo a las personas con discapacidad».

Esta remisión a las normas de la LEC reguladoras de la provisión judicial de medidas de apoyo no deja de suscitar cierta perplejidad, en lo relativo a la legitimación, pues no todas las personas legitimadas para pedir las pueden ser partes en un juicio de nulidad, separación o divorcio.

curso, así como que no exista un lapso de tiempo durante el cual quede desasistido el hijo que previsiblemente necesitará el apoyo de un curador¹⁵³.

La SAP Pontevedra (Sección 3ª) 21 septiembre 2021¹⁵⁴ ha sustituido la patria potestad rehabilitada, establecida en la sentencia recurrida (dictada antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021), por una curatela asistencial con la anuencia de la persona con discapacidad, que, según el informe del Médico Forense, necesitaba supervisión y ayuda en gran parte de las tareas de su vida cotidiana, pero no una sustitución, recibiendo un tratamiento adecuado, y, si bien no era previsible una mejoría, tampoco un empeoramiento en los próximos diez años. Se nombró como curadora asistencial a la madre, “quien explica la convivencia actual de ambas, la normalidad de su relación y el control efectivo que viene realizando sobre las actividades de su hija”, asistiéndola en todas las actividades de disposición de dinero y de otorgamiento de actos jurídicos con contenido económico (sin perjuicio de que la madre siga entregando a la hija una cantidad periódica para los gastos cotidianos, sin que se fije una cifra concreta, al haber aceptado esta dejarlo al buen criterio de aquella), así como la supervisión de los controles médicos de su enfermedad y del seguimiento del tratamiento diario.

Cabe dudar de si, en este caso, no hubiera sido más procedente reconocer a la madre como guardadora de hecho, a partir del momento en que se extinguiera la patria potestad, si bien constaba el consentimiento de la persona con discapacidad a la constitución de la tutela, extremo este, al que los tribunales de instancia dan importante relevancia.

En realidad, la previsión del nuevo art. 91.II CC se concilia mal con la idea de que la necesidad de establecer medidas judiciales de apoyo ha de apreciarse, exactamente, en el momento en el que hayan de adoptarse, por lo que se contempla una actuación preventiva, que, desde luego, deberá realizarse con prudencia, exclusivamente, en los casos en los que exista una

¹⁵³ Lo constatan GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Comentario al art. 2. Diez. Se da nueva redacción al art. 94 CC», en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, Aranzadi, 2021, p. 143; y MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «Discapacidad», cit., p. 330.

¹⁵⁴ SAP Pontevedra (Sección 3ª) 21 septiembre 2021, rec. n° 356/2021 (ECLI:ES:APPO:2021:2086).

convicción de que no haya posibilidad de mejora de la situación de discapacidad que aqueja a los hijos (siempre mayores de 16 años)¹⁵⁵.

Por otro lado, también plantea problemas en relación con el principio de la razonable desjudicialización de la discapacidad que resulta del vigente art. 263 CC, según el cual “Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño”. Para ser coherentes lo lógico sería que, una vez extinguida la patria potestad, el progenitor que tenía atribuida la custodia del hijo menor continuase atendiéndolo como guardador de hecho: si en la sentencia de nulidad, separación o divorcio se le atribuye la custodia del menor, parece que, en principio, habría de entenderse que, al alcanzar la mayoría de edad, podría ejercer una guarda de hecho que funcionara correctamente. Por lo tanto, creo que, si se establece una curatela para cuando el hijo salga de la patria potestad, habrá que justificar (preventivamente) por qué en un futuro no podría funcionar correctamente una guarda de hecho ejercitada por quien hasta ese momento tenía atribuida la custodia¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Lo que, en ningún caso, me parece correcto es pedir una medida de apoyo a través de una modificación de medidas, porque no es el cauce procesal adecuado.

Por ello, no deja de llamar la atención la SAP (Sección 2ª) Cantabria 14 febrero 2022, rec. nº 466/2021 (ECLI:ES:APS:2022:179), que conoció de la pretensión de que, a través de un juicio de modificación de medidas, se declarara la guarda de hecho conjunta del hijo mayor con discapacidad, cuya custodia había sido atribuida a la madre en la sentencia de divorcio, cuando el mismo era menor de edad.

El hijo, desde los dos años, requería «cuidados intensos y permanentes por su evidente falta de capacidad de discernimiento y sus limitaciones físicas que le han hecho acreedor de una altísima calificación de discapacidad administrativa (grado III, 90 %)).».

La psicóloga, especializada en el trastorno que padecía, declaró, «tanto en el informe, como en el acto del juicio, tras reconocer las habilidades de sus padres, recomienda su permanencia en un entorno estable y conocido, bajo rutinas establecidas, dada las dificultades importantes de adaptación que precisa».

La Audiencia denegó la pretensión, por entender que no concurrían las circunstancias precisas para pensar que la estimación de aquella, redundaría «en la mejora en el interés y bienestar del hijo común ya mayor de edad, existiendo, como existe, un régimen de comunicación con su padre amplio que permite un contacto vital estrecho»: «mantenimiento de la guarda exclusiva de la madre, guardadora de hecho, como figura principal de apoyo en el ámbito civil», «coincidiendo con su condición de cuidadora principal no profesional otorgada en el ámbito administrativo».

A mi entender, si siquiera se tenía que haber entrado en el fondo del asunto, porque, como he dicho, el cauce procesal elegido era inadecuado.

¹⁵⁶ *Id.* al respecto las observaciones de GÓMEZ VALENZUELA, M.A., «Reformas en Derecho de Familia» en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (dir.), CHAPARRO MATAMOROS, P. y BUENO BIOT, Á. (coord.), *La discapacidad: una visión integral de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 415-420; así como del mismo autor, «Del sistema paternalista de la patria potestad

3. El Derecho transitorio

Por último, hay que tener en cuenta que la Disposición transitoria segunda, III, prevé que “Quienes ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada continuarán ejerciéndola hasta que se produzca la revisión a la que se refiere la disposición transitoria quinta”.

Conforme a dicha disposición, “los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada”, “podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, para adaptarlas a esta”. Dicha revisión “deberá producirse en el plazo máximo de un año desde dicha solicitud”. Cuando no se presente dicha solicitud, “la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años”.

IX. LA CONVERSIÓN DE LAS ANTIGUAS TUTELAS Y CURATELAS EN GUARDAS DE HECHO, EN VIRTUD DE LOS PROCEDIMIENTOS DE REVISIÓN PREVISTOS EN LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 5ª DE LA LEY 8/2021

Como ya he dicho al inicio de este trabajo, la Disposición transitoria 2ª, I, de la Ley 8/2021 prevé que los tutores y curadores (con excepción de los declarados pródigos) nombrados conforme al régimen legal anterior “ejercerán su cargo conforme a las disposiciones de esta Ley a partir de su entrada en vigor”, aplicándose a los tutores de las personas con discapacidad las normas establecidas para los curadores representativos; y, según al párrafo V de la misma, “Las medidas derivadas de las declaraciones de prodigalidad [institución ahora suprimida] adoptadas de acuerdo con la legislación anterior continuarán vigentes hasta que se produzca la revisión prevista en la disposición transitoria quinta. Hasta ese momento, los curadores de los declarados pródigos continuarán ejerciendo sus cargos de conformidad con la legislación anterior”.

prorrogada y rehabilitada al sistema de apoyo en relación al hijo mayor de edad con discapacidad. Debate en torno a la subsunción del cuidado en la arquitectura de las medidas de apoyo: a propósito de la SAP de Cantabria de 14 de febrero de 2022», en *Revista Boliviana de Derecho*, 2022, núm. 34, julio, pp. 198-251.

La Disposición transitoria 5º contempla dos tipos de revisión de las medidas acordadas con anterioridad de la entrada en vigor de la Ley: de un lado, las que pueden solicitar “en cualquier momento” las personas con capacidad modificada judicialmente, los tutores o curadores, para adaptarlas a aquella, las cuales deberán producirse en el plazo máximo de un año desde su solicitud; por otro lado, las revisiones, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, que deberán tener lugar, cuando no haya existido tal solicitud, “en un plazo máximo de tres años”.

En materia de revisión hay que tener en cuenta que no toda tutela tendrá que transformarse, necesariamente, en curatela con facultad de representación, que es la figura actual que más se le aproxima, pues también en este punto debe aplicarse la regla de la preferencia de la guarda de hecho (que pueda funcionar adecuadamente) sobre las medidas judiciales, con el resultado paradójico de tener que acudir a la vía judicial para llevar a cabo una desjudicialización de las medidas de apoyo: la consecuencia será que quien venía ejerciendo adecuadamente la tutela o curatela continúe apoyando a la persona con discapacidad, pero no ya, como tutor o curador, sino como guardador de hecho.

En este sentido se orienta el AJPI núm. 5 Córdoba 30 junio 2022¹⁵⁷, respecto de una persona con discapacidad, cuyas facultades de autodeterminación seguían “gravemente afectadas”, “necesitando de un apoyo pleno”, teniendo solamente su pensión y un piso en alquiler propiedad de su hermano, sin que fuera previsible que en el futuro tuviera que hacer alguna transacción; como también el AJPI núm. 5 de Córdoba 30 junio 2022¹⁵⁸, en relación a una persona con trastorno afectivo bipolar, afección “que no interfiere fuera de los periodos de descompensación afectiva, con el normal funcionamiento social de la persona explorada así como su adaptación a la vida en comunidad”.

En cambio, el AJPI núm. 5 de Córdoba núm. 455/2022 30 junio 2022 (Procedimiento de Revisión de medidas de la Disposición Transitoria 5ª

¹⁵⁷ AJPI (núm. 5) Córdoba 440/2022 30 junio 2022, Procedimiento de Revisión medidas DT 5ª Ley 8/2021 596/2022.

¹⁵⁸ AJPI (núm. 5) Córdoba 427/2022 30 junio 2022, Procedimiento de Revisión de medidas de la Disposición Transitoria 5ª de la Ley 8/21 XXX/22.

de la Ley 8/21 XXX/22) confirma la curatela ejercida por la hermana de una persona con discapacidad, que padecía un trastorno de control de impulsos, que le originaba un descontrol en el manejo del dinero. Es más, con el consentimiento del afectado, constituye una curatela con facultad de representación (antes lo era, meramente, de complemento de capacidad) “en el ámbito de su salud, gestiones burocráticas y actos de administración y gestión del patrimonio”; y ello, por haberse agravado la enfermedad del hermano, que, desde hacía 4 años vivía en una residencia, de la que salía siempre acompañado.

X. BIBLIOGRAFÍA

ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M., «El régimen de ineficacia en nuestro ordenamiento jurídico tras la Ley 8/2021, de 2 de junio», en PEREÑA, M. y HERAS HERNÁNDEZ, M.^a M. (dir.) y NÚÑEZ NÚÑEZ, M.^a (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al art. 2. Cincuenta y dos. Artículo 1302 CC», en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, Aranzadi, 2021.

ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, F., «Discapacidad y derecho al voto: la construcción del sufragio universal desde la legalidad», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. y GARCÍA MAYO, M. (dir.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Madrid, Bosch, 2021.

ALVENTOSA DEL RÍO, J., *La Curatela tras la Ley 8/2021*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

—, «El nuevo régimen legal de la curatela», en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (dir.), CHAPARRO MATAMOROS, P. y BUENO BIOT, Á. (coord.), *La discapacidad: una visión integral de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

—, «Reformas en Derecho de sucesiones», en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (dir.), CHAPARRO MATAMOROS, P. y BUENO BIOT, Á. (coord.), *La dis-*

capacidad: una visión integral de la Ley 8/2021, de 2 de junio, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

ARNAU MOYA, F., «Aspectos polémicos de La ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad», en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, enero de 2022.

BARBA, V., «Principios generales de las medidas de apoyo en el marco de la Convención de Nueva York», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. y GARCÍA MAYO, M. (dir.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Madrid, Bosch, 2021.

— «El art. 12 de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006», en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (dir.), CHAPARRO MATAMOROS, P. y BUENO BIOT, Á. (coord.), *La discapacidad: una visión integral de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

BERROCAL LANZAROT, A. I., «La guarda de hecho de las personas con discapacidad», en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (dir.), CHAPARRO MATAMOROS, P. y BUENO BIOT, Á. (coord.), *La discapacidad: una visión integral de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

— «El régimen jurídico de la curatela representativa como institución judicial de apoyo de las personas con discapacidad», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 17, agosto de 2022.

CARRASCO PERERA, Á., «Contratación por discapacitados con y sin apoyos», en ÁLVAREZ LATA, N. (coord.), *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, Aranzadi, 2022.

CARRIÓN VIDAL, A., «Conducta pródiga y Ley 8/2021 de 2 de junio», en *Tribuna*, IDIBE, 25 de noviembre de 2022.

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., «La curatela: ¿una nueva institución?», en PEREÑA, M. y HERAS HERNÁNDEZ, M.^a M. (dir.) y NÚÑEZ NÚÑEZ, M.^a (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

- CORRIPIO GIL-DELGADO, M.^a R., «El nuevo marco civil de apoyos a la discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año núm. 98, núm. 790, 2022.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «Las medidas voluntarias de apoyo», en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (dir.), CHAPARRO MATAMOROS, P. y BUENO BIOT, Á. (coord.), *La discapacidad: una visión integral de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- DE SALAS MURILLO, S., «¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 780.
- , «El nuevo sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica en la Ley española 8/2021, de 2 de junio: panorámica general, interrogantes y retos», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 17, agosto de 2022.
- DÍAZ ALABART, S., «Derecho de sucesiones y discapacidad», en ÁLVAREZ LATA, N. (coord.), *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, Aranzadi, 2022.
- DÍAZ PARDO, G., «Nuevo horizonte de la guarda de hecho como institución jurídica de apoyo tras la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio», en PEREÑA, M. y HERAS HERNÁNDEZ, M.^a M. (dir.) y NÚÑEZ NÚÑEZ, M.^a (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- GARCÍA RUBIO, M.^a P., «La reforma operada por la Ley 8/2021 en materia de apoyo a las personas con discapacidad: planteamiento general de sus aspectos civiles», en LLAMAS POMBO, E., MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. y TORAL LANA, E. (dir.), *El nuevo Derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento*, Las Rozas (Madrid), Wolters Kluwer, La Ley, 2022.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a C., «Paternalismo y autonomía en la noción legal de capacidad», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. y GARCÍA MAYO, M. (dir.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Madrid, Bosch, 2021.

GÓMEZ VALENZUELA, M. A., «Reformas en Derecho de Familia», en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (dir.), CHAPARRO MATAMOROS, P. y BUENO BIOT, Á. (coord.), *La discapacidad: una visión integral de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

—, «Del sistema paternalista de la patria potestad prorrogada y rehabilitada al sistema de apoyo en relación al hijo mayor de edad con discapacidad. Debate en torno a la subsunción del cuidado en la arquitectura de las medidas de apoyo: a propósito de la SAP de Cantabria de 14 de febrero de 2022», en *Revista Boliviana de Derecho*, 2022, núm. 34, julio.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Matrimonio y discapacidad», *Derecho Privado y Constitución*, 2018, núm. 32.

—, «Comentario al art. 2. Diez. Se da nueva redacción al art. 94 CC», en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, Aranzadi, 2021.

—, «Comentario al art. 2. Veintitrés. Artículo 270 CC», en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, Aranzadi, 2021.

—, «Las grandes líneas del nuevo sistema de apoyos regulado en Código Civil Español», en ÁLVAREZ LATA, N. (coord.), *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, Aranzadi, 2022.

HERAS HERNÁNDEZ, M.^a M., «El régimen transitorio en la reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica», en PEREÑA, M. y HERAS HERNÁNDEZ, M.^a M. (dir.) y NÚÑEZ NÚÑEZ, M.^a (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

LECIÑENA IBARRA, A., «Comentario al art. 2. Veintitrés. Artículo 263 CC», en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021*

por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, Aranzadi, 2021.

—, «Comentario al art. 2. Veintitrés. Artículo 264 CC», en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, Aranzadi, 2021.

MARTÍNEZ CALVO, J., *Autorregulación precautoria de la discapacidad: adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2022.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «La Observación General Primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. y GARCÍA MAYO, M. (dir.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Madrid, Bosch, 2021.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «Discapacidad y Derecho de familia. Nuevos principios, nuevas normas», en LLAMAS POMBO, E., MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. y TORAL LANA, E. (dir.), *El nuevo Derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento*, Las Rozas (Madrid), Wolters Kluwer, La Ley, 2022.

MORO ALMARAZ, M.^a J., «La tramitación legislativa de la ley 8/2021», en *La Ley, Derecho de familia*, núm. 31, julio-septiembre (*La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico*).

NIETO ALONSO, A., «Comentario al art. 263 CC», en GARCÍA RUBIO, M.^a P. y MORO ALMARAZ, M. J. (dir.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2022.

PALACIOS GONZÁLEZ, D., «Guarda de hecho, curatela o defensor judicial: buscando el mejor apoyo para las personas con discapacidad psíquica», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. y GARCÍA MAYO, M. (dir.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Madrid, Bosch, 2021.

PEREÑA VICENTE, M., «Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa», en *Revista de Derecho Privado*, julio/agosto 2016.

—, «Una contribución a la interpretación del régimen jurídico de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica consagradas en la Ley 8/2021 de 2 de junio», en PEREÑA, M. y HERAS HERNÁNDEZ, M.^a M. (dir.) y NÚÑEZ NÚÑEZ, M.^a (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

—, «La curatela: los nuevos estándares de intervención, nombramiento, remoción y actuación tras la Ley 8/2021, en ÁLVAREZ LATA, N. (coord.), *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, Aranzadi, 2022.

QUESADA SÁNCHEZ, A. J., «Cuestiones generales. Sobre el sentido de la *discapacidad* en la nueva Ley», en DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, L. y QUESADA SÁNCHEZ, A. J. (dir.), *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Barcelona, Atelier, 2022.

ROCA GUILLAMÓN, J., «La guardia de hecho», en MORENO FLOREZ, R. M.^a (dir.), *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual*, Madrid, Dykinson, 2022.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A., «Matrimonio de las personas con discapacidad: argumentos a favor de la necesidad del dictamen médico versus su carácter excepcional y subsidiario tras la reforma del art. 56 del Código civil», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 12, 2020.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., «Aspectos generales de la reforma del Código civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica», en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, enero de 2022.

SANTOS URBANEJA, F., *Sistema de apoyo jurídico a las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Madrid, Cuniepe, 2021.

TORAL LARA, E., «Las medidas de apoyo judiciales e informales en el nuevo sistema de provisión de apoyos del Código Civil», en LLAMAS POMBO, E., MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. y TORAL LANA, E. (dir.), *El nuevo Derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento*, Las Rozas (Madrid), Wolters Kluwer, La Ley, 2022.

TORRES COSTAS, E., «La Convención de Nueva York y los principios que las inspiran», en LLAMAS POMBO, E., MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. y TORAL LANA, E. (dir.), *El nuevo Derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento*, Las Rozas (Madrid), Wolters Kluwer, La Ley, 2022.

VAQUERO PINTO, M.^a J., «Comentario al art. 1302 CC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5^a ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, Aranzadi, 2021.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «Reformas en Derecho de obligaciones y contratos», en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (dir.), CHAPARRO MATAMOROS, P. y BUENO BIOT, Á. (coord.), *La discapacidad: una visión integral de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

Derecho notarial



EL NOTARIO COMO EXPERTO INDEPENDIENTE EN LOS CONFLICTOS SOBRE PROPIEDAD HORIZONTAL

THE NOTARY AS AN INDEPENDENT EXPERT IN CONFLICTS ABOUT CONDOMINIUMS

Alejandro Fuentes-Lojo Rius

Abogado

Profesor de la Universidad Oberta de Catalunya

Resumen: análisis sobre la contribución de la función notarial al fomento de las vías alternativas de solución de conflictos. En particular, se aborda la idoneidad del notario para ejercer la función de experto independiente introducida por el Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia en conflictos sobre propiedad horizontal.

Palabras clave: arbitraje, experto independiente, notario, eficacia de cosa juzgada, título ejecutivo, convenio arbitral, propiedad horizontal, comunidad de propietarios, mediación, requisito de procedibilidad.

Abstract: analysis of the contribution of the notary's function to the promotion of alternative dispute resolution. In particular, the suitability of the notary to exercise the function of independent expert introduced by the Draft Law on Procedural Efficiency Measures of the Public Justice Service in conflicts about condominium regime.

Keywords: arbitration, independent expert, notary, effectiveness of res judicata, enforceable title, arbitration agreement, condominium, community of owners, mediation, procedural requirement.

SUMARIO

- I. LA NOVEDOSA FIGURA DEL EXPERTO INDEPENDIENTE
- II. LA RELEVANCIA DEL EXPERTO INDEPENDIENTE EN LOS CONFLICTOS SOBRE PROPIEDAD HORIZONTAL

- III. EL NOTARIO COMO FIGURA RELEVANTE EN EL ARBITRAJE EN PROPIEDAD HORIZONTAL
- IV. BIBLIOGRAFÍA

I. LA NOVEDOSA FIGURA DEL EXPERTO INDEPENDIENTE

La inminente aprobación del Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia traerá consigo un relevante paquete de medidas de fomento de las vías alternativas de solución de conflictos en aras de evitar su judicialización y tratar de aliviar la sobrecarga que padece la Administración de Justicia y hacerla más sostenible y eficiente.

Junto a los conocidos métodos autocompositivos de solución de conflictos, como la mediación y la conciliación, o hetero compositivos, como el arbitraje, ninguno de los cuales termina de consolidarse en nuestro país, se prevé una innovadora vía de solución de conflictos consistente en la creación de la figura del experto independiente, que no solo está llamado a ser un activo esencial para la sostenibilidad de nuestra Administración de Justicia, sino que dará un gran protagonismo en la solución de conflictos a otras profesiones jurídicas como la de notario.

La función del experto independiente consistirá en emitir un dictamen jurídico respecto de la materia objeto de controversia por encargo de las partes en conflicto, cuyas conclusiones, en caso de ser aceptadas por las partes, tendrán eficacia de cosa juzgada, impidiendo que se pueda presentar demanda judicial con igual objeto, pudiendo erigirse en título ejecutivo, mediante su elevación a escritura pública u homologación judicial para el caso de que el dictamen se haya emitido una vez iniciado ya el proceso judicial.

Si bien, a diferencia del arbitraje, este nuevo método hetero compositivo de solución de conflictos no tiene carácter vinculante, la normativa prevé alicientes suficientes para que, en la práctica, las partes acepten someterse al criterio del tercero neutral y dar por válidas las conclusiones de su dictamen, a pesar de que no sean de su agrado.

En primer lugar, porque se exigirá en el orden civil como requisito de procedibilidad para que sea admisible la demanda judicial que las partes se hayan sometido con carácter previo a un método alternativo de conflictos —entre los que se encuentra la sumisión a la opinión del tercero independiente—.

En segundo lugar, se reforma el régimen de las costas judiciales en su art. 245 de la LEC, de tal forma que si la resolución judicial que pone término al procedimiento es sustancialmente coincidente con el contenido del dictamen jurídico emitido por el tercero neutral, la parte condenada al pago de las costas podrá solicitar la exoneración de su pago o su moderación cuando hubiera formulado propuesta a la parte contraria de someterse al criterio del experto independiente y el resultado del mismo no hubiera sido aceptado por la parte requerida.

Por último, la reforma dispone que los tribunales deberán tener en consideración la actitud de las partes respecto a la solución amistosa y el eventual abuso del servicio público de Justicia al pronunciarse sobre las costas y, asimismo, para la imposición de multas o sanciones previstas en nuestra ley ritaria.

Se considerará cumplido el requisito de procedibilidad de acudir previamente a un medio de solución alternativo de controversias si se acude previamente a la mediación, a la conciliación o a la opinión neutral de un experto independiente, si se formula una oferta vinculante confidencial o si se emplea cualquier otro tipo de actividad negocial, siempre que haya existido una identidad entre el objeto de la negociación y el objeto del litigio, aun cuando las pretensiones sobre dicho objeto pudieran variar, y que permita dejar constancia de la recepción por la parte requerida de la propuesta de negociación, así como de su fecha, contenido e identidad de la parte proponente.

Evidentemente, este requisito de procedibilidad no operará respecto de los conflictos que afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable.

En cuanto a la condición de experto independiente, no se exige requisito profesional o académico alguno, limitándose la ley a declarar que *“el dictamen podrá versar sobre cuestiones jurídicas o sobre cualquier otro aspecto técnico relacionado con la capacitación profesional del experto”*, dando ca-

bida a una gran variedad de profesionales, incluso a los que no sean juristas cuando la materia objeto de controversia no requiera conocimientos jurídicos.

Como decíamos, los notarios no son los únicos llamados a ejercer dicha función de tercero neutral, pero, a mi juicio, sí que son los más idóneos en aquellas materias de su especialidad, pues tienen relevantes ventajas competitivas frente a los abogados, consistentes en que gozan de un mayor grado de independencia dada su función de fedatario público y no les perjudica la inhabilitación para asumir la defensa letrada de cualquiera de las partes en el eventual pleito posterior en caso de fracasar el intento de solución amistosa del conflicto.

II. LA RELEVANCIA DEL EXPERTO INDEPENDIENTE EN LOS CONFLICTOS SOBRE PROPIEDAD HORIZONTAL

Si bien hay un gran elenco de especialidades jurídicas que son susceptibles de ser sometidas a la opinión del experto independiente en nuestro Derecho Privado, es difícil prever la acogida que tendrá esta innovadora vía de solución de conflictos en la práctica en cada disciplina, pero sí que auguro un gran éxito, particularmente, en materia de propiedad horizontal.

Las relaciones de vecindad en fincas divididas en propiedad horizontal comportan una mayor conflictividad que se traduce en un sinfín de problemáticas jurídicas que se van sucediendo en el día a día del funcionamiento de las comunidades de propietarios y que si no se solucionan de forma ágil y amistosa terminan abocando a las comunidades de propietarios a los tribunales y exponiendo a sus comuneros a un sinfín de pleitos agotadores y costosos.

Es más, la propia regulación sobre propiedad horizontal incentiva, a mi juicio, la “cultura del pleito”, al obligar a todo comunero disconforme con una decisión comunitaria a interponer una demanda judicial para discutir la validez de dicha decisión, ¡aun cuando la misma sea contraria al ordenamiento jurídico! Pues, de lo contrario, dicho defecto de nulidad quedará convalidado por el paso del tiempo y por la falta de impugnación. Nótese que incluso en aquellos casos en que el acuerdo ni siquiera ha alcanzado el quórum legal exigible y, por tanto, es inexistente, si no es impugnado en los tribunales, queda

convalidado y produce plenos efectos jurídicos, en virtud de la doctrina de nuestro Tribunal Supremo relativa a la anulabilidad de los acuerdos contrarios a la normativa de propiedad horizontal (Sentencia de 5 de abril de 2017; Sentencia de 5 de marzo de 2014; Sentencia de 11 de junio de 2010)¹.

Al margen de la problemática habitual sobre morosidad que sufren muchas comunidades de propietarios y que no cabe duda de que debe vehicularse por los tribunales, existiendo un instrumento procesal privilegiado y eficaz que es el proceso monitorio de reclamación de deudas comunitarias del art. 21 de la LPH², existe otra problemática muy variada en materia de obras, nuevas instalaciones o servicios, actividades molestas, prohibidas y/o contrarias a la convivencia vecinal, entre otras, que debería solucionarse por vía amistosa y que, lamentablemente, terminan en los tribunales por la incapacidad de las comunidades de solucionarlas internamente.

Es ante esta variada e ingente problemática que surge a diario en las comunidades de propietarios que la figura del experto independiente puede contribuir a un funcionamiento más sostenible, tanto de las comunidades de propietarios como de la Administración de Justicia, evitando que la autoridad judicial tenga que intervenir extemporáneamente y de forma quirúrgica al haber fracasado la aplicación del derecho preventivo y evitar así daños y perjuicios mayores para la comunidad de propietarios.

Si bien son muchas las comunidades de propietarios que tradicionalmente vienen recurriendo en la práctica a esta vía alternativa de solución de conflictos, solicitando dictámenes jurídicos a abogados especializados en propiedad horizontal sobre los problemas que van aflorando en el funcionamiento orgánico ordinario con el fin de apaciguar los ánimos querulantes de algunos comuneros, era necesario regular esta modalidad amistosa de solución de conflictos para dotarla de mayor eficacia.

Aun cuando la mayoría de esta conflictividad es de poca entidad económica, entraña a menudo una enorme complejidad jurídica que reside en la permanente tensión existente entre la protección jurídica del derecho indi-

¹ FUENTES-LOJO RIUS, A., «Propuestas *de lege ferenda* para la modernización de la Ley de Propiedad Horizontal», *Actualidad Civil*, nº 9, 2022.

² FUENTES-LOJO RIUS, A., «El principio de prueba documental del proceso monitorio», *Práctica de Tribunales*, nº 152, 2021.

vidual de propiedad privada de cada comunero y la protección jurídica del interés general de la comunidad, concurriendo un entramado de derechos y obligaciones de derechos individuales de igual clase y colectivos, que deben compaginarse y ordenarse adecuadamente y que dificultan enormemente la labor del operador jurídico. En palabras del Tribunal Constitucional en Sentencia del Pleno nº301/1993, de 21 de octubre:

“el artículo cuestionado (19.1 L.P.H.) se refiere a un tipo de propiedad, el de la propiedad horizontal, en el que la necesidad de compaginar los derechos e intereses concurrentes de una pluralidad de propietarios y ocupantes de los pisos, justifica, sin duda, la fijación, legal o estatutaria, de específicas restricciones o límites a los derechos de uso y disfrute de los inmuebles por parte de sus respectivos titulares”.

Es justamente este componente de complejidad técnica que hace tan idóneo al notario para ejercer de tercero independiente en esta materia y cuya objetividad permite combatir estas problemáticas abstrayéndose de las diferencias o enemistades personales que a menudo son su detonante y que no permiten afrontar el problema con la nitidez y rigor exigibles.

III. EL NOTARIO COMO FIGURA RELEVANTE EN EL ARBITRAJE EN PROPIEDAD HORIZONTAL

También son recomendables en esta materia otras vías alternativas de solución de conflictos, como el arbitraje, en tanto que es un método heterocompositivo de soluciones más económico, rápido y especializado que los tribunales de justicia.

Sin embargo, en la práctica no termina de consolidarse en España porque exige que en el título constitutivo se haya hecho constar de origen la sumisión a arbitraje, ya tan pronto entra en funcionamiento la comunidad de propietarios, dicha modificación estatutaria será prácticamente imposible de acometer, al exigirse la unanimidad de votos (art. 17.6 LPH).

La exigencia de unanimidad para la adopción de acuerdos comunitarios debe quedar reservada a los supuestos estrictamente necesarios.

Téngase en cuenta que una utilización excesiva de este elevado quórum impide un funcionamiento dinámico y autónomo de la comunidad de propietarios, e impide en la práctica que dicho ente pueda dotarse del marco normativo estatutario que mejor se ajuste a sus particularidades e intereses concretos.

Los efectos negativos de una aplicación excesiva de la regla de la unanimidad ya fueron puestos de manifiesto por el legislador español en el Preámbulo de la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal de 1999 (Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la Propiedad Horizontal):

“Se considera así hoy en día que la regla de la unanimidad es en exceso rigurosa, en cuanto obstaculiza la realización de determinadas actuaciones que son convenientes para la comunidad de propietarios e incluso, por razones medioambientales o de otra índole, para el resto de la colectividad. Se ha considerado así conveniente flexibilizar el régimen de mayoría para el establecimiento de determinados servicios (porterías, ascensores, supresión de barreras arquitectónicas que dificulten la movilidad de personas con minusvalías, servicios de telecomunicación, aprovechamiento de la energía solar, etc.)”.

La regla de la unanimidad instaura una suerte de derecho de veto del propietario disidente sobre el interés comunitario, con el riesgo de que se vulnere el principio esencial primacía del interés comunitario sobre el individual del propietario.

Como ya manifestamos en su día³, debería relajarse el quórum legal exigible para la adopción de acuerdos de modificación del título constitutivo y/o de estatutos comunitarios en la línea del legislador catalán —cuya normativa sobre propiedad horizontal exige una mayoría de 4/5 de propietarios y cuotas para cualquier modificación del título constitutivo—, permitiendo así que las comunidades de propietarios puedan adecuar la ordenación legal a sus circunstancias e intereses concretos.

Ciertamente, la regla de la unanimidad no aplica a todos los casos en los que la comunidad quiere resolver un conflicto por la vía del arbitraje.

³ FUENTES-LOJO RIUS, A., «Medidas legales para una reforma de la Ley de Propiedad Horizontal: la regla de la unanimidad debe quedar relegada a los supuestos estrictamente necesarios», *Diario La Ley*, n° 9269, 1 de octubre de 2018, ed. La Ley.

Así pues, aun cuando no esté prevista en el título constitutivo una cláusula arbitral, la comunidad podrá someter cualquier conflicto que surja con un tercero a la vía arbitral, siendo suficiente con que se autorice al presidente por mayoría simple a suscribir el correspondiente convenio arbitral, de conformidad con lo dispuesto en el art. 17.7 de la LPH.

Es más, los tribunales (Sentencia de 26 de junio de 2013 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sec. 1ª) han llegado a dar validez a un laudo arbitral aun cuando no se había adoptado de forma expresa acuerdo facultativo al presidente de la comunidad de propietarios para suscribir convenio arbitral, por considerar que la comunidad lo consintió tácitamente al haber tenido conocimiento racional del procedimiento arbitral sin formular objeción alguna.

Distinto tratamiento jurídico tiene la cuestión cuando estamos ante un conflicto jurídico de carácter interno, es decir, entre comunidad y comunero/s. En estos casos, habrá que estar a lo que disponga el título constitutivo y, en defecto de regulación estatutaria específica, para suscribir el convenio arbitral se precisará el consentimiento del presidente debidamente facultado mediante acuerdo comunitario expreso por mayoría simple de propietarios y cuotas; así como el consentimiento expreso del comunero que constituye la otra parte litigante. En estos casos, es suficiente también que el acuerdo comunitario se haya adoptado por mayoría simple, pero este acuerdo tan solo representará la manifestación de voluntad de una de las partes, la comunidad, no pudiendo en ningún caso dicho acuerdo equivaler al convenio arbitral, que deberá ser suscrito de forma expresa por el comunero afectado, en virtud de lo dispuesto por el art. 9 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. De tal forma que la voluntad del propietario que es parte litigante no podrá suplirse por una falta de impugnación del acuerdo comunitario facultativo en el que no ha participado. En este sentido, se ha pronunciado la SAP Madrid, Sec. 20, nº44/2012, de 28 de febrero:

“En efecto, no se encuentra entre las facultades atribuidas a la Comunidad de Propietarios por el artículo 14 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, ni siquiera en su apartado f), la de poder sustituir la autonomía de la voluntad de los comuneros, compeliéndoles forzosamente a prescindir de la intervención de los tribunales en sus con-

troversias con la propia comunidad o con otros propietarios, y aunque un acuerdo unánime de los propietarios en este sentido podría considerarse válido y producir los efectos de un convenio arbitral, dados los amplios términos del artículo 9 de la Ley 60/2003, de 23 diciembre, de Arbitraje, no puede atribuirse dicho efecto jurídico a un acuerdo alcanzado por simple mayoría y sin cumplir las formalidades exigibles para adoptarlo, como es el caso que nos ocupa, pues el acuerdo comunitario alcanzado por algunos de los comuneros no puede sustituir la autonomía de la voluntad de los comuneros ausentes o disidentes, ni imponerles el acudir necesariamente a la vía arbitral para resolver sus controversias, con exclusión de la judicial, ni siquiera en los supuestos en que los afectados no hubieran impugnado el acuerdo mayoritario, pues lo esencial, como señala la citada sentencia de la Sección 19ª de esta Audiencia Provincial, es que en estos supuestos no existe la voluntad inequívoca de someterse a arbitraje de los propietarios que no votaron a favor del mismo, no dándose, por tanto, la concordante voluntad de las partes de someter el conflicto a arbitraje que inexcusablemente ha de concurrir, con independencia de la forma en que se exprese, para la existencia de un convenio arbitral”.

En todo caso, sería recomendable que los notarios fomentaran la inclusión de cláusulas de sumisión a arbitraje en las escrituras de obra nueva y división horizontal para incentivar el uso del arbitraje en conflictos sobre propiedad horizontal, explicando a los promotores inmobiliarios las bonanzas de este método alternativo de solución de conflictos, a menudo desconocido por los empresarios españoles.

IV. BIBLIOGRAFÍA

FUENTES-LOJO RIUS, A., «Propuestas *de lege ferenda* para la modernización de la Ley de Propiedad Horizontal», *Actualidad Civil*, nº 9, 2022.

—, «El principio de prueba documental del proceso monitorio», *Práctica de Tribunales*, nº 152, 2021.

—, «Medidas legales para una reforma de la Ley de Propiedad Horizontal: la regla de la unanimidad debe quedar relegada a los supuestos estrictamente necesarios», *Diario La Ley*, nº 9269, 1 de octubre de 2018, ed. La Ley

Derecho civil



**DERECHO A GOZAR DE UNA VIVIENDA
DIGNA Y ADECUADA Y DERECHO A LA
PROPIEDAD DE VIVIENDA**
*(A propósito del Proyecto de Ley por el derecho a la
vivienda)*

**THE RIGHT TO ENJOY DECENT
AND ADEQUATE HOUSING AND THE RIGHT
TO HOME OWNERSHIP**
(Regarding the draft Housing Rights Bill)

Lorenzo Prats Albentosa

Catedrático de Derecho Civil

CUNEF Universidad

Vocal Permanente. Secc.1ª,

Comisión General de Codificación

Resumen: Las ambiciosas pretensiones del Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda dan lugar en este estudio a observaciones referidas a: el fundamento del mismo en las raíces del Estado social; a la incorporación a nuestro Ordenamiento jurídico de un derecho fundamental no reconocido como tal en la CE, ni tampoco como derecho constitucional, si no por Instrumentos internacionales suscritos por España; sobre la competencia del Estado y de las CC. AA. para su regulación, así como para la regulación de un nuevo estatuto de la propiedad, cuyo objeto es la vivienda, cuya calificación jurídica depende del cumplimiento de normas de las CC. AA. y la Administración Local.

Palabras clave: Estado social, valores fundamentales, propiedad, vivienda, derecho fundamental, competencia legislativa.

Abstract: The ambitious pretensions of the Draft Bill for the right to housing give rise in this study to observations referring to: its basis in the roots of the social state; the incorporation into the Spanish legal system of a fundamental right not recognized as such in the Spanish Constitution, nor as a constitutional right, but rather by international instruments signed by Spain; the competence of

the State and the CC. AA. for its regulation, as well as for the regulation of a new statute of property, whose object is housing, whose legal qualification depends on compliance with the rules of the CC. AA. and the Local Administration.

Keywords: Social state; fundamental values; property; housing; fundamental rights; legislative competence.

SUMARIO

- I. PREVIO: ESTADO SOCIAL Y DERECHO AL GOCE DE UNA VIVIENDA DIGNA Y ADECUADA
- II. EL DERECHO A DISFRUTAR DE UNA VIVIENDA DIGNA: DE PRINCIPIO RECTOR A DERECHO SUBJETIVO
 1. Uno de los principios rectores de la política social y económica
 2. La interpretación del sustantivo «derecho» en el Art. 47 CE
- III. LA DOBLE DIMENSIÓN DE LA VIVIENDA Y EL PROYECTO DE LEY POR EL ACCESO A LA VIVIENDA
 1. El Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda, un texto complejo y ambicioso
 2. El Proyecto de Ley reconoce el derecho a la vivienda
- IV. EL DERECHO DE PROPIEDAD CUYO OBJETO ES UNA VIVIENDA
 1. La regulación de una nueva forma o estatuto de la propiedad
- V. CONCLUSIÓN
- VI. BIBLIOGRAFÍA

I. PREVIO: ESTADO SOCIAL Y DERECHO AL GOCE DE UNA VIVIENDA DIGNA Y ADECUADA

El artículo 1º de nuestra Constitución proclama, en primer término, que España se constituye en un «Estado social», que también es «Democrático» y de «Derecho». Con el primero de los calificativos, «social», la Constitución señala la relevancia que para ella tiene el hecho social, la sociedad, es decir, nosotros los ciudadanos y nuestros problemas vitales. Tanto es así que lo «fija» como punto cardinal del rumbo de la acción del Estado, de sus Poderes, y de su Derecho.

Ha de reconocerse a Lorenz von Stein (Eckernförde, Alemania, 1815-Viena, 1890)¹ la autoría de la expresión «Estado social» y la construcción de su concepto. Con él pretendió ampliar las típicas funciones del Estado liberal (garantizar la libertad, la propiedad, la igualdad y la seguridad jurídica), para lograr una sociedad más integrada y justa, y superar su modelo de Estado representativo, que suponía la separación entre el Estado y la Sociedad.

La Ley Fundamental de Bonn, de 1949, fue el primer texto europeo de su rango que atribuyó al Estado el calificativo de «social», pero, por la influencia del pensamiento y la obra de Hermann Heller (Cieszyn, Polonia, 1891-Madrid, 1933) *Teoría del Estado*², al sintagma se añadió «de Derecho»³. Desde entonces, las Constituciones que se aprobaron con posterior-

¹ STEIN, L. von, *Movimientos sociales y monarquía*. Prólogo de Luis Díez del Corral. Trad. Enrique Tierno Galván. Ed. Centro Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, p. 44 ss. «... en cada Estado, precisamente por implicar una sociedad, alienta aquel conflicto entre el principio del Estado y el de la sociedad... la riqueza, el poder, la felicidad del Estado vienen condicionados por el bienestar de todos y cada uno de sus súbditos».

² HELLER, H., *Teoría del Estado*. Edición a cargo de José Luis Monereo Pérez. Ed. Comares, Granada, 2004. «[S]in la permanencia de las normas sociales no existe permanencia del estatus social, no existe Constitución» (p. 291).

³ Vid. TORRES DEL MORAL, A., «El Estado Social», *Teoría y Derecho*, n.º 9, 2011, pp. 20 y ss. para una exposición crítica de la evolución del sintagma.

ridad, y que tuvieron por referente la citada Ley Fundamental —entre ellas también la española de 1978— se han referido a la forma de Estado que ordenan como «Estado Social de Derecho».

El Art. 1 CE dice, a continuación, que el Estado «propugna» (que es tanto como decir que defiende) «como valores superiores de su ordenamiento jurídico», es decir, «como razones categóricas frente a cualesquiera intereses»⁴, la «libertad», la «justicia» y el «pluralismo político».

Lo que supone que tanto el propio Texto Fundamental, como el conjunto de Leyes que se han aprobado desde su entrada en vigor, o que se aprobarán en el futuro, como todos los Reglamentos que, en su ejecución, dicte el Poder Ejecutivo, o todas las Sentencias, que interpreten las Leyes y los Reglamentos, para aplicarlos a los conflictos que hayan de resolver, deberán defender o amparar —propugnar— tales valores superiores.

Entre tales valores interesa prestar atención, en este momento, y al objeto del presente estudio, a «la justicia». El Ordenamiento jurídico de un Estado social debe ampararla. Lo que supone que sus reglas y soluciones no solo han de tender a ella, si no que, además, han de percibirse por la sociedad como justas, pues, mediante tales reglas, se resolverán sus conflictos y necesidades y, así, se administrará justicia social.

Dijo von STEIN: «el Estado debe crear las condiciones que el individuo ya no puede procurarse por su propia fuerza en el ordenamiento social dado para ascender de la clase inferior a la superior»⁵.

En consecuencia, la actividad del Estado, en todo caso respetuosa con el «gran principio de autodeterminación personal», deberá comenzar «solo ahí donde la fuerza del individuo sea, por su naturaleza, incapaz de hacer realidad esa meta»⁶.

Pues, sigue diciendo Stein, la falta de condiciones materiales en la existencia personal, da lugar a la «penuria», que es la manifestación tanto de la

⁴ ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J.; *Las piezas del Derecho*. Ed. Ariel, Madrid, 1996, p. 123.

⁵ STEIN, L. von, *Tratado de teoría de la Administración y Derecho administrativo*. Estudio introductorio Omar Guerrero. Trad. J.A. Ancona Quiroz. Ed. FCE, Ciudad de México, 2016, p. 737.

⁶ STEIN, L. von, *Ibidem*.

incapacidad del individuo para defenderse por sí mismo, como de su falta de libertad⁷.

Por tanto, la eliminación de la penuria que padezca el individuo ha de ser asumida como una tarea de toda la comunidad, y, en consecuencia, por el Estado —dado que representa la armonía entera de los intereses de todos— pues es condición previa para el desarrollo en la sociedad.

Por, ello, concluía von Stein, el Estado deberá actuar para procurar tal armonía o, por el contrario, «él mismo se irá a pique por carecer de esta capacidad»⁸. Pues, vaticinaba, «cuando el Estado no es apto para cumplir su función social suprema, que no radica en someter unos intereses a otros, sino en resolver armoniosamente sus conflictos, entonces la energía elemental de las fuerzas físicas entra en su lugar y la guerra civil aniquila, junto con el bienestar de todos, también al Estado mismo que no fue capaz de comprenderlo y protegerlo.»⁹.

El eco de las ideas de von Stein atravesó el s. XX, amplificado por la «penuria» y la pobreza que trajo a los europeos durante su primera mitad. Los riesgos vaticinados se habían materializado, y el horror de la realidad, desgraciadamente, vivida, fue la prueba de su acierto, y la de la convicción de la necesidad de su corrección.

Las Constituciones posteriores al fin de II Guerra Mundial fueron reflejo de tal pensamiento y de su lamentable confirmación. Y, quizá por ello, optaron por calificar la forma de sus Estados como «social».

Nuestro Constituyente, no fue ajeno ni a la anterior doctrina, ni a sus posteriores desarrollos, tanto teóricos, como prácticos. Así lo expresó en su Art. 1. Pero no solo, pues dedicó el Capítulo III, del Tít. I de la Norma Fundamental a los «Principios rectores de la política social y económica».

⁷ STEIN, L. von, *Op. cit.*, p. 751 y ss. «La penuria somete la personalidad, libre en sí, al poder de aquellas cosas que satisfacen su necesidad. La penuria, por tanto, no es meramente un peligro, sino una falta de libertad para quien la padece. Precisamente, por esta razón su eliminación ya no es una mera cosa del individuo si no de la comunidad».

⁸ *Op. cit.*, p. 737.

⁹ *Ibidem*.

Principios que, sin duda, tienen por finalidad concretar y ordenar cómo han de actuar los poderes públicos de un Estado social¹⁰, para procurar que el Estado cumpla o realice sus fines, y, por tanto, aquello que la sociedad espera de él. Sin olvidar, como se ha dicho antes, que las normas que forman su Ordenamiento, a las que quedan sujetos todos los poderes públicos (Art. 9.1 CE), expresarán en sus mandatos y reglas los valores superiores de libertad y de justicia.

II. EL DERECHO A DISFRUTAR DE UNA VIVIENDA DIGNA: DE PRINCIPIO RECTOR A DERECHO SUBJETIVO

1. Uno de los principios rectores de la política social y económica

Entre los principios rectores de la política social, el Art. 47 CE enuncia: «Todos los españoles tienen *derecho a disfrutar* de una vivienda digna y adecuada.»

Así, la Norma Fundamental afirma que disfrutar de una vivienda, *digna y adecuada*, es una de las condiciones materiales necesarias para la existencia personal de un ciudadano en nuestro Estado social.

Lo que supone que nuestra Constitución considera que, cuando un ciudadano no pueda proporcionarse tal goce, se asoma al estado de «penuria». Situación que pone en evidencia el límite de su autodeterminación personal, y que, de otro lado, implica que, a partir de tal momento, los poderes públicos («el sistema de Administración social») han de actuar, pues su actuación se articula constitucionalmente con base en este principio rector de la política social.

Por ello, el Art. 47 CE, dice a continuación que: «Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho...» —ha de recordarse— cuando algún ciudadano no pueda atender por sí mismo esta necesidad básica: habitar en una vivienda digna.

¹⁰ «El Sistema de la Administración social», al que se refería von STEIN, *Tratado...*, *Op. cit.*, pp. 737 y ss.

2. La interpretación del sustantivo «derecho» en el Art. 47 CE

El uso por el precepto del sustantivo «derecho» ha dado lugar a criterios dispares respecto del sentido que haya de dársele al mismo. En esta controversia, el criterio sistemático de interpretación es premisa fundamental de una de las posiciones mayoritarias.

2.1. Así, y de acuerdo con la interpretación sistemática, en el Capítulo III, del Título I de la CE, donde se encuentra ubicado el Art. 47, se contienen «Los principios rectores de la política social y económica». No se contienen, en consecuencia, propiamente derechos subjetivos —como sí ocurre en las dos primeras secciones del Capítulo II del mismo Título— sino «principios de naturaleza meramente programática, que sirven de orientación a la acción de los poderes públicos.»

De acuerdo con el anterior criterio, la STC núm. 93/2015 dijo que «el derecho a una vivienda digna... más que un derecho subjetivo es un mandato a los poderes públicos autonómicos [SSTC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 15 c); 31/2010, FJ 16, y 110/2011, de 22 de junio, FJ 5], garantiza la posición jurídica del ciudadano que necesita un lugar donde vivir y no la del propietario de la vivienda, interés este último que está amparado... por el derecho de propiedad recogido en el Art. 33 CE.»

Por tanto, y con base en esta interpretación, el ciudadano, «*que necesita un lugar donde vivir*», no puede invocar el Art. 47 CE para exigir de los poderes públicos que promuevan «las condiciones necesarias» y establezcan «las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho», ni, desde luego, exigir a tales poderes que le concedan el disfrute de una vivienda digna y adecuada. Ha de ser una Ley la que le reconozca tal derecho, esta vez sí, como derecho subjetivo¹¹.

2.2. En segundo lugar, una interpretación, sostenida por la doctrina más reciente¹², concluye que sí cabe afirmar que exista el derecho subjetivo a

¹¹ Así lo hace, p.e., la Ley de Cataluña núm. 18/2007 del derecho a la vivienda (Art. 6) y, también, la Ley del País Vasco núm. 3/2015 de Vivienda, (Arts. 7, 6.2 y 9).

¹² Vid. PISARELLO, G., «El Derecho a la vivienda como derecho social». *Revista Catalana de Derecho Público*, n.º 35, noviembre, 2007. PONCE SOLÉ, J. *El Derecho de la Unión Europea y la vivienda*. Ed. Mc Graw-Hill, 2019. MOLTÓ DARNER, M.^a J. y PONCE SOLÉ, J. *Derecho a la vivienda*

disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Como argumento inicial, se sostiene que la calificación de este derecho, tan solo, como uno de los principios rectores de la política social y económica, como consecuencia de su ubicación sistemática en la Constitución, quedó superada por efecto de la adhesión de España a determinados Instrumentos internacionales, en los que se lo considera como un derecho fundamental.

De este modo, el criterio sistemático de interpretación resulta inútil para dirimir la cuestión, y ello pues su carácter de derecho subjetivo provendría de tales Instrumentos que, de acuerdo con el Art. 96 CE, «una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno».

Así, se invocan: el Art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de acuerdo con el cual «Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda...».

El Art. 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el que se previene que «Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Parte tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho...».

Los Arts. 13, 16 y 19 de la Carta Social Europea de 1961, y de su revisión en 1996, la «Parte I: Las Partes reconocen como objetivo de su política... el establecimiento de las condiciones en que puedan hacerse efectivos los derechos y principios siguientes: .../... 31. Toda persona tiene derecho a la vivienda.» Y, como concreción de este objetivo, en su Art. 38.1.^a se previene que «Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la vivienda,... se comprometen [los Estados Parte] a adoptar medidas destinadas a: 1.^a favorecer el acceso a la vivienda de un nivel suficiente.»

Desde luego, el debate no es *solo* doctrinal, sino, fundamentalmente, práctico, pues, si se considera que es un derecho subjetivo supondrá que los ciudadanos podrán exigir de los poderes públicos que satisfagan su derecho,

y función social de la propiedad. Thomson Reuters-Aranzadi, 2017. LÓPEZ RAMÓN, F. «El derecho subjetivo a la vivienda», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 102, 2014, pp. 49 y ss.

y que les concedan, cuando lo precisen, el goce de una vivienda digna y adecuada y que, en caso contrario, podrán pedir a los Tribunales que se lo reconozcan y, consiguientemente, condenen a la Administración para que les conceda el uso solicitado.¹³

Y, de otro, que el Estado, las CC. AA. o las Administraciones Locales, en el ámbito de sus competencias respectivas, deberán prever expresamente en sus Presupuestos Generales las partidas precisas para dar satisfacción a las peticiones de los ciudadanos que ejerzan su derecho, pues solo así se realizará, ciertamente, «el acceso a la vivienda de un nivel suficiente»¹⁴.

Desde esta perspectiva, la ley que regule este derecho introducirá en el ordenamiento jurídico uno de los pilares en los que se asienta la política social, y vinculará al poder ejecutivo, en todos sus niveles territoriales, y *pro futuro*, a su ejecución, salvo, obviamente, su —muy difícil— derogación por otra ley posterior.

III. LA DOBLE DIMENSIÓN DE LA VIVIENDA Y EL PROYECTO DE LEY POR EL ACCESO A LA VIVIENDA

1. El Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda, un texto complejo y ambicioso

El Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda¹⁵, en trámite parlamentario desde su presentación el día 2 de febrero de 2022, como puede deducirse desde su título, adopta como fundamentación doctrinal la segunda interpretación anteriormente expuesta.

Como se dirá, es un texto complejo y ambicioso, pues, en primer lugar, pretende la configuración como derecho de aquello que para nuestra Constitución es uno de los «principios rectores de la política social y económica». De otra parte, pretende construir tal derecho siguiendo el patrón del derecho

¹³ Así se previene, p.e., en la Ley de Cataluña núm. 18/2007 del derecho a la vivienda (Art. 6) y, también, en la Ley del País Vasco núm. 3/2015 de Vivienda, (Arts. 7, 6.2 y 9), que, a su vez, son aplicación del reproducido Art. 38.1.^º de la Carta Social Europea, revisada en 1996.

¹⁴ Art. 38, 1.^ª, Carta Social Europea de 1961, Revisión 1996.

¹⁵ 121/000089. BOCG-14-A-89-1.

a la propiedad (Art. 33 CE). En tercer lugar, persigue la regulación de una nueva forma o estatuto del derecho a la propiedad, la que tiene por objeto la vivienda.

En cuarto lugar, ha de conjugar la que la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 37/2022 denomina «doble dimensión de la vivienda»: como soporte para el ejercicio de derechos, y, como «importante activo patrimonial y, por ende, el objeto de un sector del mercado —el mercado inmobiliario—, lo cual le otorga una innegable relevancia desde la perspectiva de la actividad económica, el mercado único y la regulación del tráfico patrimonial privado.»

Desde esta segunda dimensión, la vivienda se ha de contemplar como objeto de tráfico, es decir, como riqueza que circula en el mercado, de acuerdo con las reglas que lo ordenan, aseguran su transferencia y adquisición legítima, así como su protección, lo que, desde luego, tiene indudable incidencia en la libertad de empresa, reconocida por el Art. 38 CE.

Reglas que, asimismo, han de contenerse en esta norma en trámite parlamentario, pues la Ley no puede desconocer que un mercado genera riqueza y, por tanto, cumple, al menos, una de sus finalidades primordiales, en función del número de transacciones que en él se realizan. Ni tampoco puede desconocer que una alta frecuencia transaccional depende, principalmente, de la facilidad de acceso a la financiación para la realización de actos de intercambio.

En consecuencia, en la medida en la que las entidades financieras estén dispuestas a facilitar crédito a un mayor número de operaciones de adquisición de vivienda, mayor número de transacciones de su propiedad se producirá y, así, se favorecerá el acceso a un mayor número de personas al goce en propiedad de una vivienda digna y adecuada.

Y que este mismo efecto tendrá lugar cuando las entidades financieras estén dispuestas a garantizar a los propietarios, mediante la concesión de avales, el pago de la renta de un mayor número de arrendatarios de vivienda. O bien, cuando las compañías de seguros estén dispuestas a asegurar a un mayor número de arrendadores de vivienda que, en caso de impago de la renta por su inquilino, ellas cubrirán el siniestro, o, desde luego, cuando

tales compañías tengan mayor predisposición a asegurar al arrendatario el pago de su obligación.

Y, en quinto lugar, pues en la regulación confluye la competencia de las Cortes Generales, de las Asambleas Legislativas de las CC. AA., así como de los Ayuntamientos. Lo que obliga al Proyecto a contener su regulación, a fin de evitar su inmisión en ámbitos competenciales ajenos.

Tarea ardua, pues el objeto del derecho —la vivienda— es un bien definido y configurado normativamente —solo tiene tal condición aquello que jurídicamente se considera así— y la competencia para hacerlo no corresponde al Estado, como el propio Proyecto reconoce.

2. El Proyecto de Ley reconoce el derecho a la vivienda

2.1. Un derecho constitucional

El Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda adopta como premisa la segunda de las interpretaciones expuestas anteriormente.

Considera a tal derecho como un «derecho constitucional», y asume los argumentos con base en los cuales se apoya tal consideración: es un derecho «que incide en el goce del contenido de otros derechos constitucionales, declarados incluso fundamentales, como los relativos a la integridad física y moral (Art. 15 CE), a la intimidad personal y familiar (Art. 18 CE), a la protección de la salud (Art. 43 CE) y a un medio ambiente adecuado (Art. 45 CE); derechos, todos ellos, que guardan una relación estrecha con los valores de la calidad de vida —de la que habla el propio preámbulo de la norma fundamental— y del libre desarrollo de la personalidad en sociedad (Art. 10.1 CE).»¹⁶

Asimismo, el Proyecto invoca los Instrumentos internacionales suscritos por España —citados anteriormente— en los que se reconoce el derecho a la vivienda como derecho humano y fundamental, e incorpora una referencia al Art. 34.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que, si bien no lo reconoce directamente como derecho,

¹⁶ Exposición de Motivos, p. 4.

se refiere tangencialmente a él como «derecho a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes.»

Y, en relación con lo anterior, se refiere, asimismo, a la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, sobre el acceso a una vivienda digna y asequible para todos¹⁷. En esta Resolución se pide tanto a la Comisión UE, como a los Estados Miembro, que se aseguren de que el derecho a una vivienda adecuada sea reconocido y ejecutable como un derecho humano fundamental, mediante disposiciones legislativas europeas y nacionales aplicables, y que garanticen la igualdad de acceso para todos a una vivienda digna.

Ha de señalarse, por último, cómo en el Proyecto de Ley se considera que el Art. 47 CE impone un deber¹⁸ «que incumbe a todos los poderes públicos sin excepción... en el marco de sus respectivas esferas de competencia». Y cómo, con base en esta premisa, expresa que la norma proyectada ha de entenderse «en el contexto del cumplimiento por parte del Estado de la obligación que, en el marco de sus competencias constitucionales, le incumbe en la protección del derecho a acceder a una vivienda digna y adecuada y a su disfrute».

2.2. *Un derecho fundamental, según los Instrumentos suscritos por España*

Pero no sólo se considera a este derecho como un derecho constitucional, pues, asimismo, es calificado como fundamental.

El derecho que el Proyecto de Ley pretende configurar, de una parte, es un derecho que se reconoce para que se ejerza por los ciudadanos frente a los poderes públicos «sin excepción», y para que estos cumplan con su

¹⁷ 2019/2187(INI); P9_TA (2021)0020.

¹⁸ Esta es, quizá, una de las inconsistencias del Proyecto. Si el derecho que regula proviene de los Instrumentos internacionales suscritos por España, y no del Art. 47CE —que no contempla más que un principio rector— de él no puede nacer deber alguno, pues su origen se ha de encontrar en tales Instrumentos internacionales.

deber de facilitar, a todo ciudadano que lo precise, el uso de una vivienda digna y adecuada, desde luego, con cargo a fondos y recursos públicos.

Es decir, un derecho de los ciudadanos que sólo podrá satisfacerse por la actuación de los poderes públicos (Estado, CC. AA., pero también la Administración Local) en el ámbito de sus respectivas competencias.

Mientras que, de otra parte —y como se tratará más adelante—, el Proyecto de Ley también tiene por objeto regular uno de los regímenes del derecho a la propiedad —reconocido por el Art. 33 CE— precisamente, aquel que tiene por objeto la vivienda. Es decir, pretende regular otra «dimensión» del derecho. Aquella que faculta a quien ya sea dueño de una vivienda —y que, por tanto, no precisa de la actuación del Estado, pues tiene cubierta su necesidad— para que satisfaga directamente, sin intermediación de nadie, sus necesidades e intereses, previa la realización de la función social de esta forma de propiedad.

En este momento, nuestra atención se ha de centrar en el primero de los fines del Proyecto: el derecho de los ciudadanos, que precisen el uso de una vivienda digna y adecuada, a pedir a los poderes públicos que se lo concedan.

El Proyecto, como fundamento de la regulación de este derecho que pretende regular, invoca los Instrumentos internacionales suscritos por España, en los que se reconoce el derecho a la vivienda como derecho humano y fundamental. Y ello pues, tal y como establece el Art. 10.2 CE, resulta necesario interpretar «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce... de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

Precepto que, según ha considerado nuestro Tribunal Constitucional, «recoge una directriz sobre el modo en que debe ser realizada la interpretación del Título I de la Constitución española» (STC 198/2012, FJ 2), y contiene «un criterio interpretativo aplicable a la exégesis de los preceptos constitucionales que tutelan los derechos fundamentales» (STC 303/1993).

Lo que implica que el Constituyente reconoció la coincidencia con el ámbito de valores e intereses que protegen los instrumentos internacionales

a que remite, «así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado» (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7).

Así, en la propia Exposición de Motivos del Proyecto, se refieren aquellos instrumentos que conforman el «contexto» en el que se inserta el derecho proyectado, y desde el que se ha de interpretar, comprender y aplicar, como son:

El Art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de acuerdo con el cual «Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda...».

El Art. 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el que se previene que:

«Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Parte tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho...».

Los Arts. 13, 16 y 19 de la Carta Social Europea de 1961, y de su revisión en 1996, la «Parte I: Las Partes reconocen como objetivo de su política... el establecimiento de las condiciones en que puedan hacerse efectivos los derechos y principios siguientes: .../... 31. Toda persona tiene derecho a la vivienda.»

Y, como concreción de este objetivo, en su Art. 38.1.^a se previene que «Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la vivienda,...se comprometen [los Estados Parte] a adoptar medidas destinadas a: 1.^a favorecer el acceso a la vivienda de un nivel suficiente.».

Los anteriores Textos atribuyen al derecho a la vivienda el carácter de «fundamental». Carácter y trascendencia que no puede ser desconocido en nuestro Derecho, ni tampoco, por nuestro Tribunal Constitucional, quien, si bien inicialmente, solo atribuyó el carácter de derechos constitucionales no fundamentales a los contenidos en la sección segunda del Capítulo II del Tí-

tulo I CE, puede considerarse que en su STC n.º 198/2012 varió tal criterio, al reconocer, por primera vez, el derecho a contraer matrimonio como derecho fundamental, con base en una argumentación que el Proyecto de Ley reitera.

Así, como puede leerse en tal Sentencia, el TC aplicó el canon hermenéutico contenido en el Art. 10.2 CE, que, por remisión a los Convenios y Tratados suscritos por España, supuso aceptar que los derechos reconocidos como fundamentales por tales Instrumentos no pierden tal carácter por su ubicación sistemática en nuestra Constitución.

Es aquí donde radica la novedad que aporta el Proyecto de Ley —y, sin duda, una de sus dificultades técnicas—, pues, a diferencia de los derechos contenidos en la secc. 1.ª del Capítulo II del Tít. I, considerados como derechos fundamentales, tanto por la Constitución como por Instrumentos internacionales suscritos por España, el Proyecto pretende la incorporación a nuestro Ordenamiento del derecho a la vivienda como fundamental, sin que, previamente, la Constitución lo considere como derecho, pues tan solo lo reconoce como un principio rector de la política social y económica. Además, ha de señalarse que el derecho que pretende reconocerse, ni tan siquiera coincide con la configuración del principio constitucional, pues el derecho al goce de una vivienda digna y adecuada, previsto como principio rector por el Art. 47 CE, el Proyecto pretende crearlo y configurarlo como el derecho fundamental a la vivienda.

Desde luego, y en otro orden de cosas, la reivindicación del carácter fundamental del derecho a la vivienda no es meramente nominal, ya que implica reconocer al ciudadano que precise ejercerlo una especial protección.

Así, dice el Tribunal Constitucional, que los derechos fundamentales (entre ellos el de contraer matrimonio, el de propiedad en cualquiera de sus formas, y si el Proyecto de Ley se aprueba, el derecho a la vivienda) son derechos que exigen «una protección subjetiva», que se traduce en que el propio Tribunal Constitucional ha de garantizar «al titular del derecho en cuestión, que la posición jurídica derivada del reconocimiento del derecho no queda eliminada o desnaturalizada por el legislador», y ello pues éste es sujeto de una obligación negativa, que le impone el deber de no lesionar «la esfera de libertad que contiene el derecho» (STC n.º 382/1996, de 18 de diciembre, FJ 3).

Pero no solo, pues, dada la novedad del intento del Proyecto y que el carácter de fundamental del derecho proviene de los Instrumentos internacionales suscritos por nuestro Estado, cabe plantear si, además, su titular podrá ejercer los medios de tutela que el Art. 53CE reconoce a los titulares de los derechos fundamentales y libertades públicas contenidos en el Capítulo II del Título I CE. Es decir, tanto recabar amparo constitucional, como, tutela ante la jurisdicción ordinaria a través del proceso preferente y sumario al que se refiere.

2.3. Un derecho que permite al ciudadano exigir su cumplimiento a los poderes públicos

2.3.1. Además, y, por último, el reconocimiento por el Proyecto de Ley de este derecho, con tal especial naturaleza, implica atribuir a los ciudadanos, en quienes concurren los presupuestos legales para su ejercicio, un poder subjetivo, que les facultará para exigir de los poderes públicos su satisfacción. Lo que, desde otro punto de vista, supone el deber de los poderes públicos de tener dispuestos los medios materiales precisos para satisfacer las demandas que los ciudadanos les dirijan en ejercicio de su derecho.

En el Art. 6.1 del Proyecto así se contempla: «Todas las personas tienen derecho al uso y disfrute de una vivienda digna y adecuada...sin sufrir discriminación, acoso o violencia de ningún tipo». No obstante, el reconocimiento de este derecho con carácter general —a «todas las personas»— es más aparente que real, pues, consciente el legislador de las consecuencias —también presupuestarias— de un reconocimiento en tales términos, contiene su ejercicio a aquellas personas que cumplan «con los requerimientos legales y contractuales (*sic*) establecidos en la legislación y normativa vigente...».

Desde luego, la expresión del precepto propuesto es, de un lado, necesariamente vaga e inconcreta, pues no se refiere a aquella «legislación y normativa vigente» que establezca los requerimientos para el ejercicio del derecho. Y la razón de que, necesariamente, sea así, considero que se encuentra en el reconocimiento implícito de que una Ley del Estado no es competente para hacerlo (de hecho, el Proyecto no establece requerimiento

alguno), pues la competencia en materia de vivienda corresponde a las CC. AA. (Art. 148.3 CE).

Mientras que, de otro, resulta incomprensible, al menos cuando hace referencia a los «requerimientos...contractuales establecidos en la legislación y normativa vigente». A no ser que, con esta expresión, quiera hacerse referencia a las normas que, con carácter imperativo, delimitan la libertad contractual imponiendo deberes a quienes, en su caso, quieran celebrar un contrato válido (Art. 1.255 CC). Si este fuese el sentido de la norma, la expresión debería simplificarse, eliminando la referencia a los «requerimientos contractuales» pues, realmente, el ejercicio del derecho queda condicionado o delimitado por disposiciones, en todo caso, legales.

2.3.2. Desde la posición del deber, que entraña el previo reconocimiento del referido derecho a los ciudadanos, el Art. 6.2 identifica —genéricamente— como sujetos pasivos a «las Administraciones competentes», entre las que, desde luego, no se encuentra la del Estado, pues, de encontrarse, no solo la señalaría como obligada, sino que, además, regularía el deber que le impusiera, sin perjuicio de respetar el ámbito competencial de la Administración Autonómica o Local.

De otra parte, el objeto del deber se constriñe a garantizar la realización del derecho, que el párrafo primero reconoce a las personas, y ello pues la competencia para determinar los deberes que hayan de cumplir las Administraciones Autonómica y Local corresponde al Legislador autonómico y no al del Estado.

No obstante, el Proyecto sí se refiere al deber de las Administraciones competentes de adoptar «medidas de protección necesarias para prevenir y hacer frente...» a una serie de actuaciones que, según se considera en el texto, «afectan al uso y disfrute de la vivienda».

Realmente, estos «deberes» no considero que puedan entenderse, estrictamente, como tales. Y ello pues, de un lado, no son más que un reflejo de cómo se configura el derecho en el apartado primero, esto es, como derecho a no «sufrir discriminación, acoso o violencia de ningún tipo».

Y, de otro lado, pues no son más que manifestación genérica de que el titular del derecho podrá recabar de la Administración competente tutela y

amparo, cuando su derecho pueda verse afectado o lesionado como consecuencia de la concurrencia de alguna de las situaciones o circunstancias que, ejemplificativamente, se refieren en el texto.

Todo ello, sin perjuicio, desde luego, de que los legisladores autonómicos, en ejercicio de su competencia, impongan a los órganos de su Administración aquellos deberes que les obliguen a actuar ante aquella situación que suponga una lesión o afectación del derecho a la vivienda de un ciudadano.

Así, en tanto que pueden suponer casos de «discriminación directa», las Administraciones competentes¹⁹ deberán adoptar medidas de protección para prevenir el caso en el que una persona reciba «en algún aspecto relacionado con la vivienda, un trato diferente del recibido por otra persona en una situación análoga, siempre que la diferencia de trato no tenga una causa legítima que la justifique objetiva y razonablemente, y los medios utilizados sean proporcionados, adecuados y necesarios». Y ello pues, desde luego, ninguna Administración puede actuar infringiendo lo dispuesto en el Art. 14 CE, con independencia de lo recuerde este Proyecto Ley.

O bien para prevenir aquel otro caso que pueda producirse «cuando una disposición normativa, un plan, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral, un criterio o una práctica, aparentemente neutros» produzcan una «desventaja particular para una persona respecto de otras en el ejercicio del derecho a la vivienda»²⁰.

Desde luego, las Administraciones competentes deberán adoptar medidas de protección para prevenir los casos de «acoso inmobiliario»²¹, así

¹⁹ Téngase presente la Ley 18/2007 del derecho a la vivienda de Cataluña (Arts. 2.1, f), h); 45.3; 47; 123.2, a); y la Ley 3/2015, de vivienda del País vasco (Arts. 2, e) y j) y 83, e), en las que no solo se previene la erradicación por los poderes públicos de la discriminación, si no que sanciona como infracción muy grave «Llevar a cabo acciones u omisiones que supongan acoso o discriminación».

²⁰ El Art. 45.3, b) de la Ley 18/2007 del derecho a la vivienda de Cataluña señala como objeto específico de la acción protectora de su Administración: «b) La discriminación indirecta, que se produce cuando una disposición normativa, un plan, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral, un criterio o una práctica aparentemente neutros ocasionan una desventaja particular a una persona respecto a otras en el ejercicio del derecho a la vivienda.»

²¹ Situación que la propia norma proyectada define como «toda actuación u omisión con abuso de derecho con el objetivo de perturbar a cualquier persona en el uso pacífico de su vivienda y crearle un entorno hostil, ya sea en el aspecto material, personal o social, con la finalidad última de forzarla a adoptar una decisión no deseada sobre el derecho que le ampara de uso y disfrute de la vivienda.»

como frente a aquellas operaciones entre particulares²², cuyo objeto sea la residencia en «una infravivienda, una vivienda sobreocupada, y cualquier forma de alojamiento ilegal, o respecto a bienes sobre los que no se ostente un derecho legítimo que faculte al efecto o la representación del mismo»²³.

2.3.3. Como puede comprobarse del estudio del Proyecto, en él no se contiene un precepto semejante al Art. 6 de la Ley de Cataluña n.º 18/2007 del derecho a la vivienda:

«Todos los ciudadanos, en ejercicio de la acción pública en materia de vivienda, pueden exigir ante los órganos administrativos y ante la jurisdicción contencioso-administrativa el cumplimiento de la legislación en materia de vivienda y de las disposiciones y medidas establecidas por el planeamiento urbanístico referidas a la vivienda.»

Ni, tampoco, a los Arts. 7, 6.2 y 9 de la Ley del País vasco n.º 3/2015 de Vivienda:

Art. 7.1 «Todas las personas con vecindad administrativa en cualesquiera municipios de la Comunidad Autónoma de Euskadi tienen el derecho a disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible, definida con arreglo a los parámetros establecidos en el artículo 1 de esta ley.»

Art. 6.2. «Las personas que, con arreglo al artículo 9 de la presente norma legal y a las disposiciones que se dicten en su desarrollo, tengan derecho a acceder a la ocupación legal de una vivienda o alojamiento protegido podrán reclamar su cumplimiento ante el departamento competente en materia de vivienda del Gobierno Vasco, y las resoluciones de esta administración serán recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa.»

Art. 9 1. «La satisfacción del derecho a la ocupación legal de una vivienda digna y adecuada podrá ser realizada por parte de las administraciones

Conducta que, tal y como resulta descrita, parece subsumible en el tipo del delito de coacciones (Art. 172 CP),

²² El Proyecto se refiere a operaciones «de venta, arrendamiento o cesión por cualquier título, completa o parcial».

²³ En el Art. 45.1 y 3, c) Ley 18/2007 del derecho a la vivienda de Cataluña se define al «acoso» como «como toda actuación u omisión con abuso de derecho que tiene el objetivo de perturbar a la persona acosada en el uso pacífico de su vivienda y crearle un entorno hostil, ya sea en el aspecto material, personal o social, con la finalidad última de forzarla a adoptar una decisión no deseada sobre el derecho que la ampara para ocupar la vivienda».

públicas vascas con competencia para ello mediante la puesta a disposición, en régimen de alquiler, de una vivienda protegida o de un alojamiento protegido, o incluso de una vivienda libre en caso de su disponibilidad por causa de programas de intermediación u otros, con la renta o el canon que corresponda en cada caso.

2. En defecto de vivienda o alojamiento, y con carácter subsidiario, esta satisfacción podrá efectuarse mediante el establecimiento de un sistema de prestaciones económicas.

3. Para la exigencia ante las administraciones públicas competentes del derecho de acceso resultará necesario cumplir la totalidad de los siguientes requisitos .../...».

Como en ambas Leyes autonómicas se afirma, la materia es de su competencia exclusiva. Por lo que, si así lo es, y el Tribunal Constitucional no lo ha desmentido con ocasión de la resolución de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra ellas²⁴, ha de advertirse que la base competencial del Estado para la regulación que se pretende mediante este Proyecto es nula o muy escasa. Por lo que, en función del texto que finalmente se apruebe, las CC. AA. podrían acabar interponiendo recurso de inconstitucionalidad frente a ella por invasión de su ámbito competencial. Desde luego, un resultado en caso alguno deseable, por lo que es de esperar que, durante el ya dilatado proceso legislativo del Proyecto, una de las cuestiones a resolver sea la señalada.

IV. EL DERECHO DE PROPIEDAD CUYO OBJETO ES UNA VIVIENDA

1. La regulación de una nueva forma o estatuto de la propiedad

El derecho que el Proyecto de Ley pretende configurar, es, como se ha expuesto, un derecho para que se ejerza frente a los poderes públicos, «sin excepción», y para que estos cumplan con su deber de facilitar a todo ciu-

²⁴ Así frente a la Ley de Cataluña: STC 16/2021, de 28 de enero, STC 37/2022, de 10 de marzo, STC 57/2022, de 7 de abril. Y frente a la Ley de Euskadi: STC 97/2018, de 19 de septiembre.

dadano que lo precise, y en el que concurren los requisitos que legalmente se exijan, el uso de una vivienda digna y adecuada, desde luego, con cargo a los recursos públicos.

Mientras que, de otra parte, el Proyecto de Ley también tiene por objeto regular uno de los regímenes de la propiedad, precisamente, aquel que tiene por objeto la vivienda.

Desde esta última perspectiva, al menos, debe tenerse en cuenta que:

1.1. El derecho fundamental a la propiedad

El derecho a la propiedad, reconocido por el Art. 33 CE, con independencia de cuál sea su objeto, es un derecho fundamental. Tal y como establece el Art. 10.2 CE, resulta necesario interpretar «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce... de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

Este precepto, según ha considerado nuestro Tribunal Constitucional, contiene «un criterio interpretativo aplicable a la exégesis de los preceptos constitucionales que tutelan los derechos fundamentales» (STC 303/1993), que implica que el Constituyente reconoció la coincidencia con el ámbito de valores e intereses que protegen los instrumentos internacionales a que remite, «así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado» (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7).

Por tanto, sigue diciendo el Tribunal, «en la medida en que el art. 10.2 CE recoge una directriz sobre el modo en que debe ser realizada la interpretación del título I de la Constitución española su lesión, en caso de darse, nunca sería autónoma, sino que dependería de la verificación de la lesión de uno de los derechos contenidos en ese título I, agravada por el hecho de que tal vulneración pondría de manifiesto la falta de respeto al único criterio

interpretativo del texto constitucional que recoge expresamente la propia Constitución» (STC 198/2012, FJ 2).

En concreto, y de conformidad con lo dispuesto en el referido Art. 10.2 CE, a la hora de interpretar el derecho de propiedad, en tanto que reconocido por el Art. 33 CE, ha de tenerse en consideración, en primer lugar, el Art. 1 del Protocolo adicional núm. 1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 20 de marzo de 1952, ratificado por España el 2 de noviembre de 1990 (BOE 12 de enero de 1991).

En segundo lugar, ha de tenerse en consideración la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000, revisada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007, que, tras su ratificación, es legalmente vinculante para todos los Estados Miembros, salvo para Polonia, y que contempla en su Art. 17 el «Derecho a la propiedad», como uno de tales derechos²⁵.

Y, finalmente, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, cuyo Art. I-9, 3, convierte en principios generales del Derecho de la UE «los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales...». En concreto, en el Art. II-77, de la Parte segunda del Tratado, en el que se establece que «Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública...a cambio...de una justa indemnización...».

En consecuencia, los anteriores Textos atribuyen al derecho de propiedad el carácter de fundamental. Carácter y trascendencia que no puede ser desconocido en nuestro Derecho. Desde luego, tampoco, por nuestro Tribunal Constitucional, quien, si bien inicialmente, atribuyó el carácter de derechos constitucionales no fundamentales a los contenidos en la sección segunda del Capítulo II del Título I CE, puede considerarse que en la STC nº 198/2012 varió tal criterio, al reconocer, por primera vez, el carácter de derecho fundamental al derecho a contraer matrimonio. Como puede leerse

²⁵ Es oportuna la lectura comparada de este artículo y el artículo 33CE.

en tal Sentencia, el Alto Tribunal aplicó el canon hermenéutico contenido en el Art. 10.2 CE, que, por remisión a los Convenios y Tratados suscritos por España, supuso aceptar que los derechos reconocidos como fundamentales por tales instrumentos no pierden tal carácter por su ubicación sistemática en la Constitución.

Desde luego, la reivindicación del carácter fundamental del derecho a la propiedad no es meramente nominal, pues, al igual que se ha expuesto anteriormente respecto del derecho fundamental a la vivienda, implica reconocer una especial protección a quien sea titular del derecho. Así, dice el Tribunal Constitucional, que los derechos fundamentales (entre ellos también, el de propiedad) son derechos que exigen «una protección subjetiva», que se traduce en que el propio Tribunal ha de garantizar «al titular del derecho en cuestión, que la posición jurídica derivada del reconocimiento del derecho no queda eliminada o desnaturalizada por el legislador», y ello pues éste es sujeto de una obligación negativa, que le impone el deber de no lesionar «la esfera de libertad que contiene el derecho» (STC nº 382/1996, de 18 de diciembre, FJ 3).

El examen del Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda permite observar que, también, tiene por finalidad la pretensión de regular el derecho fundamental de la propiedad que tiene por objeto la vivienda, cuyo contenido se delimitará por el legislador previa la determinación de la función social que tal forma de propiedad haya de cumplir, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el Art 33CE, pero también en el Art. 53 CE.

1.2. La competencia legislativa de las Cortes Generales para regular el derecho a la propiedad que tiene por objeto la vivienda

1.2.1. El derecho a la propiedad privada se encuentra sujeto a reserva de ley formal (Arts. 33.2 y 53.1CE). No obstante, su calificación como derecho fundamental no supone que haya de entenderse que su regulación esté sujeta a la reserva de Ley orgánica, pues esta está prevista, estrictamente, para las materias a las que se refiere el Art. 81 CE o, expresamente, el propio texto constitucional.

De otro lado, dado que en nuestro orden constitucional el poder legislativo está atribuido a diversas instituciones, una cuestión previa a resolver es conocer cuál o cuáles de ellas tienen atribuida la competencia para legislar determinada materia. Y en concreto, y por lo que se refiere a este estudio, lo atinente al estatuto jurídico de la propiedad de vivienda.

La respuesta a esta cuestión previa permitirá conocer que la regulación de las *condiciones básicas* para el ejercicio del derecho a la propiedad de vivienda —en tanto que derecho constitucional— se contendrá en una Ley de las Cortes Generales, vigente en todo el territorio del Estado (Art. 149.1.1 CE).

Mientras que, respecto de las materias que no tengan la consideración de *condiciones básicas*, permitirá determinar cómo la regulación será, al menos en principio, competencia de las Cortes Generales, salvo, en aquellas Comunidades Autónomas con competencia no solo en Derecho civil, sino, específicamente, en la materia del derecho de propiedad. Y ello pues, tan solo en estos casos (Cataluña y Navarra), sus Parlamentos serán los competentes para aprobar la Ley que regule el estatuto de esta forma del derecho de propiedad, desde luego, de acuerdo con la función social de la misma (determinada por la Ley del Parlamento autonómico), y con respeto a la regulación de las condiciones básicas contenidas en este Proyecto de Ley, en trámite en las Cortes Generales.

1.2.2. En consecuencia, ha de determinarse de qué materia es competente el Estado, para, a continuación, tratar aquella que pueda ser propia de los Parlamentos de las CC. AA.

1.2.2.1. Respecto de la competencia exclusiva de las Cortes Generales para legislar sobre el derecho de propiedad, cuyo objeto sea una vivienda:

a. Competencia de las Cortes Generales para legislar sobre las Condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y deberes constitucionales.

El Art. 149.1.1 CE atribuye al Estado competencia exclusiva para «La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales».

Este título competencial es invocado, expresamente, por el Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda en su Disposición final sexta, apartado primero. Sin embargo, tal Disposición no identifica con claridad qué preceptos, de los proyectados, se redactan al amparo de este título competencial, lo cual sería deseable a fin de evitar conflictos con las Comunidades Autónomas, que podrán invocar la inconstitucionalidad de determinados preceptos por invasión de su ámbito competencial.

Conflictos que, si se atiende a la redacción del Art. 1º del Proyecto, no serán meramente hipotéticos, y ello pues en su párrafo primero se proclama, con carácter general que:

«Esta ley tiene por objeto regular, para todo el territorio español, las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales relacionados con la vivienda y, en particular, el derecho a acceder a una vivienda digna y adecuada y al disfrute de la misma.»

No obstante, el Proyecto, a fin de conjurar el riesgo de impugnaciones constitucionales, precisa, en los apartados 2 y 3 de la referida Disposición final sexta, que determinados preceptos y disposiciones no tienen el carácter de condiciones básicas, en el sentido del Art. 149.1.1ª CE, o no se dictan al amparo de la regla 13ª, del mismo precepto (Ap.1º D.F. 6ª), o solo se aplicarán a la Administración General del Estado²⁶.

Para la determinación de cuándo a una norma ha de reconocérsele el carácter de «condición básica» ha de tenerse en consideración la interpretación realizada por el Tribunal constitucional de este título competencial, en su Sentencia n.º 61/1997 de 20 de marzo.

De ella resulta, en primer término, que el Art. 149.1.1ª CE no puede considerarse como una suerte de título competencial transversal del Estado, que

²⁶ Así, dice la Disposición: «2. De lo expuesto en el apartado anterior se exceptúan los siguientes artículos: a) Los artículos 10, 11, 32, 33, 34, 35, 36 y disposición final primera que se amparan en la competencia que el artículo 149.1.8ª CE atribuye al Estado en materia de legislación civil. b) El artículo 5 y la disposición final quinta que se amparan en la competencia que el artículo 149.1.6ª CE atribuye al Estado en materia de legislación procesal. c) Las disposiciones finales segunda y tercera que se incardinan en el artículo 149.1.14ª de la Constitución, que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de hacienda general. 3. El contenido de los artículos 22, 23, 24, 26 y la disposición adicional segunda será únicamente de aplicación a la Administración General del Estado.»

le permita legislar «en todas las materias de competencia autonómica en conexión...» con los derechos constitucionales, ni que le permita aprobar la «legislación básica referida a sectores materiales confiados, con carácter exclusivo, a la responsabilidad de las Comunidades Autónomas», ni menos «regular la materia en su totalidad», y ello pues «No es la materia²⁷ la que exige la igualdad de regulación, sino tan sólo los derechos y deberes constitucionales en sus aspectos básicos o esenciales».

Por lo que, en conclusión, ha de considerarse que «La virtualidad del precepto se agota... en la determinación de aquellas condiciones del ejercicio de los derechos o del cumplimiento de los deberes que, por tratarse de condiciones básicas o esenciales y de necesaria vigencia en la totalidad del territorio estatal, no pueden ser establecidas por las instancias autonómicas.»

De conformidad con la anterior interpretación, puede considerarse que los Arts. 8 y 9 del Proyecto de Ley se encuentran relacionados con la regulación de las condiciones básicas de este régimen jurídico del derecho a la propiedad, que, como tal, supone, de un lado, la regulación básica del ejercicio de un derecho subjetivo, y, de otro, la referida al cumplimiento de los deberes que la Ley le imponga a quien sea titular del derecho propiedad de vivienda, a fin de que realice su función social.

Sin embargo, puede observarse cómo (p.e., en el Art. 8.º, salvo el contenido de la letra «a»), se prevén derechos del ciudadano frente a las Administraciones Públicas.

O como en el Art. 10, a pesar de su título (*Régimen jurídico básico del derecho de propiedad de vivienda*)²⁸, en su apartado 1.º, de un lado, se produce una remisión a los «derechos reconocidos en la legislación del suelo en función de la situación básica de los terrenos en los que se sitúe la vivienda».

De otro, se produce una nueva remisión a la «legislación en materia de vivienda y la demás que resulte de aplicación» (letra a) en lo referido a la

²⁷ En el presente Proyecto de Ley, de acuerdo con la interpretación del TC, no es la vivienda, a pesar de lo que dice el Art. 1.

²⁸ A pesar de que el título del precepto se refiere a que en él se regula el «Régimen jurídico básico...» sin embargo, en la D.F. 6.ª a) se dice que se dicta al amparo de la competencia del Estado en Legislación civil (149.1.8.ª).

«calificación, estado, y características objetivas» de la vivienda, por lo que respecta a «Las facultades de uso, disfrute y disposición de la misma», y, en el mismo sentido, se produce otra remisión a «las condiciones establecidas por la Administración competente» para «La realización de las obras de conservación, rehabilitación, ampliación o mejora».

Redacción que, además, supone identificar el «Régimen jurídico básico del derecho de propiedad» de vivienda con las facultades que el Art. 348 CC atribuye a todo propietario, según la superada concepción liberal del dominio²⁹, que partía de la existencia de un derecho de propiedad general y abstracto. La única diferencia apreciable que el precepto establece respecto de este modelo se halla en la identificación como facultad del dueño, separada de la de goce, la de realizar obras de conservación, rehabilitación, ampliación o mejora.

Mientras que, si se atiende a los deberes y cargas que se imponen al propietario de vivienda, de nuevo, se produce una remisión a los «derechos reconocidos en la legislación del suelo en función de la situación básica de los terrenos en los que se sitúe la vivienda». Y, además, a fin de que el propietario cumpla con la función social de esta forma de propiedad, se le imponen deberes de uso y goce «efectivos» de la vivienda «de acuerdo con la legislación en materia de vivienda y la demás que resulte de aplicación».

Asimismo, se impone al propietario el deber de mantener, conservar y, en su caso, rehabilitar, la vivienda. Por lo que se refiere a este deber, y a diferencia de los anteriores, se dice que habrá de cumplirse «en los términos de esta ley». Referencia que, probablemente, haya de entenderse a los «Planes estatales de vivienda y rehabilitación, regeneración y renovación urbanas», previstos en el Art. 24, a falta de cualquier otro precepto atinente a esta materia en el Proyecto.

Sin embargo, también se dice que deberá cumplirse en los términos de «la legislación de ordenación territorial, urbanística y de vivienda y de los instrumentos aprobados a su amparo». Por tanto, y con independencia de la referencia nominal a este deber, la configuración y contenido del mismo

²⁹ Para una exposición detallada de esta concepción, *vid.* MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad en la Constitución de 1978*. Ed. Civitas, Madrid, 1980, pp. 62 ss.

solo resultará determinado por relación con otras normas, bien de carácter estatal (Planes estatales) o autonómicas.

De otro lado, al propietario se le impone el deber de evitar la sobreocupación de la vivienda, que, en sí, es un deber que delimita la facultad de uso del propietario. Como, de otra parte, se delimita la facultad de disposición al imponerle el deber de evitar «el arrendamiento para usos y actividades que incumplan los requisitos y condiciones de habitabilidad legalmente exigidos». Sin embargo, más allá del enunciado del deber, su contenido no es objeto de determinación por el Proyecto, puesto que deberá hacerse por la ley autonómica correspondiente³⁰ y, en su caso, por las disposiciones de carácter municipal aplicables.

En conclusión, puede observarse cómo en el texto proyectado uso y goce de la vivienda son tanto facultades como deberes del propietario, quien, mediante el cumplimiento efectivo de estos últimos, realizaría la función social de esta forma de propiedad.

Y, en segundo lugar, cómo en el Proyecto de Ley no se determina el contenido de tales facultades o deberes, sino que el texto se remite a la «la legislación en materia de vivienda y la demás que resulte de aplicación», de modo que sólo se invoca formalmente el título competencial, pues, materialmente, se desiste de regular el contenido de tales «condiciones básicas», al reconocerse que la competencia corresponde a CC. AA. y, en su caso, a la Administración Local.

³⁰ Así, ha de tenerse en cuenta que el Art. 3.1,d) de la Ley de la vivienda de Cataluña define la vivienda sobreocupada como: «e) la vivienda en la que se alojan un número excesivo de personas, en consideración a los servicios de la vivienda y a los estándares de superficie por persona fijados en Cataluña como condiciones de habitabilidad. Se exceptúan las unidades de convivencia vinculadas por lazos de parentesco, si el exceso de ocupación no supone incumplimientos manifiestos de las condiciones exigibles de salubridad e higiene ni genera problemas graves de convivencia con el entorno.» En la letra d) del Art. 45 se previene que es objeto específico de la acción protectora de la Administración de Cataluña «d) La utilización de una infravivienda como residencia, la sobreocupación y cualquier forma de alojamiento ilegal.». Y, además, en el Art. 123.1, i) se dispone que «Son infracciones muy graves en materia de calidad del parque inmobiliario: .../... i) Ser promotor y responsable de la sobreocupación de una vivienda que ponga en riesgo la seguridad de las personas.» y se sanciona como infracción grave (Art. 124.1.h)) «promover la sobreocupación de una vivienda.».

b. Competencia de las Cortes Generales para legislar la materia correspondiente al derecho civil, de acuerdo con lo dispuesto en el Art 149.1.8ª: la regulación del estatuto jurídico del derecho de propiedad de vivienda.

b.1. El derecho de propiedad es materia propia del derecho civil, lo que permite afirmar, al menos en principio, que las Cortes Generales, de conformidad con lo establecido por el Art. 149.1.8.ª CE, tienen competencia para legislar sobre tal derecho.

En segundo lugar, puede afirmarse que, de acuerdo con el Art. 33 CE, la ley, que tenga por finalidad delimitar el contenido o régimen jurídico de una de las formas del derecho de propiedad —en este caso, la que tiene por objeto la vivienda—, deberá determinar y expresar, previamente, la función social que tal forma de propiedad haya de realizar.

b.2. *Función social del derecho a la propiedad de vivienda.* El Proyecto de Ley en su Exposición de Motivos dice que la vivienda es «un bien esencial de rango constitucional», y le atribuye esta consideración pues, de un lado, «Es, ante todo, un pilar central del bienestar social en cuanto lugar de desarrollo de la vida privada y familiar, y centro de todas las políticas urbanas.» Y, desde su condición de soporte físico, «es un bien que acota un sector económico dedicado a su producción, puesta en el mercado y su gestión.»

Asimismo, considera que la vivienda cumple la función de ser un «servicio social de interés general», que permite garantizar «el derecho efectivo a una vivienda digna y asequible para todas las personas jóvenes, y especialmente a aquellos colectivos en riesgo de exclusión... como un derecho humano fundamental.»

En el apartado segundo del Art. 1º se afirma que es objeto de la norma la regulación de la función social de la vivienda³¹, que se realiza destinándola

³¹ Considero que la vocación del Proyecto de regular la función social del derecho de propiedad de vivienda no puede realizarse con base en el título competencial ex Art. 149.1.1 CE. En cambio, sí puede determinarse en este Proyecto tal función social del derecho, en la medida en la que, mediante él, también pretende regularse el estatuto jurídico del derecho a la propiedad de vivienda (Art. 33 CE), pero solo dentro del ámbito competencial que el Art. 149.1.8.ª CE reserva a las Cortes Generales y, por tanto, con pleno respeto a la competencia de las CC. AA. para regular este estatuto o forma de la propiedad privada. Y ello pues tales CC. AA. serán las competentes para determinar mediante

«al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico», y manteniéndola, conservándola y rehabilitándola.

Ciertamente, lo que el precepto parece querer decir es que la función social que ha de realizar el derecho a la propiedad de vivienda es, con carácter principal, que esté ocupada y en uso (habitada), pues la existencia de viviendas es efecto de una decisión municipal, la aprobación del Plan General de Ordenación Urbana, adoptada ante la identificación de una necesidad, presente o futura, de los habitantes de su municipio. Y, en segundo lugar, que su existencia y uso no debe de suponer un riesgo para la sociedad, para lo que ha de mantenerla y conservarla.

Por ello, es decir, para la realización de tal función social, se impone al propietario los deberes correlativos de destinar la vivienda al uso habitacional que se le haya atribuido por la norma correspondiente, así como los de mantenerla, conservarla y rehabilitarla. Ya que, aquello que se persigue, es que no se vean alteradas sus condiciones de seguridad, estanqueidad, salubridad y ornato público, y que la vivienda no se convierta en un riesgo o entrañe peligro para la sociedad.

De otra parte, el precepto atribuye a los poderes públicos, con carácter genérico, «la función de asegurar su adecuado cumplimiento, en el ámbito de sus respectivas competencias». Es decir, la función de supervisar el cumplimiento por el propietario de vivienda de sus deberes, y, por tanto, la realización por él de la función social de su derecho. Y, asimismo, les atribuye la potestad disciplinaria, y, en consecuencia —y entre otras—, la de incoar expediente expropiatorio ante el incumplimiento de tales deberes, en tanto que derivados de la función social de esta forma o estatuto de la propiedad (Art. 71 LEF).

La anterior conclusión ha de considerarse reforzada por las reglas que se contienen en el Título I del Proyecto, dedicado a la «Función social y régimen jurídico de la vivienda». Y ello a pesar de que no se refiera a la función social que haya de realizar el derecho de propiedad —como dice el Art. 33.2 CE³²—, sino a la que haya de realizar la vivienda como objeto de la misma,

Ley la función social que con esta forma de propiedad haya de realizarse, y, en consecuencia, para delimitar su contenido o régimen jurídico, de acuerdo con ella.

³² Quizá sea oportuno recordar su texto: «La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes».

y de que parezca que se identifique la función social del bien con la satisfacción del interés de quien sea su propietario (así se dice: «satisfacer las necesidades de alojamiento de las personas y unidades de convivencia»).

Desde luego, como se ha expuesto previamente, y así se dice en este precepto proyectado, corresponde a los poderes públicos el deber de velar por la realización del interés general y, por tanto, de supervisar que los propietarios, a su vez, realicen la función social de su derecho. Lo que supone que tales poderes deberán velar tanto porque los propietarios cumplan, a su vez, con sus respectivos deberes, como porque ejerzan los derechos (*rectius*: facultades) que se le reconocen, bajo el título «Régimen jurídico básico del derecho de propiedad de vivienda», en los Arts. 10 y 11 del Proyecto, pues mediante su cumplimiento y su ejercicio se realizará la función social de este estatuto de la propiedad.

b.3. *Régimen jurídico del derecho a la propiedad privada de vivienda.* Identificada la función social del derecho a la propiedad de vivienda, el proyecto delimita el contenido o régimen jurídico del propio derecho.

b.3.1. En el Art. 10 se atribuyen al titular del derecho las facultades, mediante cuyo ejercicio podrá realizar su interés, diciéndose que son:

a) *Las facultades de uso, disfrute y disposición de la vivienda, conforme a su calificación, estado y características objetivas, de acuerdo con la legislación en materia de vivienda y la demás que resulte de aplicación.*

Es decir, de un lado, el texto proyectado se refiere al contenido abstracto del dominio, según su concepción liberal, reflejada en el Art. 348 CC, desde luego, «desenganchada» de la concepción constitucional del derecho a la propiedad privada (Art. 33 CE).

En tal Art. 348.1 CC se reconocen al propietario las facultades de goce y de disposición de la cosa objeto de su derecho. En el texto proyectado se reconocen al propietario de una vivienda las mismas facultades genéricas y abstractas, si bien, según se expresa, su contenido se determinará por la legislación «*que resulte de aplicación*».

Por tanto —y sorprendentemente— este Proyecto reserva a la Ley la misma función que se atribuyó en 1898 al Art. 348 CC: la de «diseñar» un

contenido general y abstracto de derecho de propiedad de vivienda³³. Sin embargo, materialmente, no regula el contenido de estas facultades pues, según se reconoce de modo expreso, esta competencia corresponde a otra legislación y, desde luego, a otras instituciones del Estado a las que también se reconoce la competencia para ello (Art. 148.1.3 y 149.1.8.^a CE).

En consecuencia, la expresión del precepto proyectado supone bien la afirmación por las Cortes Generales de que su competencia para describir, de modo general y abstracto, las facultades de esta forma de propiedad se encuentran en el Art. 149.1.^a CE, y que, por tanto, de este modo legisla respecto de las «condiciones básicas» que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales, entre los cuales, el de propiedad³⁴.

O bien supone el reconocimiento por las Cortes Generales que carece de competencia sobre la delimitación del contenido de las facultades de esta forma de propiedad. Lo que, sin embargo, solo sería cierto respecto de aquellas CC. AA. con competencia para regular el derecho a la propiedad, en cualquiera de sus formas, de acuerdo con el Art. 149.1. 8.^a CE, puesto que, respecto del resto de CC. AA., la competencia del Estado para aprobar la norma proyectada sería plena y exclusiva.

A no ser que se interprete que el Proyecto pretende hacer uso de la facultad prevista en el 150.1 CE, de forma que, tras establecer «los principios, bases y directrices» en esta materia —que es, con relación a la competencia de tales CC. AA. de su competencia exclusiva—, faculta a las CC. AA. para aprobar leyes en tal materia, que determinen el contenido de las facultades básicamente enunciadas por la Ley proyectada, desde luego, con respeto a los principios, bases y directrices establecidos en ella.

b) *El derecho de consulta a las Administraciones competentes, sobre la situación urbanística de la vivienda y del edificio en que se ubica.*

Facultad que, evidentemente, no cabe identificarla como propia del dueño, si no como un derecho del administrado frente a la Administración.

³³ Sin embargo, el Art. 33.2 CE se refiere a la Ley que delimite el contenido del derecho, que, en todo caso, deberá respetar su contenido esencial Art. 53.1 CE.

³⁴ Conclusión que, si fuese cierta, no respetaría el criterio dado por el TC respecto de cómo ha de ser aplicado este título competencial, según se ha expuesto anteriormente (STC 61/1997).

c) *La realización de las obras de conservación, rehabilitación, ampliación o mejora...de la vivienda.*

Se precisa por la disposición proyectada que el propietario deberá ejercer esta facultad *de conformidad con las condiciones establecidas por la Administración competente y, en su caso, el título habilitante de tales actuaciones, cuando éste sea legalmente exigible.*

De lo que resulta que, de un lado, esta es una facultad que se identifica, de forma general y abstracta, como común al régimen jurídico de esta forma de propiedad («condición básica», Art. 149.1.1.^a CE), si bien se reconoce, de otro lado, que la delimitación de su contenido y las condiciones para su ejercicio corresponde a «la Administración competente»; expresión, sin embargo, inexacta, pues, de un lado, ha de recordarse que las Comunidades Autónomas poseen competencia legislativa en esta materia (Art. 148.1,3 CE), y, de otro, que tanto sus Administraciones, como la Administración Local poseen competencias para su desarrollo y ejecución.

b.3.2. En el siguiente precepto, al propietario de una vivienda se le impone un conjunto de deberes y cargas. Precisamente, aquellos mediante cuyo cumplimiento el propietario realizará la función social de su derecho de propiedad.

a) *Uso y disfrute propios y efectivos de la vivienda conforme a su calificación, estado y características objetivas, de acuerdo con la legislación en materia de vivienda y la demás que resulte de aplicación, garantizando en todo caso la función social de la propiedad.*

De lo que resulta que la facultad de goce se configura, asimismo, como un deber. Sin embargo, el texto proyectado reconoce que no es objeto de su regulación la configuración de este deber, es decir, la determinación de la conducta a la que el propietario queda obligado. Y ello pues, literalmente, se reconoce que la competencia para ello corresponde a «la legislación en materia de vivienda y la demás que resulte de aplicación» y, como se dice en el enunciado inicial de este párrafo, a «la legislación del suelo en función de la situación básica de los terrenos en los que se sitúe la

vivienda», todo ello «conforme a su calificación, estado y características objetivas...».

Y que, por tanto, la competencia para el control o supervisión de su cumplimiento, así como la potestad sancionadora, corresponde a la Administración a la que se le atribuya por la referida legislación del suelo, de la vivienda *«y la demás que resulte de aplicación»*.

b) *Mantenimiento, conservación y, en su caso, rehabilitación de la vivienda* en los términos de esta ley, de la legislación de ordenación territorial, urbanística y de vivienda, y de los instrumentos aprobados a su amparo.

Al igual que el anterior, este es un derecho-deber. Si bien —según se ha expuesto anteriormente— ha de considerarse que, tal y como se encuentra configurado por la disposición proyectada, tiene el carácter de una «condición básica» de ejercicio de esta forma o régimen del derecho a la propiedad (*ex* Art. 149.1.1.^a CE), antes que uno de los deberes que delimitan su contenido.

Y ello pues, como el propio precepto proyectado reconoce, la regulación del contenido de este deber le corresponde a quien sea competente para la legislar en las materias de ordenación del territorio, urbanismo y de vivienda, es decir, a las Asambleas Legislativas de las CC. AA. (Art. 148.1,3.^a CE) que asumieron este título competencial en sus Estatutos de Autonomía y, al Estado, en tanto que haya hecho uso en estas materias del referido título competencial (149.1.^a CE), como, p.e., en el Real Decreto Legislativo 7/2015, que aprobó el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación urbana.

Y que, desde el punto de vista de la *«actuación pública en materia de vivienda»* —como se denomina en el Cap. I del Tít. II del Proyecto de Ley—, se contempla la acción de los poderes públicos para «favorecer la conservación y mejora del parque residencial» (Art. 12.1), se faculta a las Administraciones públicas para que redacten «en el ámbito competencial que les corresponda, planes plurianuales que definirán los objetivos, prioridades y recursos necesarios en el ámbito territorial y temporal que cada una establezca» (Art. 12.2), y se reconoce que el Estado —*«en ejercicio de sus competencias para garantizar la igualdad de los españoles en el ejercicio*

del derecho a la vivienda y en aplicación del principio de cooperación»— podrá colaborar en el diseño y la financiación de los planes que se aprueben por las CC. AA. y las Ciudades Autónomas «en materia de vivienda, rehabilitación, regeneración y renovación urbana» (Art. 12.3).

Evidentemente, desde este último punto de vista, no cabe considerar que el legislador esté delimitando el contenido del derecho de propiedad a la vivienda, ni imponiéndole al propietario deber alguno, pues su finalidad es ordenar la acción de los poderes públicos en lo referido a este ámbito material.

c) Evitar la sobreocupación o el arrendamiento para usos y actividades que incumplan los requisitos y condiciones de habitabilidad legalmente exigidos.

En primer lugar, no puede afirmarse que «evitar la sobreocupación» de una vivienda sea, tal y como se previene en el Proyecto, un deber que delimite las facultades del dueño de vivienda. Y ello pues, de un lado, se desconoce aquello que el propietario debe evitar hacer: «sobreocupar», que es un concepto jurídico indeterminado, pues en el Proyecto ni se ofrece una definición de esta situación, ni se refieren, al menos, los requisitos que han de concurrir para que se considere que se incurre en la misma³⁵.

De otra parte, el deber de «evitar la sobreocupación», tal y como se contempla en el Proyecto, no impide al dueño que «sobreocupe» —o use intensivamente— su vivienda, pues la norma ni impone al dueño un deber cierto de no hacerlo, ni, tampoco, una prohibición.

En segundo lugar, no cabe aceptar que se contemple como un mero «deber de evitar» la celebración de un contrato de arrendamiento —se sobreentiende que para uso de vivienda— que «incumpla», es decir, que contravenga, las normas —imperativas— que establezcan «*los requisitos y condiciones de habitabilidad*» de la vivienda. Y ello pues tal contrato sería nulo (Arts. 1.255, 1.261, 1.274 CC), puesto que, mediante él, no podría realizarse la finalidad perseguida por las partes (que el arren-

³⁵ Sin embargo, p.e., en la Ley de la vivienda de Cataluña, en ejercicio de sus competencias en vivienda, si se ofrece una definición de «vivienda sobreocupada» (Art. 3.1, e), e, igualmente en la Ley de vivienda del País Vasco (Art. 3.1, «cc»).

datario habite la vivienda arrendada), ya que el objeto del arrendamiento no sería habitable, y, por tanto, no podría ser utilizado como vivienda por el arrendatario.

d) *En las operaciones de venta o arrendamiento de la vivienda, cumplir las obligaciones de información establecidas en el Título IV de esta ley.*

Estos deberes delimitan la facultad de disposición del dueño cuando sea empresario. Y lo hacen ordenando cómo deberá proceder cuando realice una oferta precontractual de venta o arrendamiento de vivienda dirigida a consumidores o usuarios, y precisando el contenido de los deberes de información que se imponen por la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios (RDLegislat 1/2007) y las normas autonómicas que sean aplicables.

Pero no solo, pues también sujeta al propietario al cumplimiento de las normas que regulan la publicidad (L. 34/1988, General de publicidad), pues, en todo caso, es decir, sean empresarios o particulares («personas propietarias», dice el texto propuesto), la información que faciliten deberá ser «completa, objetiva, veraz, clara, comprensible y accesible, sobre las características de las viviendas, sus servicios e instalaciones y las condiciones jurídicas y económicas de su adquisición» (Art. 30.1, b).

Expresamente, se prohíben «cualesquiera actos publicitarios con información insuficiente, deficiente o engañosa.» (Art. 30.2). El propio precepto se interpreta, pues da una definición de qué entiende por información «incompleta, insuficiente, o deficiente», al decir que lo es, de un lado, la que «omita o contenga datos esenciales en términos capaces de inducir a error a los destinatarios». Es decir, cuando quien pretenda vender o arrendar incurra en dolo, tanto omisivo o reticente, como activo (Art. 1.269 y ss. CC). Pero, asimismo, considera que lo es la que provoque «repercusiones económicas o jurídicas que no resulten admisibles, por perturbar el pacífico disfrute de la vivienda en las habituales condiciones de uso».

La admisibilidad o no de las repercusiones —económicas o jurídicas— provocadas por el defecto de información es, de nuevo, un concepto indeterminado. No obstante, si la consecuencia de la falta de información es la

perturbación en el goce pacífico de la cosa, tanto los Art. 1.475 y ss. CC para la compraventa, como el Art. 1.554CC para el arrendamiento, imponen al vendedor y al arrendador el deber de mantener al comprador o al arrendatario, respectivamente, en el goce pacífico de la cosa. Y, ante el caso de que se vean perturbados, impone al vendedor el deber de saneamiento, bien en el caso de evicción o de aparición de gravámenes o vicios ocultos; mientras que, en el caso del arrendamiento, el incumplimiento del deber facultará al arrendatario para que pueda solicitar la resolución del contrato y a demandar «la indemnización de daños y perjuicios, o solo esto último, dejando el contrato subsistente» (Art. 1.556 CC).

e) *En caso de que la vivienda se ubique en una zona de mercado residencial tensionado, cumplir las obligaciones de colaboración con la Administración competente y suministro de información en los términos establecidos en el Título II de esta ley.*

Los Arts. 18 y 19 se refieren al caso en el que cierto espacio del mercado residencial se califique como «tensionado». Esta situación tendrá lugar cuando, en determinado ámbito territorial, «exista un especial riesgo de oferta insuficiente de vivienda para la población, en condiciones que la hagan asequible para su acceso en el mercado» (Art. 18.1).

La competencia para la calificación de una zona del mercado como «tensionada» corresponde a las Administraciones competentes en materia de vivienda, que lo harán de acuerdo con las reglas que se previenen en Art. 18.2 y, desde luego, las normas autonómicas o locales que sean de aplicación.

La consecuencia, asociada a la calificación administrativa de una zona del mercado residencial como «tensionada», será que los propietarios considerados «grandes tenedores» de viviendas, ubicadas en tal zona, deberán colaborar con la Administración actuante y facilitarle la información que precise y, en su caso, le requiera, sobre el uso y destino de las viviendas de su titularidad y, referida, al menos a los parámetros que se previenen en el apartado tercero del Art. 19.

b.4. *Una penúltima observación:* el orden de los preceptos debería haber sido el inverso; de forma que los deberes y cargas deberían acogerse en el

Art. 10, mientras que las facultades en el siguiente precepto. Y ello pues así resultaría subrayado, en primer término, el deber del propietario de cumplirlos para poder ejercer sus facultades y, por tanto, realizar su interés. Y, en segundo término, quedaría resaltada la relación de causalidad entre unos y otras, pues el fundamento del derecho del dueño se encuentra en la función social que ha de realizar, y los deberes y cargas que se imponen al dueño no son más que expresión de tal función.

Por ello su incumplimiento, según se dice en el párrafo segundo de este Art. 11, faculta, de forma genérica, a la Administración competente para adoptar «cuantas medidas prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística y la de vivienda», entre las que también se encuentra la de incoar expediente expropiatorio frente al dueño incumplidor de sus deberes, según previene el Art. 71 LEF.

b.5. *En conclusión:* El Proyecto de Ley pretende contener, como se ha señalado, además de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de esta forma del derecho de propiedad, la regulación del régimen jurídico de la propiedad cuyo objeto es la vivienda. Sin embargo, lo referido al régimen jurídico de este régimen de la propiedad se aplicará en todas las Comunidades Autónomas, salvo en Cataluña y Navarra, y ello pues estas Comunidades tienen asumida la competencia en derecho civil y, materialmente, para regular las diversas formas y regímenes jurídicos del derecho a la propiedad, entre ellos el que tiene por objeto la vivienda.

No obstante lo anterior, tal y como se ha expuesto en los apartados precedentes, la regulación de este régimen de la propiedad no puede abordarse desde un criterio estanco de división competencial Estado/CC. AA., si no desde la cooperación entre las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas de las CC. AA.

La vivienda, en tanto que objeto de este régimen de la propiedad, existe en tanto que jurídicamente recibe tal calificación jurídica por parte de la Administración competente. Competencia que no corresponde al Estado, si no a las CC. AA., pues lo son para legislar en materia de vivienda y urbanismo (Art. 148.1.3.ª CE), y a la Administración Local, en tanto que es competente, no solo para determinar en sus Planes Ge-

nerales en qué solares se edificarán viviendas y con qué intensidad, sino también para conceder la licencia para su edificación —previa la presentación y aprobación del proyecto correspondiente—, reconocer lo edificado como espacio habitable, al atribuirle la correspondiente licencia de primera ocupación o cédula de habitabilidad, y, por tanto, atribuirle el carácter de vivienda.

De donde resulta que la configuración jurídica del bien como vivienda será la que, precisamente, determinará el contenido de las facultades del propietario, así como los deberes que habrá de cumplir. Es por ello por lo que ha de considerarse que el Proyecto de Ley se encuentra esencialmente mediatizado por las normas autonómicas o locales que configuran la vivienda como bien jurídico. Hasta el extremo de que, como se ha expuesto, el propio Proyecto, recurrentemente, ha de reconocer que carece de competencia para la regulación de la materia, por lo que, a fin de evitar invadir competencias ajenas, se remite a ellas. Lo que, en suma, plantea dudas respecto de si las premisas sobre las que el Proyecto ha sido elaborado han sido las correctas y, desde luego, sobre la competencia del Estado para aprobar una norma con un contenido como el que se pretende.

1.2.3. La competencia de las Asambleas Legislativas de las CC. AA. para regular el derecho de propiedad que tiene por objeto la vivienda.

El art. 149.1, 8.^a CE atribuyó competencia para legislar en derecho civil a aquellas Comunidades Autónomas en las que, a la entrada en vigor de la Constitución, hubiese regulación en esta materia. En concreto, les atribuyó competencia para conservar, modificar y desarrollar legislativamente tal materia.

El Tribunal Constitucional ha dedicado no poca atención a la interpretación de este título competencial. En la más reciente sentencia, de 13 de noviembre de 2019 (STC núm. 132/2019)³⁶, se estableció y siguió un método para resolver el problema competencial entre el Estado y las CC. AA. para legislar en la materia del derecho civil. Método que seguiré para conocer qué Comunidades pueden regular mediante una ley alguna de las formas o regímenes de la propiedad.

³⁶ Sentencia dictada a propósito del recurso de inconstitucionalidad interpuesto frente a la Ley 3/2017 del Parlamento de Cataluña, que aprobó el Libro VI de su Código civil.

El primer paso que dar exige valorar si, a la entrada en vigor de la Constitución, una CC. AA. tenía incorporada la materia del derecho de propiedad a su ordenamiento jurídico, pues, de estarlo, tendría competencia para conservarlo, modificarlo o desarrollarlo.

En el caso contrario, consiguientemente, carecería de tal competencia y ello pues el Art. 149.1.8.^a, según la citada Sentencia: «solo permite legislar en materia de Derecho civil a aquellas comunidades autónomas que a la entrada en vigor de la Constitución tuvieran un Derecho civil propio y solo pueden hacerlo en atención a su conservación, modificación o desarrollo, pero no ampara la creación de un Derecho civil nuevo o instituciones jurídicas que nunca estuvieron presentes en su territorio (SsTC 82/2016; 110/2016 y 192/2016)», pues tan solo tienen «competencia material [para] legislar sobre aquellas instituciones que ya aparecieran recogidas en su ordenamiento jurídico a la entrada en vigor del texto constitucional, en su ordenación posterior o bien tengan conexión con ellas.»

El segundo paso, consiste en determinar si la legislación que regulase el derecho a la propiedad estaría contenida «dentro de los límites establecidos en la reserva material a que hace referencia el último párrafo del Art. 149.1.8 CE, que ordena ‘en todo caso’ su adecuación a legislación básica estatal.»

La aplicación de este método permite concluir que las CC. AA. de Cataluña y de Navarra son las únicas a las que cabe reconocer competencia para conservar, modificar y desarrollar, de acuerdo con la Constitución, el derecho a la propiedad privada. Y ello pues, tanto los Arts. 277 ss. y concordantes de la Compilación de derecho civil especial de Cataluña (L. 40/1960), desarrollados y modificados por el Código civil de Cataluña (Arts. 541 y ss.), y en Navarra, la Ley 346, ss. y concordantes, de su Compilación de derecho civil Foral (L. 1/1973), regulan tal derecho, así como los demás derechos reales sobre la propiedad.

En conclusión, y respecto de estas CC. AA., el Alto Tribunal ha reconocido, asimismo, la competencia de Navarra³⁷ y de Cataluña³⁸ para regular derecho a la propiedad de vivienda.

De conformidad con esta competencia, las leyes de estas CC. AA. que regulen el estatuto jurídico-privado del derecho de propiedad cuyo objeto sea la vivienda, deberán, de un lado, respetar la regulación de las «condiciones básicas» referidas al ejercicio de esta forma del derecho de propiedad realizada por la Ley del Estado (Art. 149.1.1CE, y, por tanto, y cuando se apruebe el Proyecto de Ley objeto de este estudio), de otro, determinar la función social³⁹ que este estatuto propietario deba realizar y, finalmente, delimitar —según la función social— el contenido del derecho subjetivo del propietario, y, por tanto, imponerle los deberes y cargas que haya de cumplir a fin de realizar tal función social y, por tanto, el interés general concurrente en esta forma de propiedad y, de otro, atribuirle las facultades precisas para realizar su interés individual.

V. CONCLUSIÓN: Sobre el «tormentoso» anclaje del Proyecto en nuestro ordenamiento jurídico

Como se ha expuesto, el Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda es un texto de elevada complejidad. Esta complejidad resulta, en primer término, de la pretensión de regular como derecho subjetivo autónomo el «derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada».

³⁷ STC 16/2018, rec. Inconstitucionalidad L. Foral 24/2013, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda: «según el criterio expuesto en la STC 37/1987, la regulación de la dimensión institucional del derecho de propiedad privada, dado que no puede desligarse de la regulación de los concretos intereses generales que la justifican, incumbe al titular de la competencia sectorial para tutelar tales intereses y no al que lo es en materia de legislación civil ex artículo 149.1.8 CE. En conclusión, al no encuadrarse en la materia «legislación civil» la definición de un deber u obligación concreta del propietario de vivienda prevista en función del logro de un fin de interés público, procede declarar que el legislador foral, al regular como parte del derecho de propiedad sobre la vivienda un deber de ocupación efectiva en los artículos 52.2 a), 66.1 y 72.2 de la Ley Foral 10/2010, en la redacción que les da la Ley Foral 24/2013, no invade las atribuciones estatales ex artículo 149.1.8 CE.»

³⁸ STC 8/2019, rec. Inconstitucionalidad L. Cataluña n.º 4/2016, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión social.

³⁹ STC 37/1987 y 16/2018.

Un derecho subjetivo que se pretende configurar, de un lado, como derecho fundamental, que faculta al ciudadano a exigir a los poderes públicos su respeto, de modo paralelo a como ya lo regularon en su momento Cataluña y el País vasco. Y, de otro, de modo, asimismo, paralelo a cómo el Art. 33 CE establece que han de regularse las distintas formas o estatutos del derecho a la propiedad. Así, el texto se refiere y pretende determinar la función social de la vivienda, es decir, la del objeto del derecho, antes que la del derecho en sí, como requiere el Art. 33.2 CE.

En segundo lugar, la complejidad resulta de la dificultad de determinar si corresponde al Estado y/o a las CC. AA. la competencia para legislar respecto de este nuevo derecho a la vivienda. El Proyecto, con base en el Art. 149.1.1.^a CE, opta por regular aquello que considera que son las «condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos... constitucionales», y por reconocer que corresponde a las CC. AA. la regulación de este derecho subjetivo, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 148.1,3.^a CE.

Sin embargo, no parece que este título competencial sea suficiente para que todas las CC. AA. puedan legislar sobre el contenido jurídico privado de este derecho. Sí, en cambio, cabe reconocer a las CC. AA. competencia para regular la actuación jurídico-pública, y, por tanto, sobre cómo el ciudadano podrá exigir de la Administración que cumpla con su deber de concederle el disfrute de una vivienda —digna y adecuada—, y bajo que circunstancias y condiciones la Administración competente deberá cumplirlo.

En tercer lugar, la complejidad de la norma proyectada crece, pues en ella también se pretende regular, con base en el Art. 33 CE, una de las formas del derecho a la propiedad, aquella cuyo objeto es, precisamente, la vivienda. En este intento, la competencia del Estado para regular las «condiciones básicas...» resulta clara por el reconocimiento expreso por la Constitución del derecho a la propiedad privada.

Sin embargo, la dificultad resulta de la competencia para la regulación de un derecho que forma parte del bloque material «legislación civil», a que se refiere el Art. 149.1.8.^a CE. Como se ha expuesto, ha de reconocerse competencia plena para legislar sobre esta materia a las CC. AA. de Cataluña y Navarra

—desde luego, con respeto a la regulación por el Estado de las «condiciones básicas...»—, que, de acuerdo con el Art. 33.2 CE, determinarán la función social del derecho a la propiedad privada de vivienda y, de acuerdo con ella, delimitarán el contenido o régimen jurídico de esta forma de propiedad.

En consecuencia, puede considerarse: a) que el Estado es competente para legislar sobre esta nueva forma o estatuto de la propiedad, y, por tanto, para determinar la función social que este derecho deba cumplir, y para delimitar su contenido, b) que esta regulación proyectada será de aplicación en casi todas las CC. AA., pues c) no será de aplicación en Cataluña y Navarra, al ser competentes sus Parlamentos para determinar la función social que haya de cumplir este nuevo régimen jurídico de la propiedad, y, de acuerdo con ella, para delimitar mediante ley el contenido de este nuevo estatuto o forma de la propiedad.

No obstante, tal y como se ha señalado, esta distribución formal de competencias para regular este régimen del derecho a la propiedad no parece que ofrezca un criterio suficiente para solventar el problema. Y ello pues el objeto del derecho, la vivienda, es un bien de configuración legal, y, de acuerdo con el Art. 148.1.3.^a CE, la competencia para su configuración corresponde a las CC. AA. —pero también a los Ayuntamientos—, quienes al ejercerla delimitarán, inevitablemente, el contenido del derecho, así, p.e. el goce que del mismo pueda ejercer el propietario. Así, y como prueba de la señalada complejidad, de un lado, el Proyecto de Ley pretende asentar la competencia del Estado definiendo a la «vivienda» (Art. 3, a) —como «condición básica...»— si bien de otro lado, expresa que la define «... de conformidad con la legislación aplicable y con la ordenación urbanística y territorial».

Que, en el trámite de enmiendas al Proyecto, los grupos parlamentarios en el Congreso hayan presentado ochocientas sesenta y seis enmiendas, no es más que, asimismo, otro dato más que redundante en la señalada complejidad del Proyecto. Y sin duda también lo es que el Proyecto esté pendiente de informe en la Comisión de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, desde el 27 de abril de 2022, a pesar de que se está tramitando con el carácter de urgente.

Es de esperar que, durante el ya dilatado trámite parlamentario de este Proyecto, se aborden y resuelvan con pragmatismo y acierto algunas de las cues-

tiones puestas de manifiesto en este estudio —y aquellas otras que asimismo existen—, todo ello a fin de garantizar su normal aplicación y la resolución de los problemas que motivaron la propuesta de regulación. Y ello pues su aprobación supondrá tanto un nuevo pilar en el que se asentará con mayor solidez nuestro Estado social, como una mayor garantía de una convivencia más justa y, por ello, más fuerte, al realizarse mediante la Ley uno de los valores superiores del Ordenamiento jurídico de nuestro Estado social: la justicia.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J.; *Las piezas del Derecho*. Ed. Ariel, Madrid, 1996.
- HELLER, H.; *Teoría del Estado*. Edición a cargo de José Luis Monereo Pérez. Ed. Comares, Granada, 2004.
- LÓPEZ RAMÓN, F. «El derecho subjetivo a la vivienda», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 102, 2014, p. 49 y ss.
- MOLTÓ DARNER, M.^a J. y PONCE SOLÉ, J. *Derecho a la vivienda y función social de la propiedad*. Thomson Reuters-Aranzadi. Cizur Menor, 2017.
- MONTÉS PENADÉS, V. L.; *La propiedad en la Constitución de 1978*. Ed. Civitas, Madrid, 1980, p. 62 ss.
- PISARELLO, G. «El Derecho a la vivienda como derecho social». *Revista Catalana de Derecho Público*, n.º 35, noviembre, 2007.
- PONCE SOLÉ, J. *El Derecho de la Unión Europea y la vivienda*. Ed. IN-AP-Mc Graw-Hill, Madrid 2019.
- STEIN, L. von, *Movimientos sociales y monarquía*. Prólogo de Luis Díez del Corral. Trad. Enrique Tierno Galván. Ed. Centro Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.
- , *Tratado de teoría de la Administración y Derecho administrativo*. Estudio introductorio de Omar Guerrero. Trad. J. A. Ancona Quiroz. Ed. FCE, Ciudad de México, 2016.
- TORRES DEL MORAL, A., «El Estado Social», *Teoría y Derecho*, n.º 9, 2011, p. 20-53.

PISOS TURÍSTICOS Y COMUNIDADES DE VECINOS: el art. 17.12 de la Ley de Propiedad Horizontal a la luz de la Dirección General de la Seguridad Jurídica y la Fe Pública¹

TOURIST APARTMENTS AND NEIGHBORHOOD COMMUNITIES

Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

Resumen: En el presente trabajo el autor comenta diversas y variadas Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública que, con acierto, han venido recientemente a interpretar el ámbito de aplicación del nuevo art. 17.12 de la Ley de Propiedad Horizontal, que permite limitar, condicionar o —también— prohibir los alquileres turísticos —aunque tan solo los— del art. 5.e) de la Ley de Arrendamientos Urbanos, sin poder extender tal limitación a otros alquileres turísticos, hoteleros o vacacionales; todo ello mediante una mayoría de tres quintos adoptado como acuerdo estatutario por la comunidad de vecinos, en la que cabe computar los votos de los vecinos ausentes en la Junta y no disidentes del acuerdo aprobado; aunque siempre distinguiendo entre lo que puede ser, o no, válido y eficaz, para la comunidad que aprobó el acuerdo y para terceros, posibles futuros adquirentes de pisos y vecinos de dicha comunidad, que no se verán afectados por aquel acuerdo si este no es previamente inscrito —aunque solo sea parcialmente— en el Registro de la Propiedad.

Palabras clave: Pisos y alquileres turísticos, viviendas de uso turístico o vacacional, propiedad horizontal, comunidades de vecinos, estatutos.

¹ El presente trabajo se enmarca en el siguiente Proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación: PID2021-122619OB-I00, titulado “El contrato de prestación de servicios en el actual entorno tecnológico y social”, bajo la dirección de la Prof^a Dr^a M^a Dolores Cervilla Garzón.

Abstract: In this paper, the author comments on various and varied Resolutions of the General Directorate of Legal Security and Public Faith that, with success, have recently come to interpret the scope of the new art. 17.12 of the Horizontal Property Law, which allows limiting, conditioning or —also— prohibiting tourist rentals —although only those— of art. 5.e) of the Urban Leases Law, without being able to extend such limitation to other tourist, hotel or vacation rentals; all this by means of a three-fifths majority adopted as a statutory resolution by the community of neighbors, in which the votes of the absent neighbors on the Board and not dissenting from the approved resolution can be counted; although always distinguishing between what may or may not be valid and effective, for the community that approved the agreement and for third parties, possible future purchasers of flats and residents of said community, who will not be affected by that agreement if it is not previously registered in the Property Registry.

Keywords: Tourist apartments and leases, homes for tourist use, neighbor communities.

SUMARIO

- I. EL PROBLEMA CONVIVENCIAL DE LOS PISOS TURÍSTICOS Y ALGUNAS DUDAS QUE PLANTEA SU SOLUCIÓN EN EL NUEVO ART. 17.12 LPH
- II. EL ART. 17.12 LPH Y SU ESTRICTO ALCANCE, LIMITADO A LOS ALQUILERES VACACIONALES DEL ART. 5.E) LAU, CON EXCLUSIÓN DE CUALQUIER OTRA ACTIVIDAD TURÍSTICA, VACACIONAL U HOTELERA
 1. Su fundamento —solo— literal y, en parte, “histórico”, según la Resolución de la DGSJyFP de 5 de abril de 2020
 2. La razón lógica, como la principal, del estricto ámbito material de aplicación del nuevo art. 17.12 LPH
 3. La consiguiente necesidad de claridad en la cláusula estatutaria que limite o condicione la actividad turística para su inscripción registral —sea esta total o solo parcial—
 4. Interpretación, en particular, de las cláusulas estatutarias limitadoras de la actividad turística acordadas antes de la vigencia del actual art. 17.12 LPH
- III. EL ALCANCE DE LA CLÁUSULA COMUNITARIA QUE “LIMITE O CONDICIONE” LOS ALQUILERES TURÍSTICOS DEL ART. 5.E) LAU: ¿SOLO DE FORMA LIMITADA O CONDICIONADA, O TAMBIÉN PARA PROHIBIRLOS ABSOLUTAMENTE?
 1. El debate previo en la doctrina acerca del posible alcance de la “limitación o condicionamiento” del destino turístico del piso. Contra tenorem rationis iuris: entre el culto a la letra de la ley y su espíritu como guía y fin interpretativos
 2. La posición —finalmente— favorable de la DGSJyFP a la prohibición absoluta de pisos turísticos fundada en una interpretación gramatical y lógica del art. 17 LPH; y algunas puntualizaciones: una cuestión abierta a la casación

IV. RÉGIMEN DE MAYORÍA DE TRES QUINTOS Y POSIBLE EFICACIA FRENTE A TERCEROS DE LOS ACUERDOS ESTATUTARIOS LIMITATIVOS DE LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO

1. Exposición del quid quaestionis, y de su solución, en la Resolución de 1 de junio de 2020
2. Breve comentario sobre lo que la Resolución dice: acierto en la mayoría requerida por aplicación del nuevo art. 17.12 LPH para limitar el destino a viviendas de uso turístico, y alguna precisión sobre la validez y eficacia —inter partes y erga omnes— de dicha limitación
3. Y un comentario sobre lo que la Resolución no dice, o da por hecho: en especial, el cómputo de los ausentes no disidentes en la mayoría requerida por el art. 17.12 LPH para tal acuerdo
4. El caso —inverso— de admitir la actividad turística mediante la modificación de los estatutos de la comunidad: la exigencia de unanimidad por aplicación de la regla general del art. 17.6 LPH

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA

BIBLIOGRAFÍA

I. EL PROBLEMA CONVIVENCIAL DE LOS PISOS TURÍSTICOS Y ALGUNAS DUDAS QUE PLANTEA SU SOLUCIÓN EN EL NUEVO ART. 17.12 LPH

Ya hace un tiempo que vengo abordando un tema que de nuevo me trae aquí: el problema de los pisos turísticos y las comunidades de vecinos; lo hice en unos trabajos² donde siempre comenzaba advirtiendo que “la existencia de pisos turísticos dentro de las comunidades de vecinos (ya se trate de un edificio, de una urbanización, o de cualquier otro complejo inmobiliario), constituye, sin duda, una de las cuestiones más polémicas habidas sobre la materia... Todo empieza cuando los huéspedes-clientes de los pisos turísticos terminan causando diversas molestias a los vecinos de la comunidad, no tanto por lo que aquellos hacen dentro del piso, sino por lo que hacen con los elementos comunes del inmueble; molestias tales como daños en las escaleras y en los ascensores, así como ruidos por fiestas, bullicios, salidas y entradas intempestivas en el inmueble, defecaciones, preservativos, vómitos, botellas y demás basura arrojados en los elementos comunes (portal, escaleras, ascensor...); todo lo cual genera gastos de reparación y de limpieza extra³. (...) Sin necesidad de acudir a la imaginación, son todos

² Por primera vez con el trabajo: «Pisos turísticos y comunidades de vecinos: un posible caso de abuso de derecho», en *Revista de Derecho Privado*, nº 1, enero-febrero, 2018, pp. 53-88. Ya luego, aprobado el nuevo apartado 12 del art. 17 de la Ley de Propiedad Horizontal (en adelante, LPH), me sentí obligado a retomar el tema: «De nuevo, sobre pisos turísticos y comunidades de vecinos: a propósito del nuevo art. 17.12 LPH», también en la *Revista de Derecho Privado*, 2019, nº 3, mayo-junio, pp. 3-33. Después vinieron otros, consistentes en algún que otro comentario a algunas Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, que se publicaron en diversas revistas jurídicas (*Revista Jurídica del Notariado* y *Revista [Aranzadi] de Derecho Patrimonial*, según se indican en la bibliografía final), que aquí se compendian, y actualizan con nuevas Resoluciones y doctrina habida sobre las diversas cuestiones que en este trabajo se abordan.

³ Según datos de Exceltur-2015, que tomábamos de GUILLÉN NAVARRO, N. A.: «La vivienda de uso turístico y su incidencia en el panorama normativo español», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 45-46, 2015, ap. IX. Años más tarde, el mismo autor ofrece otros datos

ellos casos que han llegado a los tribunales⁴”. Advertido el problema, el nudo de mi primer trabajo sobre el tema consistió en exponer la solución —por entonces— “oficial” para prevenir o, en su caso, resolver tales molestias según nuestra jurisprudencia y la pléyade de normas autonómicas que regulaban las viviendas de uso turístico, ante la falta, por entonces, de una norma estatal específica que resolviera, al menos, el problema convivencial de los pisos turísticos, y que yo, por aquel entonces, intentaba resolver aplicando las reglas generales contenidas en la propia Ley de Propiedad Horizontal (en adelante, LPH)⁵. Sin embargo, tal norma específica finalmente llegó. Un primer intento se hizo en el Real Decreto-Ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler (publicado en el BOE de 18 de diciembre del mismo año 2018), pero que fue prontamente derogado por Resolución de 22 de enero de 2019 (publicada en el BOE de 24 de enero)⁶. No obstante, las razones de tal derogación no afectaban a la materia del alquiler turístico, cuya previsión se mantuvo idéntica a la contenida en aquel primer Decreto-Ley de 2018 en el actual y vigente Real Decreto-Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler (publicado en el BOE de 5 de marzo, y convalidado por la Diputación Permanente del Congreso el 3 de abril del mismo año 2019).

La razón general de tal Decreto-Ley, como ya se advierte desde su propio título y se justifica a lo largo y ancho de su Preámbulo, era promover

más actualizados en la misma línea (en su monografía *La regulación de la vivienda de uso turístico en España*, Madrid, 2020, pp. 218 y 219).

⁴ Así puede verse, entre otras muchas, en las SSAP de Valencia de 6 febrero 2017 (JUR 2017/130291), de Granada de 18 septiembre 2018, o en las de Barcelona de 11 marzo 2010 (AC 2010/367), 12 julio 2011 JUR 2011/318655), o de 9 octubre 2015 (AC 2016/24)... O en las SSTSJ de Cataluña de 20 febrero 2012 y 19 mayo 2016, entre otras.

⁵ En aquel trabajo, frente a la opinión común, pero con apoyo en la propia jurisprudencia y en los arts. 7.2 de la LPH y del CC, creía yo que los pisos turísticos dentro de las comunidades de vecinos pueden suponer en la mayoría de los casos un abuso de derecho en el uso excesivo, por desproporcionado a la cuota de participación, de los elementos comunes del inmueble, que de suyo viene prohibido legalmente por ser una actividad molesta, y que solo cabe legitimar por permiso expreso de la comunidad de propietarios, con el consiguiente incremento en la cuota de gastos de mantenimiento de tales elementos comunes, adoptado por la mayoría necesaria según tal permiso fuese generalizado, y se incluyera en los estatutos de la comunidad, o fuese particular, adoptado en un acuerdo de Junta.

⁶ No obstante lo cual, fue posible que durante su breve vigencia algunas Comunidades de propietarios adoptasen medidas al respecto con fundamento en aquella norma, lo que habrá que estimar como válido, aunque luego tal norma fuese derogada (aunque sin efectos retroactivos o neutralizantes de su breve vigencia), como así lo admitió la SAP de Segovia de 21 abril 2020.

la vivienda, bien para su compraventa, bien para su alquiler, ante el estado crítico en que se encontraba, y encuentra actualmente, tal mercado inmobiliario. Y entre las causas que consideraba el legislador había provocado tal situación crítica se incluía (como segunda causa) el exponencial crecimiento que recientemente ha tenido el fenómeno de los alquileres turísticos (que la mayoría de las normas autonómicas denominan viviendas de uso o de fin turístico).

Dice, en efecto, aquel Decreto-Ley en el siguiente párrafo del apartado I de su Preámbulo:

*“Este desigual y heterogéneo comportamiento del mercado del alquiler de vivienda pone de manifiesto la existencia de diversos factores que inciden en esta evolución, y que constituyen el segundo motivo que justifica la urgencia y extraordinaria necesidad de las medidas. Se observa que el incremento de los precios del mercado de la vivienda ha sido particularmente intenso en entornos territoriales de fuerte dinámica inmobiliaria caracterizados por una mayor actividad turística desarrollada sobre el parque de viviendas existente. Ello se pone de manifiesto si se analiza la evolución de los precios en los últimos años: las provincias en las que los precios de la vivienda se han incrementado con mayor intensidad han sido Madrid, Barcelona, Las Palmas, Baleares, Málaga y Santa Cruz de Tenerife. No cabe duda de que, aunque pueden existir diversos factores que explican este incremento de los precios, el fenómeno creciente del alquiler turístico de vivienda a través de plataformas p2p incide en un contexto en el que, además, la demanda de vivienda en alquiler está creciendo con intensidad. Si se analiza la evolución del alquiler en España de los últimos años, se observa que ha pasado de representar el régimen de tenencia del 20,3 % de la población en el año 2011, al 22,9 % en el año 2017, según los últimos datos de Eurostat, lo que supone un incremento del 12,8 % y puede representar alrededor de 700.000 viviendas más en alquiler en este periodo. Esta tendencia contrasta con la mayor estabilidad de la media de la Unión Europea, en la que el alquiler ha aumentado ligeramente del 29,6 % en 2011 al 30,0 % en 2017”. Expuesto así el problema, la *occassio legis*, amén de una “precisión técnica” —según dice el propio Preámbulo— que se hace al art. 5.e) LAU (a que luego nos referiremos), el Decreto-Ley abordaría el proble-*

ma convivencial de los pisos turísticos introduciendo un nuevo apartado, el nº 12, en el art. 17 LPH, que vino a decir lo siguiente:

“El acuerdo por el que se limite o condicione el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los términos establecidos en la normativa sectorial turística, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirá el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación. Asimismo, esta misma mayoría se requerirá para el acuerdo por el que se establezcan cuotas especiales de gastos o un incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda donde se realice dicha actividad, siempre que estas modificaciones no supongan un incremento superior al 20 %. Estos acuerdos no tendrán efectos retroactivos”.

La razón particular de tal reforma venía justificada en el propio Preámbulo, donde, sin embargo, no se hizo apenas más que un subrayado de lo que ya venía a decir ese nuevo art. 17.12 LPH, cuando dice aquel Preámbulo: *“En materia de viviendas de uso turístico, también se recoge en el título II —del presente Decreto-Ley— una reforma del régimen de propiedad horizontal que explicita la mayoría cualificada necesaria para que las comunidades de propietarios puedan limitar o condicionar el ejercicio de la actividad, o establecer cuotas especiales o incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda, en el marco de la normativa sectorial que regule el ejercicio de esta actividad y del régimen de usos establecido por los instrumentos de ordenación urbanística y territorial”*, terminaba añadiendo.

A pesar de la claridad de la norma, y de su razón expuesta, eran muchos, sin embargo, los problemas que el nuevo art. 17.12 LPH planteaba y que, precisamente, justificaron aquel otro trabajo mío sobre el asunto⁷, donde, entre otras muchas⁸, planteaba yo la siguiente duda: “... cuando tanto el

⁷ El antes mencionado: «De nuevo, sobre pisos turísticos y comunidades de vecinos: a propósito del nuevo art. 17.12 LPH», en *Revista de Derecho Privado*, 2019, nº 3, mayo-junio, pp. 3-33.

⁸ Que aquí, dado el objeto del presente trabajo, limitaré a las que finalmente han sido «oficialmente» resueltas por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en muy diversas y variadas Resoluciones.

nuevo art. 17.12 LPH, como su motivación expuesta en el Preámbulo se remiten a “*los términos establecidos en la normativa sectorial turística*”... se refiere literalmente solo a los alquileres turísticos, que están excluidos en su aplicación de la LAU, ¿viene también estrictamente referido tan solo a tal actividad de alquiler turístico o podría, en cambio, ampliarse su tenor literal para ser aplicado a cualquier otra tipología de alojamiento turístico (como hostales, pensiones...), o incluso a otra actividad empresarial o profesional (clínicas, despachos de abogados, bares...) que se quiera realizar en los pisos o en los locales de una comunidad de vecinos?”.

Y continuaba yo diciendo: “Aunque con una mayoría cualificada mayor de la que exige el art. 17.12 LPH, así lo vino a prever, tras su reforma en mayo de 2015, el Código Civil Catalán (en adelante, CCCat): así, por ejemplo, del art. 553.10 CCCat, cuando dice: “2. *No es preciso el acuerdo de la junta de propietarios para la modificación del título de constitución si la motivan los siguientes hechos: ... c) Las alteraciones del destino de los elementos privativos, salvo que los estatutos las prohíban expresamente*”. O del art. 553-11 CCCat, cuando dice que: “1. *Los estatutos regulan los aspectos referentes al régimen jurídico real de la comunidad y pueden contener reglas sobre las siguientes cuestiones: a) El destino, uso y aprovechamiento de los elementos privativos y de los elementos comunes. b) Las limitaciones de uso y demás cargas de los elementos privativos... 2. Son válidas las siguientes cláusulas estatutarias, entre otras: ... e) Las que limitan las actividades que pueden realizarse en los elementos privativos*”. O del art. 553-40 CCCat, que, bajo el título “*Prohibiciones y restricciones de uso de los elementos privativos y comunes*”, comienza diciendo: “1. *Los propietarios y los ocupantes no pueden hacer en los elementos privativos, ni en el resto del inmueble, actividades contrarias a la convivencia normal en la comunidad o que dañen o hagan peligrar el inmueble. Tampoco pueden llevar a cabo las actividades que los estatutos, la normativa urbanística o la ley excluyen o prohíben de forma expresa*”. Finalmente, en su art. 553-45.4 CCCat, cuando en particular dice: “*El título de constitución puede establecer un incremento de la participación en los gastos comunes que corresponde a un elemento privativo concreto, en el caso de uso o disfrute especialmente intensivo de elementos o servicios comunes como consecuencia del ejercicio de actividades empresariales o profesionales en el piso o el local*” (en

donde la referencia empresarial o profesional cabe ser entendida en sentido amplio, no estrictamente mercantil, pudiendo, entonces, incluir la actividad de hospedaje y turismo⁹).

Por ese contraste entre la norma catalana y la actual estatal, poco después de ser esta aprobada vino a lamentarse FUENTES-LOJO RIUS¹⁰ de que así no lo hubiese hecho el legislador estatal, de modo que para prohibir o restringir tales actividades turísticas diversas de las viviendas de uso turístico, así como para prohibir cualquiera otra actividad profesional o empresarial debiera seguirse requiriendo la unanimidad para así hacerlo constar en los estatutos de la comunidad por aplicación de la regla general del art. 17.6 LPH. Consideraba, por ello, FUENTES-LOJO RIUS que “estamos ante un defecto de técnica legislativa que deberán enmendar los tribunales”. Yo mismo he defendido, antes de aquella reforma del art. 17 LPH, que la solución dada al problema convivencial de los pisos turísticos debía extenderse a cualquier otra actividad empresarial o profesional. Pero más allá de que tal expansión, que al menos literalmente no contiene el art. 17.12 LPH, sea un defecto o — más bien— una simple cuestión de política legislativa, ¿acaso puede ser ello “enmendado por los tribunales” como parece sugerir FUENTES-LOJO RIUS?”.

Junto a esta cuestión indicada, el art. 17.12 LPH también planteaba otra duda (prácticamente la primera referida a su redacción misma), que también suscitaba yo en aquel trabajo mío del siguiente modo: “al admitirse la adopción de acuerdos comunitarios que ‘limiten o condicionen’ el ejercicio del alquiler turístico, ¿cabría entender incluida, y así admitida, la posibilidad de prohibir con carácter general y absoluto tal destino de alojamiento turístico a todos los vecinos, o iría ello en contra de la libertad de la propiedad privada, consagrada constitucionalmente en el art. 33 CE, o incluso en contra de la libertad de empresa que proclama el art. 38.1 CE?”.

⁹ Según explican FUENTES-LOJO LASTRES, A. y FUENTES-LOJO RIUS, A. (*Comentarios al régimen jurídico de la propiedad horizontal en Cataluña: comentarios, problemática y jurisprudencia*, Barcelona, 2015, p. 404).

¹⁰ En su breve comentario sobre «El Real Decreto-Ley de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler: aspectos de propiedad horizontal, arrendaticios y viviendas de uso turístico», publicado en *Diario La Ley* de 19 de diciembre de 2019, pp. 5-9.

Como veremos en seguida, desde un primer momento la doctrina debatió sobre tal redacción (que para alguno era equívoca o “confusa”¹¹ y “desafortunada”¹², lo que hacía que aquella duda fuese “razonable”¹³), defendiendo unos que en la posibilidad de “limitar o condicionar” las viviendas de uso turístico no cabía su prohibición (o, al menos, sin justa causa), y defendiendo otros, como yo mismo en aquel trabajo, que sí cabía tal posibilidad —de prohibirlas como supuestos de “limitación” absoluta—, posición esta última, precisamente, que, como veremos, ha sido finalmente aceptada por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (en adelante, DGSJyFP). Junto a los problemas interpretativos indicados, también se han suscitado otros, accesorios, pero no por ello menores, como el del cómputo de la mayoría de los tres quintos a que se refiere el art. 17.12 LPH, especialmente a la duda de si ha de exigirse el consentimiento expreso del vecino que en particular pueda verse afectado por el acuerdo limitador o condicionante de la actividad turística que tal vecino venía realizando antes en su piso; o dicho de otro modo: el de si tales acuerdos afectan, obligan al vecino ausente o, incluso, disidente del acuerdo; es decir, si en tal mayoría cabría, o no, computar el voto de los vecinos ausentes no disidentes del acuerdo. También es otro problema el de la eficacia misma de tal acuerdo frente a terceros que adquieran pisos en la comunidad una vez adoptado aquel acuerdo o incluso mientras este había sido adoptado sin la posibilidad de intervención de aquel tercero en su adopción al no ser aún vecino de la comunidad... Son, como se ve, muchos los problemas que en la —pretendida— solución

¹¹ Así lo advierte FUENTES-LOJO RIUS, A. (en su breve comentario sobre «El Real Decreto-Ley de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler: aspectos de propiedad horizontal, arrendaticios y viviendas de uso turístico», publicado en *Diario La Ley* de 19 de diciembre de 2019, pp. 5-9), apoyándose en que así lo advirtió al Ministerio la Abogacía Española.

¹² Lo dirá también FUENTES-LOJO RIUS, A. (en su posterior trabajo, ya comentando la primera Resolución de la DGSJyFP que se dedica a resolver la cuestión: «Últimas novedades sobre acuerdos comunitarios prohibitivos de viviendas de uso turístico y de otras modalidades de alojamiento turístico. Comentarios a la RDGSJFP de 16 de junio de 2020», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 783, 2021, p. 538).

¹³ Según decía BETHENCOURT RODRÍGUEZ, G. («La comunidad de propietarios ante el fenómeno del alquiler vacacional», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 776, 2019, p. 3048). Sorprende, por ello, que FUENTES-LOJO RIUS, A. (en su último trabajo sobre la cuestión: «Últimas novedades sobre acuerdos comunitarios, cit.», pp. 538 y 539), tras hablar de una redacción «confusa» y «desafortunada», y haberse dedicado en varias ocasiones a tal problema interpretativo, llegue a decir que a su juicio «se trata de una cuestión meramente gramatical y estéril en cuanto a su trascendencia jurídica» y que «sobre el tema se ha dedicado por la doctrina excesiva atención».

convivencial de los pisos turísticos ha venido a suscitar el art. 17.12 LPH, y que la DGSJyFP ha venido a solucionar, en nuestra opinión, con gran acierto (al menos, en coincidencia con las soluciones que nosotros mismos propusimos hace tiempo comentando aquel —por entonces flamante— art. 17.12 LPH¹⁴). Veamos, pues, ahora por fin, tales soluciones.

II. EL ART. 17.12 LPH Y SU ESTRICTO ALCANCE, LIMITADO A LOS ALQUILERES VACACIONALES DEL ART. 5.E) LAU, CON EXCLUSIÓN DE CUALQUIER OTRA ACTIVIDAD TURÍSTICA, VACACIONAL U HOTELERA

1. Su fundamento —solo— literal y, en parte, “histórico”, según la Resolución de la DGSJyFP de 5 de abril de 2020

En efecto, aquella duda que suscitaba el nuevo art. 17.12 LPH, antes referida (acerca de si tal norma venía referida solo a los alquileres turísticos del art. 5.e] LAU o a cualesquiera otra actividad turística y hotelera), vino finalmente a plantearse ante la DFSJyFP, y resuelta en su Resolución de 5 abril 2020, con el siguiente caso, que se describe en dicha Resolución del siguiente modo (en el ap. 1 de sus Fundamentos de Derecho): “Mediante la escritura objeto de la calificación impugnada se elevaron a público determinados acuerdos adoptados el 29 de octubre de 2019 por la junta de propietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal por los que se modifican los estatutos de la misma. Concretamente se acuerda que las ‘viviendas o pisos del edificio no podrán destinarse a alquiler vacacional, apartamento turístico o vivienda de uso turístico que suponga la explotación de la vivienda como uso hotelero’. Según se acredita en dicha escritura, el acuerdo fue aprobado por mayoría de diez votos a favor que representan el 79,472 % de coeficientes sobre el total del 100 %, frente a tres votos en contra que representan el 11,328 %”. Presentada tal escritura pública para su inscripción en el Registro de la Propiedad, continúa diciendo, aquella fue denegada: “El registrador fundamenta su negativa a la práctica de la inscripción solicitada

¹⁴ El antes mencionado: «De nuevo, sobre pisos turísticos y comunidades de vecinos: a propósito del nuevo art. 17.12 LPH», en *Revista de Derecho Privado*, 2019, nº 3, mayo-junio, pp. 3-33.

en que no se ha acreditado que el acuerdo de la junta aprobando el establecimiento de la referida norma de comunidad haya sido adoptado por unanimidad de todos los propietarios que, a su vez, representen el total de las cuotas de participación”; diciendo tal cosa por entender aplicable al caso no el nuevo apartado 12 del art. 17 LPH, sino su ap. 6, cuando, como regla general, dice: *“Los acuerdos no regulados expresamente en este artículo, que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad, requerirán para su validez la unanimidad del total de los propietarios que, a su vez, representen el total de las cuotas de participación”*.

Interpuesto recurso por la comunidad de propietarios contra tal calificación negativa del Registrador, por entender aplicable el ap. 12, no el ap. 6, del art. 17 LPH, y así concluir que “la LPH no exige unanimidad para la adopción del acuerdo referente regular el uso de las viviendas para que, si son arrendadas, no sean destinadas a uso hotelero bajo la cobertura de alquiler vacacional o turístico”, la DGSJyFP, sin embargo, desestimaré tal recurso y ratificaré aquella calificación negativa: por un lado, recuerda la Dirección General que la unanimidad en las aprobaciones o modificaciones estatutarias, exigida en aquel ap. 6 del art. 17 LPH, es la regla (al decir: “Esta necesidad de unanimidad para los acuerdos que impliquen modificación del título constitutivo se ha mantenido aun cuando las sucesivas reformas de la Ley sobre propiedad horizontal”), y, por otro, que la mayoría cualificada menor del ap. 12 es una excepción a tal regla (al decir: “No obstante, uno de los supuestos en que la misma ley exceptúa la unanimidad es el contemplado en el apartado 12 del citado artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, introducido en dicha Ley por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler”); y así concluye, resolviendo el caso particular y —de paso— la duda que en general suscita el art. 17.12 LPH, del siguiente modo: “Es indudable que esta nueva norma —la del art. 17.12 LPH— reduce la mayoría necesaria para adoptar el acuerdo que limite o condicione el alquiler turístico en el marco de la normativa sectorial que regule el ejercicio de la actividad de uso turístico de viviendas y del régimen de usos establecido por los instrumentos de ordenación urbanística y territorial, pero no permite que esa excepción a la norma general de la unanimidad alcance a otros acuerdos relativos a

otros usos de la vivienda, como es el mero alquiler vacacional en régimen distinto al específico derivado de la normativa sectorial turística. Por ello, la calificación objeto de impugnación debe ser confirmada”.

Tal doctrina será reiterada, entre otras, en la Resolución de 16 junio 2020¹⁵, así como en las de 16 octubre 2020¹⁶, 5 noviembre 2020¹⁷, 15 enero 2021¹⁸, o en las de 8 junio 2021¹⁹, 1 diciembre 2021²⁰ y 22 junio 2022²¹.

¹⁵ En el caso que esta resolvía, se trataba de un acuerdo comunitario donde se pretendía «Prohibir con fundamento en el nuevo apartado 12 del artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal desarrollado por el Real Decreto-Ley 7/2029, de 1 de marzo de Medidas Urgentes en materia de Vivienda y Alquiler, la utilización de cualquier vivienda o departamento del edificio de la Comunidad a fines turísticos, estableciéndose que ningún piso o departamento podrá destinarse a hospedería, alquiler vacacional, apartamento turístico o vivienda de uso turístico que suponga la explotación de la vivienda como uso hotelero. Esta prohibición alcanza tanto a los propietarios como a los inquilinos que tengan contratos de arrendamientos de viviendas, locales o departamentos del edificio de la Comunidad incluidos en el ámbito de la Ley 29/1994 de noviembre de Arrendamientos Urbanos y los contratos de arrendamiento excluidos del ámbito de aplicación según el artículo 5 de la Ley 29/1994 de Arrendamientos urbanos de viviendas, locales o departamentos del edificio de la Comunidad con cesión temporal de uso de la totalidad de la vivienda o departamento amueblado y comercializado con finalidad lucrativa cuando esté sometida a un régimen específico derivado de su normativa sectorial turística».

¹⁶ En cuyo caso «Concretamente se acuerda que ‘Se prohíbe expresamente a los propietarios de las viviendas, destinar las mismas a alquiler turístico, vacacional, de corta duración o cualquier otra modalidad de alquiler que suponga un continuo y excesivo tránsito y estancia de personas ajenas a la Comunidad’».

¹⁷ Donde la comunidad de vecinos «acuerda que ‘Ningún piso o departamento del edificio podrá destinarse a hospedería, alquiler vacacional, apartamento turístico o vivienda de uso turístico que suponga la explotación de la vivienda como uso hotelero’».

¹⁸ Donde se acordaba en Junta de vecinos «una disposición según la cual ‘Ninguna vivienda del inmueble podrá destinarse a hospedería, alquiler vacacional, apartamento turístico o vivienda de uso turístico que suponga la explotación de la vivienda como uso hotelero’».

¹⁹ En ella «concretamente se acuerda que ‘1. Las viviendas del edificio solo podrán tener como destino el uso residencial. 2. Ningún piso del edificio podrá destinarse a hospedería alquiler vacacional apartamento turístico o vivienda o uso turístico que supongan la explotación de la vivienda como uso hotelero (...)’».

²⁰ En ella se trataba de una modificación estatutaria en la que se establecía «por una parte que ‘las viviendas que sean destinadas a alquiler turístico, actividad profesional o comercial serán gravados con un 20 % adicional al importe de la cuota que le pertenezca ante el aumento del uso y el futuro mantenimiento de las zonas comunes por el uso no residencial de las mismas’ (artículo 24) y, además, se disponían otras prohibiciones y obligaciones impuestas a los propietarios de todas las viviendas (entre otras, la obligación de contratar un seguro de cobertura de daños impuesta a todo propietario que desee formalizar cualquier contrato de alquiler; prohibición de utilizar elementos comunes de la comunidad que se impone a todo propietario que alquile su inmueble mientras esté arrendado este; etc.)».

²¹ En cuyo caso resuelto se trataba de la siguiente cláusula estatutaria: «Las viviendas o los locales que se transformen en vivienda solo podrán tener como destino el uso residencial habitual, con restricción de usos o actividades en especial las de hospedería, apartamento turístico o vivienda de uso turístico».

En mi opinión, el resultado interpretativo —estricto, ni tan siquiera restrictivo— con que concluye aquella primera Resolución es acertado, pero tal vez se echa en falta un mayor razonamiento, que la Resolución limita a una interpretación literal o gramatical del precepto en lid que, ciertamente, en su letra (cuando, recuérdese, dice: *“El acuerdo por el que se limite o condicione el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los términos establecidos en la normativa sectorial turística”*), se refiere solo y exclusivamente a los alquileres vacacionales del art. 5.e) LAU, que esta excluye de su ámbito de aplicación, cuando dice: *“Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta ley: (...) e) La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística”*.

Precisamente, una *“precisión técnica”* (que así llama el Decreto-Ley en su Preámbulo), introducida en este Decreto-Ley al reformar el art. 5.e) de la LAU, fue la de aclarar la exclusión del ámbito material de aplicación de esta Ley de los alquileres turísticos cuando estos estuviesen sometidos *“a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística”*, según termina ahora diciendo dicho art. 5.e) LAU, matizando con la coletilla *“turística”* que añade el Decreto-Ley 7/2019 a la redacción anterior de aquel precepto (dada por su reforma de 2013), para así —entendemos— aclarar (a modo de interpretación auténtica y, por tanto, con efectos retroactivos convalidantes de la normativa preexistente al respecto), la legitimidad de tal régimen jurídico —al menos, del contractual— autonómico promulgado al amparo del art. 148.1.18º de nuestra Constitución, cuando esta norma afirma que *“Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: ... 18º Promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial”*. Abundaría en ello la siguiente afirmación contenida, con alcance general, en el Preámbulo del Decreto-Ley 7/2019, cuando al comienzo de su apartado III dice: *“El presente real decreto-ley respeta los límites constitucionalmente establecidos para el uso de este instrumento normativo —entre otras razones— pues no afecta... al régimen de las comunidades autónomas”*. Así mismo,

cuando en el Preámbulo se justifica el nuevo art. 17.12 LPH, se advierte que ello se hace “*en el marco de la normativa sectorial que regule el ejercicio de esta actividad y del régimen de usos establecido por los instrumentos de ordenación urbanística y territorial*”, pareciendo ello conforme al art. 148.1. 3º de nuestra Constitución, cuando dice que “*Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias:... Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda*”.

Tal vez, a mayor abundamiento, emplea también la Resolución mencionada un criterio interpretativo histórico cuando, recuérdese, advierte someramente que la unanimidad requerida en la LPH desde su redacción originaria, en 1960, para las aprobaciones o modificaciones estatutarias ha sido tradicionalmente la regla a pesar de las continuas reformas hechas a la LPH para, precisamente, ir introduciendo variadas excepciones a tal regla (cuando la Resolución decía aquello de: “Esta necesidad de unanimidad para los acuerdos que impliquen modificación del título constitutivo se ha mantenido aun cuando las sucesivas reformas de la Ley sobre propiedad horizontal...”).

Ciertamente, tanto la interpretación literal o gramatical, como la interpretación histórica o genealógica de las normas, por sí solas, solo pueden conducir a una interpretación declarativa de la ley, pero no ha de serlo solo con resultado declarativo estricto, como concluye en aquel supuesto la Resolución aquí comentada, sino que puede serlo restrictivo o, también, amplio²². ¿Por qué no, entonces, podría concluirse, en nuestro caso, con un resultado interpretativo declarativo amplio para así comprender en aquel art. 17.12 LPH cualquier alquiler o destino vacacional o turístico, más allá de los referidos en su estricta literalidad?

Razones hay, en mi opinión, para negar tal extensión o ampliación del art. 17.12 LPH que, sin embargo, la Resolución citada, al menos, no menciona; todo por interpretar todas aquellas normas sin atender a su *ratio* como exige el art. 3.1 CC *in fine*

²² Para mayor razonamiento sobre tal idea permítaseme remitirme a mi trabajo: «El (relativo) valor interpretativo de los materiales prelegislativos», en *Anuario de Derecho Civil*, 2019, pp. 747-792. En él justifico que los materiales prelegislativos, así como una interpretación basada en la sola letra de la ley, solo pueden servir para una interpretación declarativa (sea lata o estricta) de la ley, sin permitir su modificación, aunque, por ello mismo (y he ahí su utilidad), evitando cualquier tergiversación del verdadero sentido de la ley en manos de su intérprete.

al subordinar y limitar toda interpretación (sea esta literal, histórica o cualquier otra), “*atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*”.

Veamos, pues, esas —otras— razones:

2. La razón lógica, como la principal, del estricto ámbito material de aplicación del nuevo art. 17.12 LPH

Sin duda —como afirma la Resolución de la DGSJyFP de 5 abril 2020²³—, el nuevo art. 17.12 LPH constituye una regla especial, singular o —si se quiere— excepcional, tanto frente a la regla general supletoria²⁴ del art. 17.6 LPH que exige la unanimidad para aprobar o modificar los estatutos de la comunidad de vecinos, como frente a la regla también residual o subsidiaria del art. 17.7 LPH que considera suficiente la mayoría simple para cualquier otro acuerdo que no implique modificación estatutaria y que no esté previsto en el art. 17 LPH con una mayoría especial. Esa excepcionalidad o especialidad del art. 17.12 LPH impide que dicha norma pueda aplicarse por analogía (*ex art. 4.2 CC*); pero, ¿impediría igualmente su interpretación extensiva, como anhela FUENTES-LOJO RIUS? Soy de quienes considera diversas la analogía y la interpretación extensiva, y que esta última es posible en las normas excepcionales²⁵, ampliando la letra de la ley —pero— siempre que tal expansión sea conforme a su espíritu, a su fin (conforme exige, en general para toda interpretación, el art. 3.1 CC *in fine* al proclamar la *ratio legis* como el fin

²³ Y ya advertía yo en mi anterior trabajo sobre pisos turísticos («De nuevo, sobre pisos turísticos y comunidades de vecinos: a propósito del nuevo art. 17.12 LPH», en *Revista de Derecho Privado*, 2019, nº 3, mayo-junio, pp. 3-33), del que reproduzco los siguientes párrafos con algunas adendas y actualizaciones. Y, siguiéndonos, MURGA FERNÁNDEZ, J. P. («Viviendas turísticas y comunidades de propietarios: *status quaestionis* y posibilidades de actuación a la luz del nuevo artículo 17.12 de la Ley de Propiedad Horizontal», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 775, 2019, pp. 2249 y 2250; un trabajo este que obtuvo el Premio de aquel año otorgado por la propia Revista); también nos sigue MARTÍNEZ CALVO, J. («Alojamiento colaborativo y propiedad horizontal: regulación de las viviendas turísticas por parte de las comunidades de propietarios», en *Turismo, vivienda y economía colaborativa*, P. A. MUNAR BERNAT y otros [dirs.], Navarra, 2020, p. 475). Así también, aunque basándose en una simple interpretación literal, BETHENCOURT RODRÍGUEZ, G. («La comunidad de propietarios ante el fenómeno del alquiler vacacional», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 776, 2019, p. 3050).

²⁴ «Residual», prefiere decir GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C. (en los *Comentarios a la LPH* dirigidos por BERCOVITZ, p. 775). Siguiéndome, BERENGUER ALBALADEJO, M.^a C. (pp. 185 y 186).

²⁵ A tal respecto, permítaseme remitirme a mi trabajo «Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines», en *Anuario de Derecho Civil*, 2012, nº 3, pp. 1001-1073.

último de toda interpretación jurídica). Mas no parece que tal efecto expansivo pueda predicarse del art. 17.12 LPH: su letra, tan claramente referida a un tipo particular de arrendamiento turístico, de entre otros tantos posibles, es acorde con el espíritu del Decreto-Ley 7/2019 que lo ha venido a introducir, según se observa en su propia Exposición de Motivos (expresiva, siempre, de la ocasión y —también— de la razón de las leyes²⁶): como indica desde su mismo título y a todo lo largo de su Preámbulo, el Decreto está —exclusivamente— referido al fomento del alquiler de vivienda, y cuando se refiere, en particular, al alquiler turístico, se refiere —también exclusivamente— al del art. 5.e) LAU, precisamente, como uno de los obstáculos, de las causas (la segunda que cita en su Preámbulo²⁷) que en los últimos tiempos ha dificultado la existencia del arrendamiento de vivienda. No parece, pues, que pueda extenderse la aplicación del art. 17.12 LPH más allá de los estrictos alquileres turísticos. *Dura lex, sed lex...* Naturalmente, a tal razón —que es, insisto, la principal— se pueden sumar otras, a cuyo propósito —que justifica su traída aquí— pueden darse algunos consejos prácticos para las comunidades de propietarios que quieran, con aquella mayoría cualificada que permite el art. 17.12 LPH, limitar o condicionar en su título constitutivo o en sus estatutos tan precisa actividad turística; a saber:

²⁶ Sobre tal valor interpretativo de las Exposiciones de Motivos, permítaseme remitirme a mi monografía sobre el tema: *Principio, realidad y norma: el valor de las exposiciones de motivos (y de los preámbulos)*, con Prólogo de C. ROGEL VIDE, Méjico-Madrid, 2015.

²⁷ Recuérdese, cuando dice en el siguiente párrafo de su apartado I: «Este desigual y heterogéneo comportamiento del mercado del alquiler de vivienda pone de manifiesto la existencia de diversos factores que inciden en esta evolución, y que constituyen el segundo motivo que justifica la urgencia y extraordinaria necesidad de las medidas. Se observa que el incremento de los precios del mercado de la vivienda ha sido particularmente intenso en entornos territoriales de fuerte dinámica inmobiliaria caracterizados por una mayor actividad turística desarrollada sobre el parque de viviendas existente. Ello se pone de manifiesto si se analiza la evolución de los precios en los últimos años: las provincias en las que los precios de la vivienda se han incrementado con mayor intensidad han sido Madrid, Barcelona, Las Palmas, Baleares, Málaga y Santa Cruz de Tenerife. No cabe duda de que, aunque pueden existir diversos factores que explican este incremento de los precios, el fenómeno creciente del alquiler turístico de vivienda a través de plataformas p2p incide en un contexto en el que, además, la demanda de vivienda en alquiler está creciendo con intensidad. Si se analiza la evolución del alquiler en España de los últimos años, se observa que ha pasado de representar el régimen de tenencia del 20,3 % de la población en el año 2011, al 22,9 % en el año 2017, según los últimos datos de Eurostat, lo que supone un incremento del 12,8 % y puede representar alrededor de 700.000 viviendas más en alquiler en este periodo. Esta tendencia contrasta con la mayor estabilidad de la media de la Unión Europea, en la que el alquiler ha aumentado ligeramente del 29,6 % en 2011 al 30,0 % en 2017».

3. La consiguiente necesidad de claridad en la cláusula estatutaria que limite o condicione la actividad turística para su inscripción registral —sea esta total o solo parcial—

En esa posible prohibición del alquiler turístico están también en juego el derecho a la propiedad privada, consagrado como derecho fundamental por el art. 33.1 de nuestra Constitución, y la libertad de empresa, que reconoce el art. 38 CE. Tales normas, aunadas por el resto del ordenamiento jurídico (vigente en materia de servidumbres, de prohibiciones de disponer...), hacen que en nuestro Derecho rija como regla, como principio general del Derecho, la libertad del dominio en su ejercicio, y que tal libertad se presuma, salvo que se demuestre lo contrario, es decir, que se acredite que tal libertad en el modo de ejercitar la propiedad está sujeta a limitaciones; y puesto que tales limitaciones constituyen la excepción a la regla (que es la del libre ejercicio de la propiedad), toda duda que genere tal limitación, habrá de ser interpretada restrictivamente, esto es, en contra de la limitación y a favor de la libertad del dominio. De modo que lo que no esté claramente limitado o prohibido para el dominio, se ha de entender permitido²⁸.

Así las cosas, para la jurisprudencia —habida en materia de pisos turísticos— (por todas, la STS de 27 noviembre 2008, o las SSTSJ de Cataluña de 20 febrero 2012, las dos de 19 mayo 2016, y las de 13 septiembre 2018 y 24 enero 2019), a la que sigue el común de la doctrina²⁹, solo cabe que el destino turístico de los pisos en una comunidad de propietarios quede restringido o totalmente proscrito cuando en el título constitutivo o en los estatutos de la comunidad se contenga una prohibición clara y expresa —“*clara y expresa*”, se dice reiteradamente—, que afectará a terceros adquirentes, dada su innata

²⁸ Estas afirmaciones generales se han consolidado en abundante jurisprudencia, tanto del TS como de la —antes denominada— DGRyN, que puede verse citada y transcrita en GARCÍA GARCÍA, J. M., *La propiedad horizontal en la legislación, en la doctrina y en la jurisprudencia*, Navarra, 2017, pp. 894 ss., 1228 ss., y 1264 ss.; o en los *Comentarios a la LPH* dirigidos por BERCOVITZ (pp. 169, 170, 232 y 233, y comentando ÁLVAREZ OLALLA el art. 7.2 LPH).

²⁹ Entre otros, GUILLÉN NAVARRO, N. A. («La vivienda de uso turístico y su incidencia en el panorama normativo español», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 45-46, 2015); o DOMÍNGUEZ LUELMO, A. («Alojamientos turísticos y economía colaborativa: problemática jurídica en España», inédito aún, cuyo estudio he podido conocer por deferencia de su autor); o ARNAÍZ RAMOS, R. («Las viviendas de uso turístico y el Registro de la Propiedad», en el *Boletín del Servicio de Estudios Registrales*, nº 185, 2017, p. 165).

trascendencia real al limitar la facultad de disfrute de la propiedad de cada elemento privativo, siempre que tal prohibición estatutaria se inscriba en el Registro de la Propiedad (*ex art. 5.III LPH in fine*; cfr., art. 553-11.3 CCCat.).

De lo contrario, el dueño de cada piso o local tendrá libertad para destinarlo a tal fin vacacional o turístico, o a cualquier otro no prohibido expresa y claramente, pudiendo luego cambiarlo, también, a cualquier otro destino...³⁰.

³⁰ Permítaseme aquí solo traer los pronunciamientos judiciales que llevan tales afirmaciones al tema que nos ocupa, el de los pisos turísticos, siendo, sin duda, a tal respecto destacable como pionera, la STS de 27 noviembre 2008, de la que merecen ser trascritos casi íntegramente sus Fundamentos Jurídicos 2º y 3º: Comienza diciendo en el Fundamento 2º que «en un sistema en el que la propiedad privada está reconocida constitucionalmente (art. 33 CE) y en el que los derechos de disfrute tienden a atribuir al titular las máximas posibilidades de utilización sobre su inmueble, las restricciones a las facultades dominicales han de interpretarse limitadamente, de tal forma que su titular puede acondicionar su propiedad al uso que tenga por conveniente, siempre y cuando no quebrante alguna prohibición legal, y ello aunque suponga un cambio de destino respecto del previsto en el título constitutivo (SSTS 20 de septiembre y 10 de octubre de 2007). Tal conclusión determina que la mera descripción del uso y destino del edificio en los Estatutos o en el Título, no supone por sí misma limitación del uso o de las facultades dominicales, pues para ello es necesaria una cláusula o regla precisa y concreta, con obligación para los comuneros de su cumplimiento, pero la descripción del edificio y de sus partes contenida en los estatutos o en el título de propiedad constituye un elemento relevante en la labor interpretativa que debe llevarse a cabo para determinar el alcance de la aplicación a la realidad concreta de un determinado edificio en régimen de comunidad de los conceptos que la Ley utiliza para acotar los elementos comunes llamados esenciales (SSTS de 23 de febrero 2006; 10 de octubre de 2007)». Y añade en su Fundamento 3º: «La jurisprudencia de esta Sala ha declarado con absoluta reiteración la libertad de los derechos dominicales y la posibilidad que cada uno de los propietarios bajo el régimen de la Propiedad Horizontal pueda realizar cuantas actividades parezcan adecuadas sobre su inmueble, otorgándole las máximas posibilidades de utilización, por lo que ningún interés casacional justifica un pronunciamiento que sienta la doctrina adecuada. Esta es y ha sido la línea constante seguida por esta Sala, como recuerda la sentencia de 23 de febrero de 2006, respecto a la facultad de decisión de cada titular: así, la STS de 7 de febrero de 1989 permitió el cambio de cine a discoteca; la STS de 24 de julio de 1992 ha acogido la modificación del destino de una vivienda a consulta radiológica; la STS de 21 de abril de 1997 admitió la instalación en un piso para vivienda de una oficina —o, al revés, de oficina en vivienda, según la posterior STS de 12 septiembre 2013 (añadimos nosotros)—; la de 29 de febrero de 2000, en similar circunstancia, ha consentido el ejercicio de la profesión de médico; y la STS de 30 de mayo de 2001 lo declaró también para la práctica profesional de quiromasaje. Ahora bien, una cosa es que lo excepcional sea la prohibición o límite al ejercicio de los derechos y otra que no se actúen aquellas prohibiciones de cambio por voluntad unilateral de su propietario... No estamos, por tanto, ante un supuesto en el que puede conjugarse un uso diferente del que resulta de la propia configuración de la vivienda, ‘sin alterar su sustancia, con otras actividades accesorias’, sino ante un cambio sustancial y prohibido en sí mismo de destino, que esta Sala ha negado en otros casos: Sentencia de 9 de mayo de 2002 (almacén, a que estaba destinado, en garaje para guarda y circulación de vehículos), o la más reciente de 20 de septiembre de 2007 (locales industriales o almacenes en garaje: la modificación interesada —dice— conllevaría no solo ‘la realización de importantes obras que afectarían a los elementos comunes’, sino que alteraría la naturaleza del local, pues tal destino, ‘pues tal destino se deriva de la propia configuración de los mismos’)). Secundando tal jurisprudencia, cabe citar, entre otras,

Tal jurisprudencia, hecha ya la reforma del art. 17.12 LPH, es plenamente válida y aplicable también hoy, debiéndose, pues, entender que tal acuerdo prohibitivo del alquiler turístico sí sería de los que afectan al título constitutivo o a los estatutos de la propiedad horizontal (*ex art. 5.III LPH*)³¹.

Tal vez haya quien vea en lo dicho otro argumento para la interpretación estricta del art. 17.12 LPH, trasladando a la ley lo dicho por nuestra jurisprudencia para los acuerdos comunitarios: que toda limitación de la propiedad ha de ser interpretada restrictivamente. Lo cual es cierto, pero rectamente solo para los casos de duda (de falta de claridad en la redacción del acuerdo comunitario, o en la de la norma); lo que, sin embargo, no sucede con el art. 17.12 LPH, de diáfana redacción acorde a su *ratio* (según lo visto), y que, por ello, ha de ser interpretado estrictamente, sin mayor restricción.

En lo que más importa aquella jurisprudencia —al exigir que el acuerdo comunitario limitativo de la propiedad privativa sea expreso y claro— es a los efectos prácticos, para las comunidades de propietarios que quieran, con aquella mayoría cualificada que permite el art. 17.12 LPH, limitar o condicionar en su título constitutivo o en sus estatutos tan precisa actividad turística; parece, por ello, aconsejable que el acuerdo limite o condicione “el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la LAU, en los términos establecidos en la normativa sectorial turística”; o bien, incluso, que reproduzca literalmente tal art. 5.e) LAU.

Si comparamos estos textos propuestos con el acuerdo adoptado en el caso resuelto por aquella Resolución de 5 abril 2020 (recuérdese, aquel que decía: las “viviendas o pisos del edificio no podrán destinarse a alquiler vacacional, apartamento turístico o vivienda de uso turístico que suponga la explotación de la vivienda como uso hotelero”), se observará que este se excedía en su extensión objetiva, pues el acuerdo no se limitaba a recoger el ámbito de la excepción, sino que se extendía a otras situaciones como el mero alquiler vacacional en régimen distinto al específico derivado de la

refiriéndose también específicamente a los pisos turísticos, las SSTSJ de Cataluña de 20 febrero 2012 y 19 mayo 2016.

³¹ Así también lo cree FUENTES-LOJO RIUS, A. (p. 6/9), quien insiste, sobre todo, en la importancia de inscribir el acuerdo comunitario de prohibición del uso turístico en el Registro de la Propiedad. En el mismo sentido, MURGA FERNÁNDEZ, J. P. (p. 2247).

normativa sectorial turística, para cuya aprobación se requeriría la unanimidad que, como regla, exige el art. 17.6 LPH.

A falta de tal claridad o precisión, por exigencias del principio de especialidad registral, la cláusula estatutaria no tendrá acceso al Registro de la Propiedad, con el consiguiente perjuicio de que la cláusula no será plenamente oponible *erga omnes* —según ha quedado antes advertido—. Ahora bien, ¿acaso será por ello también inválida e ineficaz, incluso, *inter partes*, para la comunidad de vecinos que aprobó tal acuerdo, falto de claridad o más amplio del que permite el art. 17.12 LPH aprobar con una mayoría inferior a la unanimidad? Así parece insinuarlo aquella Resolución de 5 de abril de 2020 cuando, refiriéndose al art. 17.6 LPH (no a la regla especial de su nuevo ap. 12), dice que “determinados acuerdos (los que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad), solo serán válidos —válidos, dice— cuando se adopten por los propietarios en los términos previstos en la regla 6 del artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, es decir por unanimidad”.

Por mi parte, aun sin poder dar una solución apriorística y absoluta, para todo caso, a tal cuestión, atendida en cada caso en particular la redacción de la cláusula estatutaria, y conforme al principio de interpretación restrictiva de toda limitación a la presunta libertad de la propiedad privada —antes recordado—, es posible, en efecto, que la cláusula sea nula, que no haya, pues, limitación ninguna para la propiedad de cada piso (como sucedió en aquel caso y en la mayoría de los casos resueltos por la DGSJyFP); pero también es posible, conforme al principio del *favor contractus* —en nuestro caso, de conservación de los contratos— (cfr., arts. 1284, 1741, 1768 CC...), que se admita su validez e incluso su inscripción, aunque parcial, limitando su alcance al alquiler vacacional del art. 5.e) LAU a que se refiere el art. 17.12 LPH cuando tal cláusula haya sido así redactada (con tal referencia estricta a tales alquileres) y aprobada por la mayoría en dicha norma prevista, y estimando como nulo el exceso del acuerdo, que sería *contra legem*, al requerir su aprobación de la unanimidad que, como regla, exige el art. 17.6 LPH.

Esta última solución, la de la validez —o nulidad— e inscripción —o su rechazo— solo parcial, es, precisamente, la solución dada por la posterior Resolución de 16 junio 2020:

En aquel caso, se trataba de un acuerdo comunitario en que se pretendía “Prohibir con fundamento en el nuevo apartado 12 del artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal desarrollado por el Real Decreto-Ley 7/2029, de 1 de marzo de Medidas Urgentes en materia de Vivienda y Alquiler, la utilización de cualquier vivienda o departamento del edificio de la Comunidad a fines turísticos, estableciéndose que ningún piso o departamento podrá destinarse a hospedería, alquiler vacacional, apartamento turístico o vivienda de uso turístico que suponga la explotación de la vivienda como uso hotelero. Esta prohibición alcanza tanto a los propietarios como a los inquilinos que tengan contratos de arrendamientos de viviendas, locales o departamentos del edificio de la Comunidad incluidos en el ámbito de la Ley 29/1994 de noviembre de Arrendamientos Urbanos y los contratos de arrendamiento excluidos del ámbito de aplicación según el artículo 5 de la Ley 29/1994 de Arrendamientos urbanos de viviendas, locales o departamentos del edificio de la Comunidad con cesión temporal de uso de la totalidad de la vivienda o departamento amueblado y comercializado con finalidad lucrativa cuando esté sometida a un régimen específico derivado de su normativa sectorial turística”. Rechazada, por las razones vistas, la validez (y, claro es, la inscripción), del acuerdo prohibitivo que se excedía del ámbito aplicativo del art. 17.12 LPH, referido exclusivamente a los alquileres del art. 5.e) LAU, la comunidad de propietarios recurrente, tras aceptar tal rechazo, entendía que este solo debía ser parcial, frente al total defendido por el Registrador, debiéndose, por ello, admitir tanto la validez, como la inscripción —aunque fuese parcial—, del resto del pacto prohibitivo que con claridad, y separado de la prohibición de las restantes actividades turísticas u hoteleras, se ajustaba a la legalidad (del art. 17.12 LPH)³²; todo lo cual, con razón, sería final-

³² Decía, en efecto, en algunos fragmentos de su recurso lo siguiente: «El recurrente alega lo siguiente: que en cuanto al concreto ámbito de la normativa sectorial turística, coincide con la calificación y nada tiene que objetar, ya que se extiende ‘a hospedería, alquiler vacacional, apartamento turístico o vivienda de uso turístico que suponga la explotación de la vivienda como uso hotelero’, que exceden del ámbito de aplicación de la excepción, pero que en el apartado segundo relativo al alcance de la prohibición desarrolla el efecto prohibitivo dentro de los estrictos márgenes de la cesión temporal de uso de la totalidad de la vivienda o departamento amueblado y

mente admitido por aquella Resolución de 16 junio 2020, con el siguiente razonamiento: “Sentado esto —que en el acuerdo comunitario hay pactos limitativos acordes al art. 17.12 LPH y otros que se exceden de su ámbito—, ahora se trata de determinar si concurriendo en los acuerdos, limitaciones o prohibiciones que estuvieran en el ámbito de lo que se conoce como alquiler o explotación turística de las viviendas, con otras que excedan del concreto ámbito a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los términos establecidos en la normativa sectorial turística, en relación con el apartado 12, del artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal introducido por el Real Decreto-ley 7/2019 —hospedería, alquiler vacacional—, cabe la inscripción parcial de las primeras en el Registro. Y lo cierto es que en los acuerdos adoptados están claramente diferenciadas unas limitaciones y prohibiciones de otras; no existe, como alega el recurrente, ni un solo dato, ni siquiera indicio, que permita sostener que todos o algunos de los puntos o acuerdos estuvieran recíprocamente condicionados; y por último, la motivación de los acuerdos adoptados es clara: la comunidad de propietarios considera, tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 7/2019, haber encontrado un mecanismo para prohibir en la comunidad un régimen de usos y actividades que se consideran perniciosos para la normal convivencia y habitabilidad de las fincas que la integran. (...) En consecuencia, no habiendo circunstancia impeditiva de la inscripción parcial, debe admitirse esta respecto de las limitaciones o prohibiciones relativas a la cesión temporal de uso de la totalidad de la vivienda o departamento amueblado y comercializado con finalidad lucrativa cuando esté sometida a un régimen específico derivado de su normativa sectorial, en el ámbito del apartado 12 del citado artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, introducido en dicha Ley por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo”.

comercializado con finalidad lucrativa cuando esté sometida a un régimen específico derivado de su normativa sectorial; que no se trata de interpretar restrictivamente una norma excepcional, sino que se trata de interpretar ajustadamente la norma; que cabe la inscripción parcial de los acuerdos relativos a limitación de la ‘cesión temporal de uso de la totalidad de la vivienda o departamento amueblado y comercializado con finalidad lucrativa cuando esté sometida a un régimen específico derivado de su normativa sectorial’, pero sin comprometer ni afectar a los usos y actividades que sí se corresponden con tal cesión temporal; —y— que en la calificación recurrida no hay motivación para denegar la inscripción parcial».

4. Interpretación, en particular, de las cláusulas estatutarias limitadoras de la actividad turística acordadas antes de la vigencia del actual art. 17.12 LPH

Con todo, queda por abordar el alcance de aquellas cláusulas estatutarias prohibitivas de cualquier actividad turística que hayan sido acordadas antes de la vigencia del actual art. 17.12 LPH³³. Porque, lógicamente, para ellas no cabría exigir tanta precisión en referir tal prohibición a los alquileres turísticos del art. 5.e) LAU, cuando tal vez por entonces, cuando aquel acuerdo fue adoptado, esta norma ni siquiera existía aún, mucho menos la del art. 17.12 LPH, que, además, aun siendo retroactiva, y por ello aplicable a las comunidades de propietarios existentes antes de su entrada en vigor³⁴, no afecta, en cambio, a las cláusulas ya adoptadas que, además, lo han sido por la unanimidad que como regla para tal prohibición estatutaria exigía la LPH antes de ser modificada con la introducción de aquel art. 17.12 LPH que vendría a reducir la mayoría requerida a la de tres quintos. A fin de interpretar aquellas cláusulas estatutarias, debe tomarse como premisa la naturaleza híbrida que presentan los estatutos de cualquier comunidad de vecinos como acuerdo normativo, de carácter negocial o convencional, pero que

³³ Una cuestión que, con originalidad, detalle —frente al resto de la doctrina—, con cita de abundantes sentencias y gran acierto a mi modo de ver, aborda BERENGUER ALBALADEJO, M.^a C. (pp. 187-198), quien, partiendo de que sobre tal asunto (p. 188), «la casuística es muy amplia y los criterios judiciales variados y contradictorios», distingue para su aclaración entre tres hipótesis: como 1ª las cláusulas estatutarias que imponen un determinado destino a los elementos privativos (vgr., de residencia), con exclusión de cualquier otro; como 2ª las cláusulas estatutarias que prohíben genéricamente cualquier actividad comercial, industrial, profesional o económica; y como 3ª hipótesis, la de aquellas cláusulas estatutarias que prohíben expresa y específicamente la actividad de hospedaje o cualquier otra análoga.

³⁴ En efecto, el Real Decreto-Ley 7/2019, que vino a introducir el nuevo art. 17.12 LPH, dice en su Disposición final 3ª: «El presente real decreto-ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el 'Boletín Oficial del Estado'»; es decir, el 6 de marzo de 2019 (al ser publicado el Decreto-Ley en el BOE del día anterior). Y lo hace con pleno carácter retroactivo, no solo para las nuevas comunidades de vecinos por constituir o crear tras su entrada en vigor, sino también para los regímenes de propiedad horizontal ya existentes con anterioridad a su vigencia. Así cabe entenderlo, como una suerte de retroacción tácita deducible del silencio del legislador, que contrasta con su expresa voluntad de excluir o planificar tal retroactividad para ciertas cuestiones particulares (cfr., sus disposiciones transitorias primera y segunda), entre las que no se comprende la aplicación temporal del nuevo art. 17.12 LPH que en aquel Decreto-Ley 7/2019 se introduce, y cuyo inciso final solo excluye la aplicación retroactiva de los acuerdos adoptados en las comunidades de vecinos que limiten o condicionen el destino arrendaticio turístico de los pisos, pero no la aplicación misma de la norma que así lo dice.

también se aplica como una suerte de ley (o, incluso, de convenio colectivo) entre los vecinos; un acuerdo, además, que en caso de prohibir cualquier actividad en los elementos privativos, ha de ser aprobado, como regla, por unanimidad (afectando así a todos los vecinos, cfr., arts. 17.9 LPH y 553-30.1 CCCat.), y que, en todo caso, puede llegar también a obligar a terceros (a los nuevos adquirentes de pisos y locales), si tal acuerdo es inscrito en el Registro de la Propiedad (*ex art. 5.III LPH*, cfr., art. 553-11.3 CCCat.), todo lo cual les confiere a tales acuerdos estatutarios una suerte de obligatoriedad y publicidad similar a la que es propia de cualquier norma jurídica³⁵. Esa naturaleza mixta, a los efectos de interpretar tales estatutos, permite acudir, aunque sea mediante la analogía, tanto a las reglas interpretativas del art. 3.1 CC (sobre interpretación de la ley), como a las de los arts. 1281 y ss. CC (sobre interpretación de los contratos, que en algunos aspectos tanta similitud guardan con aquellas legales); pero con la peculiaridad de que no solo ha de indagarse en la finalidad contenida en el acuerdo estatutario mismo, sino también en la voluntad o intención de los propios vecinos que aprobaron aquel acuerdo —o no se opusieron³⁶— (una suerte de *voluntas legislatoris*, que, incluso, permitiría que los propios vecinos aclaren *a posteriori* una cláusula estatutaria prohibitiva anteriormente aprobada, a modo

³⁵ ECHEVERRÍA SUMMERS, Fco. M. (en los *Comentarios a la LPH* dirigidos por BERCOVITZ, pp. 110 y 111), considera que el título constitutivo es «un negocio jurídico, puesto que es un acto derivado de la autonomía de la voluntad... un negocio jurídico de carácter dispositivo», añadiendo luego (p. 127), que «mientras el título constitutivo es un negocio jurídico de carácter configurativo, el estatuto posee naturaleza normativa», aunque diciendo luego (en p. 141) que tiene también una «naturaleza contractual». Por su parte, CARRASCO PERERA, A. (en la misma obra, comentando el art. 17 LPH, pp. 494 y 495), dirá que «los acuerdos son actos jurídicos colectivos, en la medida en que constituyen una suma de voluntades individuales. Pero como negocios jurídicos son declaraciones de voluntad unilaterales, que se imputan al órgano colectivo que es la junta de propietarios y que se integran con los votos de los propietarios, aunque son conceptualmente distintos que una suma de votos. A estos efectos, carece de trascendencia que la LPH no haya reconocido la personalidad jurídica de la comunidad, bastando que haya investido al colectivo de propietarios de una cierta organización tal que permita la unificación de las declaraciones individuales por medio de un procedimiento colegial. Constituye una declaración de voluntad imputable subjetivamente al colectivo de propietarios, y no es una mera suma o yuxtaposición de voluntades... En este sentido son actos negociales que ‘obligan a todos los propietarios’».

³⁶ Así, por ejemplo, mediante una suerte de interpretación histórica (cfr., art. 1282 CC), la SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª) de 21 enero 2009, rechazó la impugnación de la demandada que pretendía alquilar turísticamente su piso frente a una cláusula estatutaria que lo prohibía, entre otras razones, afirmando que «la demandada pidió permiso a la Junta para dedicar su vivienda a la actividad mercantil en cuestión, permiso que le fue denegado, lo que refuerza su conformidad con dichos acuerdos, conformidad que ya resultaba en todo caso del transcurso del tiempo sin impugnarlos».

de interpretación auténtica —como así sucedió en la SAP de Guipúzcoa de 12 abril 2019³⁷—). Por eso mismo, para la interpretación de las cláusulas estatutarias prohibitivas de la actividad turística acordadas con anterioridad a la entrada en vigor del art. 17.12 LPH no parece que por sí solas las palabras literalmente empleadas en su redacción deban, en caso de duda, ser determinantes (cfr., arts. 3.1 y 1281.II CC), cuando por entonces no existía el art. 17.12 LPH (ni tal vez el actual art. 5.e] LAU, con la precisión técnica que hoy contiene). Solo en caso de duda una vez usados todos los posibles criterios interpretativos, cabría entonces concluir, conforme a la presunción de libertad de la propiedad (antes recordada), que el alquiler turístico no está proscrito ni limitado. Conforme a tales criterios y a la presunción de una propiedad libre, no bastaría con que en el acuerdo comunitario se hubiese exigido, sin más, el uso residencial o de vivienda de los pisos³⁸. No siempre, sin embargo, ha sido así:

Al inicio, y desde hace mucho, a la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo bastaba con que en el título constitutivo o en los estatutos de la comunidad de vecinos se empleara el término “vivienda” como para interpretar que el único destino admitido del piso era para tal fin, de residencia, hogar o morada, que, como tal, se contradecía con el del fin turístico, y que solo sería compatible con un arrendamiento más estable y duradero (para vivienda, o por temporada más duradera). Tal fue la posición de nuestro TS

³⁷ Y que tanto elogia BERENGUER ALBALDEJO, M.^a C. (pp. 194, 195 y 198). En ella se trataba de una cláusula estatutaria que decía: «Sobre la utilización de las viviendas y los espacios comunes a ellas atribuidos. Queda terminantemente prohibido la realización de actividad económica alguna en las viviendas (oficina, despacho, consulta, clínica, etc.)». Planteado el problema por un vecino que pretendía poner su piso en alquiler turístico, la Junta acordaría un acuerdo recordando que tal actividad estaba ya prohibida estatutariamente, lo que aquella SAP de Guipúzcoa (Sección 2^a) de 12 abril 2019, admitió, diciendo que «para la adopción del acuerdo impugnado no se requería la unanimidad, porque no se trataba de establecer una nueva prohibición de uso *ex novo* que no estuviera prevista en la norma estatutaria, sino de determinar si la actividad de alquiler turístico podía excluirse de la prohibición general de toda actividad económica que ya contempla la norma estatutaria. Estamos ante una norma prohibitiva extensiva por naturaleza, y por tanto la exclusión de una actividad económica concreta de tan amplia prohibición constituye una excepción a la norma general prohibitiva y no una extensión de la prohibición a actividades que no estuvieran incluidas en la misma. Como decimos el acuerdo impugnado no establece una prohibición de uso *ex novo*, sino que simplemente decide no excluir lo que está incluido en una prohibición ya existente, y para ello no era necesaria la unanimidad, que sí habría sido precisa para autorizar la actividad económica prohibida, ya que en este caso sí que estaríamos ante una modificación estatutaria (artículo 17.6 LPH)».

³⁸ ES la 1^a de la hipótesis a que se refiere BERENGUER ALBALDEJO, M.^a C. (p. 189 y ss.).

desde su sentencia de 28 abril 1978, pasando por la de 10 octubre 1989, hasta la posterior, y más específica sobre el tema que nos ocupa, de 23 de noviembre 1995³⁹.

Pero pronto esta jurisprudencia cambiará (no en vano, aquella STS de 23 noviembre 1995 resolvía “*en este caso concreto*”, según comenzaba diciendo en sus argumentos —en nota transcritos—). Al fin y al cabo, precisar el destino de los elementos privativos (pisos y locales) del régimen de propiedad horizontal es algo que la propia Ley contempla como voluntario (cfr., los aps. I y III del art. 5 LPH⁴⁰, así como el art. 553-11

³⁹ Las STS 10 octubre 1989, aunque sin tratar el problema específico convivencial, ya entendían que los arrendamientos de apartamentos para turistas no son arrendamientos de vivienda, en cuanto «habitación» o «morada» estable, a modo de residencia o domicilio, del inquilino y de su familia, sometido a la LAU, sino arriendos de ocio o distracción por períodos breves para el alojamiento, pero no para la vivienda, con desconocimiento de personas, sometidos por ello a las reglas comunes sobre arrendamiento y hospedaje contenidas en el CC. Lo mismo había dicho antes la STS de 28 abril 1978, para un caso en que pretendía arrendarse un piso para vivienda, cuando la cláusula estatuta de la comunidad decía: «Los pisos habrán de destinarse a viviendas» («habrán», decía, según recalca insistentemente aquella STS de 1978).

Más específica fue, en efecto, la STS de 23 noviembre 1995: en ella el pleito giraba en torno a dos pisos de alquiler turístico dispuestos por un matrimonio, quienes habían sido ellos mismos los promotores del edificio y habían realizado obras de reforma en tales pisos (convirtiendo cocinas y salones en dormitorios). Centrada la cuestión en lo que describía el título constitutivo como «planta de sótano, y plantas bajas, con destino a locales comerciales, y siete plantas altas, destinadas a vivienda», deduciría de tal descripción el TS diciendo: *«Así las cosas, no parece en este caso concreto que la expresión de destino a viviendas de los pisos de las plantas altas fuera utilizada en acepción genérica y usual equivalente a piso o departamento singular; como entiende el Juzgador de instancia, no puede olvidarse que en las mencionadas escrituras notariales se hace una clara y cuidada diferenciación entre piso, concepto genérico, y vivienda, locución específica..., término que, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 junio 1970, de acuerdo con el diccionario oficial de la lengua significa morada, habitación, hogar, y que por venir gramaticalmente establecido en el título constitutivo, la expresión ‘destino a vivienda’, excluye cualquier otro destino, a salvo que en cada caso concreto pueda conjugarse, sin alterar su sustancia, con otras actividades accesorias»*. Además, *«la industria de hospedaje —del caso— resta mucho de ser la acogida de huéspedes en la propia vivienda o la modesta pensión que en ocasiones pudiera entenderse encuadrada en la finalidad de habitación o morada»*. *«En consecuencia —concluye el TS—, se considera que los demandados han actuado incurriendo en una situación de abuso de derecho, puesto que esto en sí ya supone la abusiva implantación hotelera realizada por los mismos que, se encuadra sin necesidad de prueba concreta en la prohibición que establece el art. 7 párr. 3.º de la LPH —hoy, art. 7.2 LPH—, que impide a todo propietario desarrollar en el piso actividades no permitidas por los estatutos o incómodas para la finca, pues cabe presumir la consecuencia dañosa de la incomodidad para el resto de comuneros»*; daños, además, que en el caso se produjeron efectivamente, y así fueron acreditados, como el desorden de horarios de entrada y salida de huéspedes, el uso intensivo de luces y ascensor...

⁴⁰ En tal norma, el ap. I, referido al título constitutivo, no exige la mención de tal cuestión, que solo prevé en su ap. III, al decir que *«El título podrá —dice— contener, además, reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la ley en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios»*.

CCCat.); de modo que se hable, o no, de los pisos como “viviendas” en el título constitutivo o en los estatutos de la comunidad no deja de ser una descripción muy genérica, en nada determinante para que, por sí sola, afecte, restringiéndolo, al destino de cada piso o local. Por encima de tan genérica descripción, o de cualquier otra, y en contra de tan generosa interpretación, se sitúan el derecho a la propiedad privada, consagrado como derecho fundamental por el art. 33.1 de nuestra Constitución, y la libertad de empresa, que reconoce el art. 38 CE. Tales normas, aunadas por el resto del ordenamiento jurídico (vigente en materia de servidumbres, de prohibiciones de disponer...), hacen que en nuestro Derecho rija como regla, como principio general del Derecho, la libertad del dominio en su ejercicio, y que tal libertad se presuma, salvo que se demuestre lo contrario, es decir, que se acredite que tal libertad en el modo de ejercitar la propiedad está sujeta a limitaciones; y puesto que tales limitaciones constituyen la excepción a la regla (que es la del libre ejercicio de la propiedad), toda duda que genere tal limitación, habrá de ser interpretada restrictivamente, esto es, en contra de la limitación y a favor de la libertad del dominio. De modo que lo que no esté claramente limitado o prohibido para el dominio, se ha de entender permitido. Así las cosas, para esta nueva jurisprudencia (por todas, la STS de 27 noviembre 2008, o las SSTSJ de Cataluña de 20 febrero 2012 y 19 mayo 2016), solo cabe que el destino turístico de los pisos en una comunidad de propietarios quede restringido o totalmente proscrito cuando en el título constitutivo o en los estatutos de la comunidad se contenga una prohibición clara y expresa⁴¹.

⁴¹ Permítaseme, de nuevo, aquí solo traer los pronunciamientos judiciales que llevan tales afirmaciones al tema que nos ocupa, el de los pisos turísticos, siendo, sin duda, a tal respecto destacable como pionera, la STS de 27 noviembre 2008, de la que merecen ser transcritos casi íntegramente sus Fundamentos Jurídicos 2º y 3º: Comienza diciendo en el Fundamento 2º que «en un sistema en el que la propiedad privada está reconocida constitucionalmente (art. 33 CE) y en el que los derechos de disfrute tienden a atribuir al titular las máximas posibilidades de utilización sobre su inmueble, las restricciones a las facultades dominicales han de interpretarse limitadamente, de tal forma que su titular puede acondicionar su propiedad al uso que tenga por conveniente, siempre y cuando no quebrante alguna prohibición legal, y ello aunque suponga un cambio de destino respecto del previsto en el título constitutivo (SSTS 20 de septiembre y 10 de octubre de 2007). Tal conclusión determina que la mera descripción del uso y destino del edificio en los Estatutos o en el Título, no supone por sí misma limitación del uso o de las facultades dominicales, pues para ello es necesaria una cláusula o regla precisa y concreta, con obligación para los comuneros de su cumplimiento, pero la descripción del edificio y de sus partes contenida en los estatutos o en el título de propiedad constituye un elemento relevante en la labor interpretativa que debe llevarse a cabo para determinar el alcance

Entre tales prohibiciones claras y expresas cabe, en principio, incluir aquellas⁴² que hagan referencia global (genérica o descriptiva, en una enumeración siempre abierta) a cualquier actividad turística, hotelera o vacacional, sea de hospedaje o arrendaticia⁴³. No se olvide,

de la aplicación a la realidad concreta de un determinado edificio en régimen de comunidad de los conceptos que la Ley utiliza para acotar los elementos comunes llamados esenciales (SSTS de 23 de febrero 2006; 10 de octubre de 2007)». Y añade en su Fundamento 3º: «La jurisprudencia de esta Sala ha declarado con absoluta reiteración la libertad de los derechos dominicales y la posibilidad que cada uno de los propietarios bajo el régimen de la Propiedad Horizontal pueda realizar cuantas actividades parezcan adecuadas sobre su inmueble, otorgándole las máximas posibilidades de utilización, por lo que ningún interés casacional justifica un pronunciamiento que siente la doctrina adecuada. Esta es y ha sido la línea constante seguida por esta Sala, como recuerda la sentencia de 23 de febrero de 2006, respecto a la facultad de decisión de cada titular: así, la STS de 7 de febrero de 1989 permitió el cambio de cine a discoteca; la STS de 24 de julio de 1992 ha acogido la modificación del destino de una vivienda a consulta radiológica; la STS de 21 de abril de 1997 admitió la instalación en un piso para vivienda de una oficina —o, al revés, de oficina en vivienda, según la posterior STS de 12 septiembre 2013 (añadimos nosotros)—; la de 29 de febrero de 2000, en similar circunstancia, ha consentido el ejercicio de la profesión de médico; y la STS de 30 de mayo de 2001 lo declaró también para la práctica profesional de quiromasaje. Ahora bien, una cosa es que lo excepcional sea la prohibición o límite al ejercicio de los derechos y otra que no se actúen aquellas prohibiciones de cambio por voluntad unilateral de su propietario... No estamos, por tanto, ante un supuesto en el que puede conjugarse un uso diferente del que resulta de la propia configuración de la vivienda, 'sin alterar su sustancia, con otras actividades accesorias', sino ante un cambio sustancial y prohibido en sí mismo de destino, que esta Sala ha negado en otros casos: Sentencia de 9 de mayo de 2002 (almacén, a que estaba destinado, en garaje para guarda y circulación de vehículos), o la más reciente de 20 de septiembre de 2007 (locales industriales o almacenes en garaje: la modificación interesada —dice— conllevaría no solo 'la realización de importantes obras que afectarían a los elementos comunes', sino que alteraría la naturaleza del local, pues tal destino, 'pues tal destino se deriva de la propia configuración de los mismos')». Secundando tal jurisprudencia, cabe citar, entre otras, refiriéndose también específicamente a los pisos turísticos, las SSTSJ de Cataluña de 20 febrero 2012 y 19 mayo 2016.

⁴² La 3ª hipótesis a que se refiere BERENGUER ALBALADEJO, M.^a C. (p. 196 ss.).

⁴³ Así, por ejemplo, la estima incluida la SAP de Barcelona (Sección 19ª) de 21 mayo 2015 en la siguiente cláusula estatutaria: «Actividades Prohibidas. En especial los propietarios y ocupantes de los pisos o locales del inmueble no podrán desarrollar en los mismos actividades molestas, inmorales, insalubres, nocivas o peligrosas, y muy especialmente los pisos o locales no podrán destinarse a actividades de juego, salas de fiesta, espectáculos, saunas, masajes, relax, ejercicio de la prostitución, y en general cualquier actividad relacionada con el sexo, hospedería, pensiones, viviendas de uso turístico, hostales, residencias de estudiantes o geriátricos, turísticas o guarderías». Sobre un acuerdo similar, la SAP de Barcelona (Sección 17ª) de 9 octubre 2015 (donde se decía que «en cada uno de los pisos o elementos privativos a excepción de los locales no se podrá realizar actividad alguna que venga relacionada con la hostelería, apartamentos turísticos, pensión, fonda o cualquier otro que se relacione con negocio económico de pernocta para terceros a título gratuito o remunerado»). En contra de tal interpretación, sin embargo, la SAP de Madrid (Sección 21ª) de 12 julio 2021. Se trataba en ella de un estatuto donde se decía que «los pisos deberán destinarse a viviendas u oficio de profesiones liberales o industriales ya establecidas. En ningún caso podrán dedicarse los pisos a Colegio, Fonda, Pensión, Clínica para hospitalización de enfermos de cualquier clase y a fines vedados por la motal (sic) o la Ley, a industria o depósitos que atenten a la comodidad o higiene de

una vez más, que son cláusulas estatutarias aprobadas por unanimidad cuando aún no regía el actual art. 17.12 LPH, y añádase que si para el propio legislador así como para la propia doctrina no resulta claro precisar la naturaleza jurídica del alquiler turístico (más como arriendo de cosas que como hospedaje, también de servicios, o a la inversa)⁴⁴, ni siquiera en su propia terminología (que si vivienda o apartamento

los demás condueños o a la seguridad o integridad de la finca», resolviendo la cuestión del siguiente modo: «Esencialmente interpretando esta norma privada la sentencia de primera instancia concluye que la actividad controvertida es equiparable a la industria de hospedaje desarrollada por pensiones, que se encuentra expresamente prohibida, criterio que este tribunal no comparte. (...) Debemos partir de que la propiedad privada se encuentra constitucionalmente protegida y, por ello, sus limitaciones deben interpretarse restrictivamente... Teniendo en cuenta dicha doctrina y partiendo de que la literalidad de los estatutos comunitarios en cuanto aquí interesa prohíben que las viviendas se dediquen a fonda o pensión, pero no establecen de forma precisa y expresa la prohibición de destino a la actividad de alojamiento turístico, consideramos que la misma no puede entenderse comprendida dentro del ámbito de las limitaciones de su art. 5. No estamos ante una actividad hotelera propiamente dicha y si bien el destino a uso turístico presenta diferencias con los arrendamientos que tienen como finalidad satisfacer la necesidad permanente de vivienda en cuanto falta esa nota de estabilidad, la cesión del uso del inmueble siquiera de duración más o menos prolongada, por periodos más breves, no deja de ser residencial y constituye un arrendamiento que hoy se regula en el art. 5.e) de la LAU, debiendo distinguirse en todo caso entre la actividad de arrendamiento del uso que se da a la vivienda arrendada, lo que lleva a examinar si ello puede determinar actividad molesta, insalubre, nociva, peligrosas o ilícita en el sentido del art. 7.2.1º inciso final de la LPH». También hace una interpretación flexible de los estatutos comunitarios la SAP de Alicante (sección 5ª) de 29 septiembre 2022: se trataba de unos estatutos aprobados en 1980, con dos artículos referidos a los pisos. Decía uno de ellos: «Destino de los apartamentos. Ningún piso o apartamento configurado como vivienda, podrá destinarse a clínica, pensión, comercio de la clase que fuere, o enseñanza, oficina comercial o mercantil u otra cualquiera actividad distinta a la de la vivienda propiamente dicha»; y el otro precepto añadía: «Arrendamiento de los apartamentos. El propietario de cada piso o local podrá arrendarlo a quien tenga por conveniente, siempre que se haga para el destino que le es propio. Sin embargo no podrá hacerlo al mismo tiempo a un número de personas que excedan de lo que es propio de una familia, ni tampoco dividir aquel en habitaciones de forma que se convierta en un verdadero comercio». Entenderá la SAP de Alicante citada que en ambas normas estatutarias había que entender incluidos, para estimarlos como prohibidos, los pisos turísticos actuales, pues «cuando fueron redactados en 1980 no existían los alquileres turísticos en España, y el título constitutivo ha de interpretarse en base al principio establecido en el artículo 3.1 del Código Civil de la realidad social del tiempo en que hayan de ser aplicadas, considerando que el alquiler turístico se subsume en las prohibiciones establecidas en dichos artículos».

⁴⁴ Por todos, SÁNCHEZ JORDÁN, E. y GARCÍA GARCÍA, J. A. («La cesión de viviendas con fines turísticos: concepto, naturaleza y delimitación frente a figuras afines», en *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, dir. G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Madrid, 2018, pp. 147 ss.). Idéntico problema, acerca de su naturaleza jurídica y su posible prohibición estatutaria, suscitan los llamados alquileres por habitaciones, cuyo estudio, no obstante, excede del que es propio de esta obra (aunque pueden verse, *vgr.*, las recientes SSAP de Madrid de 20 febrero 2018 y 16 junio 2021 que, estimando tales alquileres como de vivienda —no como hospedajes— consideraron que no estaban incluidos en la cláusula estatutaria que exigía el destino de los elementos privativos de la comunidad para vivienda, prohibiendo tan solo los hospedajes).

de uso, o de fin turístico, o vacacional...⁴⁵), menos rigor o exactitud puede exigirse a una comunidad de vecinos (por mucho asesoramiento jurídico que tenga).

Mayor problema plantea, a la vista de las dispares soluciones habidas en el foro, que la cláusula estatutaria incluya, o no, tal actividad turística cuando no expresa su dimensión jurídica o destino turístico, vacacional u hotelero, sino, más genéricamente aún, el económico (empresarial, comercial o profesional), que la actividad supone para el dueño del piso⁴⁶. Entre las Audiencias Provinciales hay soluciones en ambas direcciones: unas que incluyen la actividad turística en la prohibición estatutaria de cualquier actividad profesional, comercial o empresarial⁴⁷,

⁴⁵ Como demuestra la diversa nomenclatura empleada en las diversas leyes autonómicas; por todos, MURGA FERNÁNDEZ, J. P. (pp. 2224 y 2225).

⁴⁶ La 2ª hipótesis a que se refiere BERENGUER ALBALADEJO, M.ª C. (p. 194 ss.).

⁴⁷ Así, por ejemplo, la SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª) de 21 enero 2009, en el caso sobre un acuerdo contenido en los estatutos de la comunidad que decía: «Queda prohibido expresamente a los comuneros, salvo acuerdo unánime en junta general: A) destinar las viviendas a clínicas, colegios, guarderías, despachos o cualquier otro tipo de actividad profesional, industrial o comercial». En similar sentido, la SAP de Guipúzcoa (Sección 2ª) de 12 abril 2019: «Dicha Norma dispone que ‘Sobre la utilización de las viviendas y los espacios comunes a ellas atribuidos. Queda terminantemente prohibido la realización de actividad económica alguna en las viviendas (oficina, despacho, consulta, clínica, etc.)’, desprendiéndose con claridad del tenor literal de la norma que en la misma se prohíbe toda actividad económica, y que la enumeración de actividades que se incluye en la norma es claramente ejemplificativa y no exhaustiva, pues el empleo del término ‘etcétera’ permite considerar incluidas en la prohibición otras actividades económicas distintas de las enumeradas. (...) Por tanto, dado que el alquiler de viviendas para uso turístico es una actividad económica, equiparable a las actividades económicas que a título ejemplificativo se enumeran la Norma Quinta de los Estatutos, caracterizadas todas ellas por ser usos distintos del de vivienda y en los que concurre un componente comercial, profesional o empresarial, no cabe sino concluir que la actividad en cuestión está incluida en la prohibición estatutaria». La misma AP de Guipúzcoa, en su sentencia de 4 junio 2021, sobre la siguiente cláusula estatutaria: «USO DE ELEMENTOS COMUNES: se establecen las siguientes prohibiciones o limitaciones: a) VIVIENDAS. Las viviendas se consideran como residencias familiares exclusivamente y en consecuencia no podrá desarrollarse en ellas, por sus propietarios, familiares o inquilino o terceras personas ninguna actividad profesional, comercial o industrial o cualquier otro uso no mencionado expresamente que altere el principio de ‘residencia familiar’. Esta prohibición, que se establece por deseo unánime de todos sus propietarios, será mantenida invariablemente como condición expresa en todas las transmisiones de dominio que puedan tener lugar por cesión, venta, herencia o cualquier otra causa». De tal regla dirá la SAP que «no se limita a describir el uso de las viviendas, sino que impone que deben servir de residencia familiar. La residencia es el lugar en el que se reside y residir, de acuerdo con el diccionario de la RAE, es ‘estar establecido en un lugar’, lo que denota estabilidad y permanencia». Por otra parte, la regla excluye que pueda desarrollarse en la vivienda actividad profesional, comercial o industrial alguna y, como cláusula de cierre añade: «cualquier otro uso no mencionado expresamente que altere el principio de ‘residencia familiar’. Entendemos que la actividad turística desarrollada en el piso de autos es una actividad mercantil que altera el principio de residencia familiar y, por tanto, no permitida en los estatutos de la comunidad de propietarios demandante. No cabe asimilar la actividad de piso turístico, que se asemeja más a una relación de hospedaje propia de un hotel o una pensión, que no condiciona en modo alguno el hospedaje a que los usuarios integren un

y otras que la excluyen⁴⁸, exigiendo de nuevo estas, en mi opinión, una pulcritud o precisión en las palabras empleadas por una comunidad de vecinos que ni siquiera el legislador exige, por ejemplo, cuando somete a tributación o a licencias administrativas aquella actividad turística ante la finalidad económica o comercial y el desempeño profesional (o cuasi empresarial, si se quiere) que evidentemente la misma presenta.

III. EL ALCANCE DE LA CLÁUSULA COMUNITARIA QUE “*LIMITE O CONDICIONE*” LOS ALQUILERES TURÍSTICOS DEL ART. 5.E) LAU: ¿SOLO DE FORMA LIMITADA O CONDICIONADA, O TAMBIÉN PARA PROHIBIRLOS ABSOLUTAMENTE?

Junto a la cuestión indicada, el art. 17.12 LPH también vino desde un principio a plantear otra duda, pues al admitir la adopción de acuerdos comunitarios que “*limiten o condicionen*” el ejercicio del alquiler turístico, ¿cabría entender incluida, y así admitida, la posibilidad de prohibir con carácter general y absoluto tal destino de alojamiento turístico a todos los vecinos, o iría ello en contra de la libertad de la propiedad privada, consagrada constitucionalmente en el art. 33 CE, o incluso en contra de la libertad de empresa que proclama el art. 38.1 CE?”.

grupo familiar pudiendo limitarse el uso de la vivienda a un solo día, a una relación de inquilinato sujeta a la Ley de Arrendamientos Urbanos en la que existe una residencia con cierta vocación de continuidad y permanencia. De hecho, las viviendas que se arriendan para uso turístico quedan fuera del ámbito de la Ley de Arrendamientos Urbanos... al establecer la regla estatutaria de manera específica que el destino de las viviendas será exclusivamente de residencia familiar y excluir el desarrollo de cualquier actividad que altere ese destino, sin ello suponga una interpretación extensiva de la misma, pues resulta encuadrable en sus términos (la actividad mercantil que se desarrolla en la vivienda, no constituye un alquiler y altera la consideración de las viviendas como residencias familiares) y, por tanto, no es preciso que se mencione expresamente como actividad excluida la de uso turístico, máxime cuando la misma era inexistente en el momento en que todos los copropietarios por unanimidad decidieron establecer la prohibición».

⁴⁸ Así, por ejemplo, la SAP de Asturias (Sección 5ª) de 3 febrero 2021, sobre el siguiente acuerdo: «No podrán ejercerse actividades profesionales, empresariales, mercantiles o comerciales de ningún tipo, reservándose su uso al de carácter exclusivamente residencial», considerará que «las viviendas se destinan a un fin empresarial pero sin modificar su uso», que sigue siendo residencial aunque no se trate del estricto domicilio del huésped. Férrera —y merecida— crítica le hace a tal sentencia, BERENGUER ALBALADEJO, M.ª C. (pp. 191-193).

Como veremos en seguida, desde un primer momento la doctrina y la llamada “jurisprudencia” menor de las Audiencias Provinciales debatieron sobre tal redacción (que para alguno era equívoca o “confusa”⁴⁹ y “desafortunada”⁵⁰, lo que hacía que aquella duda fuese “razonable”⁵¹ y “legítima”⁵²), defendiendo unos que en la posibilidad de “limitar o condicionar” las viviendas de uso turístico no cabía su prohibición (o, al menos, sin justa causa), y defendiendo otros, como yo mismo, que sí cabía tal posibilidad —de prohibirlas como supuestos de “limitación” absoluta—, posición esta última, precisamente, que, como veremos, ha sido finalmente aceptada por la DGSJyFP, así como, incluso antes, por la mayoría de Audiencias Provinciales. Veamos sus razones:

1. El debate previo en la doctrina acerca del posible alcance de la “limitación o condicionamiento” del destino turístico del piso. *Contra tenorem rationis iuris*: entre el culto a la letra de la ley y su espíritu como guía y fin interpretativos

1.1. La posición contraria a la prohibición absoluta de pisos turísticos fundada en una interpretación literal(-ista) del art. 17.12 LPH

En contra de tal posible prohibición estatutaria se mostró desde un principio un nutrido sector de la doctrina, probablemente encabezado por GOMÁ LANZÓN, que rechazaba aquel acuerdo prohibitivo, admitiendo tan solo su

⁴⁹ Así lo advierte FUENTES-LOJO RIUS, A. (en su breve comentario sobre «El Real Decreto-Ley de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler: aspectos de propiedad horizontal, arrendaticios y viviendas de uso turístico», publicado en *Diario La Ley* de 19 de diciembre de 2019, pp. 5-9), apoyándose en que así lo advirtió al Ministerio la Abogacía Española.

⁵⁰ Lo dirá también FUENTES-LOJO RIUS, A. (en su posterior trabajo, ya comentando la primera Resolución de la DGSJyFP que se dedica a resolver la cuestión: «Últimas novedades sobre acuerdos comunitarios prohibitivos de viviendas de uso turístico y de otras modalidades de alojamiento turístico. Comentarios a la RDGSJFP de 16 de junio de 2020», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 783, 2021, p. 538).

⁵¹ Según decía BETHENCOURT RODRÍGUEZ (p. 3048). Sorprende, por ello, que FUENTES-LOJO RIUS (en su último trabajo sobre la cuestión: «Últimas novedades sobre acuerdos comunitarios, cit.», pp. 538 y 539), tras hablar de una redacción «confusa» y «desafortunada», y haberse dedicado en varias ocasiones a tal problema interpretativo, llegue a decir que a su juicio «se trata de una cuestión meramente gramatical y estéril en cuanto a su trascendencia jurídica» y que «sobre el tema se ha dedicado por la doctrina excesiva atención».

⁵² Según la SAP de Segovia de 21 abril 2020.

validez siempre que hubiere una causa justa (y expresamente justificada en el propio acuerdo prohibitivo)⁵³. A ella se unieron luego algunas sentencias: aunque afirmándolo de pasada (pues no era objeto de la apelación), la SAP de Málaga de 8 abril 2022⁵⁴; apoyada en una interpretación literal y —pretendidamente— restrictiva del art. 17.12 LPH por permitir tal norma la limitación de la propiedad privada, la SAP de Madrid de 15 junio 2022⁵⁵;

⁵³ Así, GOMÁ LANZÓN, F. («Limitación del uso turístico de las viviendas en el RDley 21/2018, de 14 de diciembre», en www.hayderecho.com, 22 de enero de 2019, en cuyos comentarios le replica el propio FUENTES-LOJO RIUS); siguiéndole, MESA MARRERO, C. (p. 30); y a ellos se une un nutrido grupo de juristas, aunque con algún disidente, coordinados todos ellos por MAGRO SERVET, V. («¿Pueden las juntas de propietarios prohibir sin justa causa el alquiler vacacional o solo ‘limitarlo o condicionarlo’?», en www.elderecho.com, de la ed. Lefebvre, de 8 de junio de 2019). También se muestra contrario a tal prohibición, admisible solo cuando hay justa causa (que para él solo la hay cuando previamente se han causado molestias por los huéspedes o el anfitrión ha incumplido alguna normativa administrativa habida sobre tal actividad), MAGRO SERVET (en su siguiente trabajo, que hace en solitario, titulado: «Acerca de la resolución de 29 de abril de 2021 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública sobre las posibilidades de prohibición del alquiler vacacional: ¿es posible inscribir ese acuerdo?», tomado de <https://elderecho.com/acerca-de-la-resolucion-de-29-de-abril-de-2021-de-la-direccion-general-de-seguridad-juridica-y-fe-publica-sobre-las-posibilidades-de-prohibicion-del-alquiler-vacacional-es-posible-inscribir-es>). Siguiéndole, SERRANO CHAMORRO, M.^a E. («Viviendas de uso turístico y limitaciones por las comunidades de propietarios», en *Turismo, vivienda y economía colaborativa*, P. A. MUNAR BERNAT y otros [dirs.], Navarra, 2020, pp. p. 456); así como DE CASTRO VÍTORES, G. («Viviendas en alquiler turístico y propiedad horizontal: reformas legislativas recientes y cuestiones pendientes», en *La protección del consumidor en la vivienda colaborativa*, E. MUÑIZ ESPADA [coord.], 2019, pp. 309 y 316), quien parece admitir la validez de la prohibición siempre que no haya arbitrariedad o discriminación, lo que supondría un claro abuso de derecho por parte de la comunidad de vecinos, denunciable ex art. 18.1.c) LPH; así también DÍAZ VALES, F. («Aspectos jurídico-civiles de las viviendas de uso turístico», en *Las viviendas de uso turístico y su regulación jurídica. Un enfoque multidisciplinar*, M. LUCAS DURÁN [dir.], Navarra, 2019, pp. 160 y 161). También admiten, aunque sin mayor razonamiento, la validez de la prohibición solo cuando haya una justa causa y un interés legítimo, BETHENCOURT RODRÍGUEZ, G. (p. 3049); y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (p. 53).

⁵⁴ Cuando, justo antes del fallo, afirma, sin más, que «cualquier prohibición requiere la unanimidad, pues el art. 17.12 LPH lo que permite es la limitación del derecho de uso, sometiéndolo al régimen de mayorías».

⁵⁵ A que antes, arriba, nos referimos, sobre un caso en que el acuerdo comunitario consistía en exigir el consentimiento unánime de la comunidad *super casum* para permitir, o no, el destino turístico de cada piso o local de la comunidad; un acuerdo que la SAP de Madrid de 15 junio 2022 no estimaba como limitativo o condicionante, según permite el art. 17.12 LPH a fin de ser un acuerdo aprobado por la consabida mayoría de 3/5, sino como un acuerdo prohibitivo que, como tal, al quedar fuera del alcance de aquella norma para entrar en la norma general del art. 17.6 LPH, requería del acuerdo unánime de la comunidad de propietarios. Textualmente, considera la AP de Madrid que «a través del acuerdo impugnado se ha introducido una cláusula estatutaria que no persigue limitar o condicionar el uso turístico, que es lo que permite el artículo 17.12 de la LPH, sino prohibir esa actividad. Ello es así dado que, la exigencia de unanimidad para consentirlos alojamientos de uso turístico en la finca se traduce en un auténtico veto a la facultad de los propietarios de arrendar su vivienda para ese uso, y ello mediante la imposición de un quórum diferente al establecido en la ley. Lo que el citado precepto permite es que, mediante una mayoría cualificada, se establezcan limitaciones o condiciones a dicha

y como la más centrada en la cuestión interpretativa, mostrándose absolutamente contraria a la posibilidad de prohibir estatutariamente el alquiler turístico, salvo que lo fuese por acuerdo unánime, la SAP de Córdoba de 12 julio 2022 (secundado, sintéticamente, los argumentos expuestos con mayor profusión por la SJPI de Córdoba de 21 febrero de aquel mismo año).

Tratándose, sin embargo, del primero en así creerlo, antes de exponer los argumentos de aquella sentencia, permítaseme reproducir íntegramente la argumentación —breve, pero contundente— de GOMÁ LANZÓN, cuya posición con más o menos matices fue —y aún hoy sigue siendo— seguida por otros muchos, incluida aquella sentencia cordobesa:

Con el nuevo ap. 12º del art. 17 LPH, dice, “ahora las comunidades de propietarios podrán adoptar medidas restrictivas respecto de la actividad de alquiler turístico. **Lo que dice la norma es que la junta de propietarios podrá limitar o condicionar esa actividad**, no dice expresamente que las puedan prohibir de plano, y esa ausencia es significativa. Aunque en los comentarios a la norma se haya dicho a veces que las comunidades podrían prohibir o vetar ese tipo de actividades, lo cierto es que no es así. El legislador, cuando ha querido introducir la posibilidad de prohibir algo, lo ha dicho expresamente, por ejemplo en el artículo 42.2.g) de la Ley de prevención del blanqueo de capitales, que prevé la posibilidad de ‘*Prohibir, limitar o condicionar...*’. (...) Limitar supondría establecer restricciones (por ejemplo, que no más de un tanto por ciento de los inmuebles del edificio se dediquen a esto, que exista un horario de entrada y salida de usuarios, impedir celebrar fiestas por parte de inquilinos, no permitir que usen la piscina o el gimnasio u otras instalaciones comunes, temas de ruidos, basuras... puede ser muy variado). Y condicionarlo sería establecer requisitos previos o simultáneos para poder ejercer esa actividad, quizá uno podría ser tener un seguro que específicamente cubra los daños que pudieran derivarse a instalaciones de la comunidad, que solamente se estén utilizando simultáneamente un determinado porcentaje de las viviendas totales para este uso, etc. Pueden

actividad, pero en el caso que nos ocupa mediante esa mayoría lo que se acuerda, en realidad, es una modificación estatutaria que hubiera requerido de unanimidad (artículo 17.6 LPH), al tratarse de un supuesto de prohibición que carece de encaje en el artículo 17.12 LPH».

ser restricciones muy variadas y en ocasiones no exentas de dudas sobre su admisibilidad. (...) Hay que tener en cuenta que aunque el nuevo párrafo 12 del artículo 17 de la LPH establezca simplemente un régimen de mayorías para adoptar el acuerdo, éste deberá ser proporcional a las necesidades de la comunidad y tener una causa clara. Y ello porque en caso contrario podría entenderse que perjudica innecesariamente a los propietarios que no han votado a favor, y ser anulado por haberse adoptado con abuso de derecho (art. 18.1.c LPH). Por ejemplo, si el problema es que hay un uso inadecuado del portal que perjudica a los vecinos, no se antoja justo prohibir el uso también a propietarios de viviendas que tengan acceso directo desde la calle. (...) Para anticipar cuándo podría existir ese abuso de derecho, debemos tener en cuenta que la sala de lo Civil del Tribunal Supremo tiene un cuerpo de doctrina respecto de la propiedad horizontal, prácticamente unánime, en el sentido de que se considera posible y aceptable establecer limitaciones o prohibiciones a la propiedad, siempre y cuando atiendan a la protección del interés general de la comunidad (lo reitera en STS de 15 de junio de 2018). En consecuencia, el acuerdo de limitar o condicionar debería basarse precisamente en este concepto, que el uso de apartamento turístico está perjudicando el interés general, y por qué. (...) Por todo ello parece muy conveniente que los acuerdos de comunidad que se refieran a la actividad de alquiler turístico, para restringirlos, estén especialmente explicados y casualizados —*sic*—. Indicando el problema que se ha detectado, y las soluciones, y cuidando de que con las restricciones impuestas no se llegue a una práctica imposibilidad de alquilar, porque eso implica excederse de lo permitido por la ley. Y lo mismo respecto del establecimiento de cuotas especiales para las viviendas que realicen esta actividad”.

El razonamiento expuesto, en apariencia impecable, parece combinar una interpretación gramatical con una sistemática (en su referencia a otras normas, donde sí se prevé expresa, literalmente la posibilidad de prohibir, lo que, *a contrario sensu*, hace pensar en que no se admite tal cosa para las viviendas de uso turístico), y todo ello conforme a una interpretación lógica, que aboca a concluir que solo caben restricciones o condicionamientos de tal uso cuando haya una justa causa así expresada (de modo que cabría pensar en restricciones o condicionamientos que puedan no

tener una justa causa)⁵⁶. Con todo, es una lógica en sentido amplio, la que se identifica con el sentido común —mejor dicho, con uno de los posibles sentidos que desde la pura lógica puede dársele al art. 17.12 LPH—, pero no es la estricta lógica jurídica, que, como exige el art. 3.1 CC *in fine*, ha de ser la propia de la norma que se interpreta, en nuestro caso la razón del art. 17.12 LPH (la conocida como *ratio legis*), que en aquella explicación queda obviada, como tampoco aclarada cuál es la lógica de aquella otra norma que sí habla expresamente de “prohibir”; todo lo cual, en definitiva, hace que toda aquella argumentación, real y radicalmente se sustente tan solo en una interpretación literal(-ista) de la norma, mediante una suerte de juego acrobático de las palabras que en ella se contienen, entre lo que dice y no dice. Mas, como es consabido, *contra tenorem rationis iuris*... Veámoslo.

⁵⁶ MAGRO SERVET (*ult. cit.*), amén de insistir en el dato literal (y de acudir al Diccionario de la RAE, acaso como si este fuese fuente interpretativa jurídica), parece añadir un dato de interpretación histórica, cuando considera que la persistencia de los verbos condicionar y limitar en el art. 17.12 LPH, tanto en su versión del Decreto-Ley de 2018 como la posterior de 2019, demuestran, en su opinión, un «rechazo del legislador», según dice, a que se admita el acuerdo de prohibir. Ignoro qué información confidencial se tendrá para presumir que tal fue la *voluntas legislatoris*, cuando, como es sabido, de un Decreto-Ley no hay materiales prelegislativos que emplear para su interpretación, disponiendo para tal averiguación tan solo de los Preámbulos, donde, según lo que se ha visto de él, nada puede hacer pensar que aquella fuese claramente la voluntad del legislador (sino la contraria, como intentaré demostrar después).

También en ambos datos interpretativo se apoya la SAP de Córdoba de 12 julio 2022: en cuanto al literal argumenta que «en las acepciones del diccionario de la RAE de los verbos limitar y condicionar, se trata bien de poner límites o condiciones a algo. (...) Adelantamos que no es que se ‘limite o condicione’ el derecho de uso que tiene el propietario de esos elementos privativos, hasta el punto de privarle de ciertas manifestaciones de ese derecho, aquí el derecho de ceder la vivienda para esa actividad. El precepto no limita el derecho de uso de la vivienda con esa finalidad por el propietario, sino que lo que hace es limitar o condicionar ‘el ejercicio’ de una concreta actividad, que no prohibirla o excluir alguna de entre las posibilidades de uso que el propietario pueda tener. Esto es, cabe pensar que la actividad podría ejercitarse pero con los límites derivados de ese acuerdo». Y en cuanto a los pretendidos antecedentes de la norma, narra que «En la sesión del Congreso de los Diputados que convalidó ese Real Decreto Legislativo por el miembro del Gobierno que lo defendió sí justificó esa reforma en que ‘se permite que una mayoría de tres quintos de las comunidades de propietarios puedan limitar las viviendas de uso turístico o asignarles mayores gastos comunes’ [https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/DS/PL/DSCD-12-PL-185.PDF]. Esta expresión podría pensarse que justificaría más la tesis de la parte recurrente, pero, primero, habla de limitarlas viviendas no prohibir el ejercicio de la actividad de arrendamiento turístico, y segundo, esa afirmación no se corresponde ni con el texto de la norma, ni con lo expuesto en la exposición de motivos para su justificación que antes transcribíamos. En todo caso, cómo se limita prohibiendo esa actividad o estableciendo un número máximo de viviendas dedicadas a la misma».

1.2. Nuestra posición favorable a la prohibición absoluta de pisos turísticos fundada en una interpretación lógica de la letra del art. 17.12 LPH, y en la prevención de molestias y otros posibles abusos de derecho, al amparo del art. 7.2 LPH

Frente a tal posición de parte de la doctrina, otros defendíamos la posibilidad de prohibir con alcance general los pisos turísticos. Decía yo a tal respecto⁵⁷:

Conforme a una interpretación gramatical, tal prohibición, si bien no condiciona el destino turístico, sí lo limita, conforme prevé la norma, haciéndolo con alcance absoluto, general. “La prohibición es la forma más absoluta de limitación aplicable”, llegará a decir la SAP de Madrid de 28 septiembre 2022, favorable a tal interpretación del art. 17.12 LPH. Porque prohibir siempre implica limitar, y limitar siempre es un modo de prohibir.

No deja de ser, sin embargo, el dato literal un argumento secundario, accesorio e incluso equívoco (cuando de interpretar verdaderamente se trata), que, como sucede en el presente caso, puede prestarse al juego acrobático de palabras (como antes dije), a fin de defender una u otra explicación de la norma. Ilustrativo, al respecto, es el razonamiento que, en el caso de la SAP de Segovia de 21 abril 2022, empleó el recurrente (en contra del acuerdo comunitario prohibitivo del alquiler turístico), al afirmar “que una cosa es limitar y otra distinta es prohibir, y una cosa es limitar el derecho a circular a más de una determinada velocidad y otra muy distinta es prohibir el derecho

⁵⁷ En el antes mencionado: «De nuevo, sobre pisos turísticos y comunidades de vecinos: a propósito del nuevo art. 17.12 LPH», en *Revista de Derecho Privado*, 2019, nº 3, mayo-junio, pp. 3-33; así también FUENTES-LOJO RIUS, A. (en su ya mencionado comentario sobre «El Real Decreto-Ley de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, *cit.*», insistiendo en ello, aunque refiriéndose al CC Catalán que también habla solo de «limitaciones», en «5 vías para que la Comunidad pueda prohibir el alojamiento turístico», en *Diario La Ley*, nº 9506, Sección Tribuna, 25 de octubre de 2019; así como, últimamente, en su trabajo «Litigiosidad creciente en torno a la validez de acuerdos comunitarios prohibitivos de actividades en elementos privativos», en <https://www.hayderecho.com/2022/03/15/litigiosidad-creciente-en-torno-a-la-validez-de-acuerdos-comunitarios-prohibitivos-de-actividades-en-elementos-privativos/>; siguiéndonos literalmente, MURGA FERNÁNDEZ, J. P. («Viviendas turísticas *cit.*», pp. 2246, 2247 y 2249), así como MARTÍNEZ CALVO, J. (p. 474). También MARTÍNEZ NADAL, A. (p. 110), limitándose a sentenciar, aunque sin mayor explicación, que «la interpretación razonable, desde un punto de vista teleológico, sistemático y contextual, es entender que tal flexibilización también alcanza a la adopción de acuerdos prohibitivos». También CAMPUZANO TOMÉ, H. (pp. 204 y 205), parece admitir el acuerdo prohibitivo por aplicación del art. 17.12 LPH, mas criticando en sí tal medida legal y la razón que la justifica.

a circular”, a lo que la SAP segoviana replicó afirmando “que las limitaciones a ese ‘derecho a circular a más de una determinada velocidad’ pueden, sin margen para la duda, llamarse prohibiciones. Así se puede decir que en una autopista está prohibido ir a más de 120 km/h o que la velocidad en las autopistas está limitada a 120 km/h”; comparación redaccional esta que, sin embargo, para la SAP de Córdoba de 12 julio 2022 “no sirve, puesto que no es que prohíba circular (aquí sería el uso de la vivienda o ejercicio de una concreta actividad en ella), sino que se prohíbe hacerlo a más de esa velocidad, con lo que sí cabe circular por la vía afectada (aquí el ejercicio de actividad) pero con esa limitación”.

Más allá del dato redaccional, que la prohibición, a nuestro parecer, se incluya en el art. 17.12 LPH es conforme a una interpretación teleológica de tal norma, pues si la razón general del Decreto-Ley 21/2018 ha sido la de incentivar el mercado de la vivienda, para su compraventa o para su alquiler, y ha considerado que uno de los actuales obstáculos para ello es el reciente fenómeno del alquiler turístico⁵⁸, ¿cómo no va a ser conforme a tal espíritu la posibilidad de prohibir tal fenómeno? Sería, incluso, la opción de acuerdo más conforme a tal finalidad de la norma. Y más allá de su particular *ratio*, se mostraría así conforme también con la jurisprudencia hasta ahora habida sobre la materia que ve plenamente justificada, incluso desde un punto de vista constitucional, tal acuerdo prohibitivo del alquiler turístico. De lo contrario, exigir aún la unanimidad para prohibir el alquiler turístico supondría

⁵⁸ Recuérdese, cuando dice en el siguiente párrafo de su apartado I: «Este desigual y heterogéneo comportamiento del mercado del alquiler de vivienda pone de manifiesto la existencia de diversos factores que inciden en esta evolución, y que constituyen el segundo motivo que justifica la urgencia y extraordinaria necesidad de las medidas. Se observa que el incremento de los precios del mercado de la vivienda ha sido particularmente intenso en entornos territoriales de fuerte dinámica inmobiliaria caracterizados por una mayor actividad turística desarrollada sobre el parque de viviendas existente. Ello se pone de manifiesto si se analiza la evolución de los precios en los últimos años: las provincias en las que los precios de la vivienda se han incrementado con mayor intensidad han sido Madrid, Barcelona, Las Palmas, Baleares, Málaga y Santa Cruz de Tenerife. No cabe duda de que, aunque pueden existir diversos factores que explican este incremento de los precios, el fenómeno creciente del alquiler turístico de vivienda a través de plataformas p2p incide en un contexto en el que, además, la demanda de vivienda en alquiler está creciendo con intensidad. Si se analiza la evolución del alquiler en España de los últimos años, se observa que ha pasado de representar el régimen de tenencia del 20,3 % de la población en el año 2011, al 22,9 % en el año 2017, según los últimos datos de Eurostat, lo que supone un incremento del 12,8 % y puede representar alrededor de 700.000 viviendas más en alquiler en este periodo. Esta tendencia contrasta con la mayor estabilidad de la media de la Unión Europea, en la que el alquiler ha aumentado ligeramente del 29,6 % en 2011 al 30,0 % en 2017».

admitir que las cosas siguen igual que antes de la reforma hecha por el DL-2019, o dicho de otro modo, que esta no ha cambiado el panorama anterior (según advierte la SAP de Pontevedra de 28 abril 2022, como argumento —puramente lógico— en favor de incluir la hipótesis de prohibición en el art. 17.12 LPH).

En efecto, como explicaba yo mismo en otro trabajo anterior al citado⁵⁹, de toda aquella jurisprudencia, anterior ya a la actual reforma, fue la STSJ de Cataluña de 19 mayo 2016, la que, apropiadamente, comenzó recordando que según la propia jurisprudencia del TC (SSTC 301/1993, de 21 octubre, y 28/1999, de 8 marzo) las restricciones, legales o estatutarias, al derecho de goce de los pisos en las comunidades de vecinos no es, de suyo, inconstitucional, no es, en particular, de antemano contraria el art. 33 CE, siempre que tales limitaciones obedezcan a la función social a que el propio art. 33.1 CE somete la propiedad privada. Insistirá en ello, refiriéndose ya al tema de los pisos turísticos, la STSJ de Cataluña de 13 septiembre 2018.

Efectivamente, así lo advertían aquellas SSTC 301/1993, de 21 octubre —donde se abordaba la constitucionalidad de la sanción contenida en el art. 19.1 LPH— y la STC 28/1999, de 8 marzo —que hacía lo propio sobre la sanción contenida en el art. 7 LPH, sobre cese por actividades molestas...—. Ya decía la primera que la propiedad horizontal “es un tipo de propiedad, en el que la necesidad de compaginar los derechos e intereses concurrentes de una pluralidad de propietarios y ocupantes de los pisos justifica, sin duda, la fijación, legal o estatutaria, de específicas restricciones o límites a los derechos de uso y disfrute de los inmuebles por parte de sus respectivos titulares”. Lo que, por tanto, legitima cualquier limitación o prohibición, legal o estatutaria, es el interés común o general de la comunidad y que este sea prevalente sobre el interés individual de cada vecino. Así lo recuerdan, refiriéndose al tema de los pisos turísticos, las SSAP de Barcelona de 20 octubre 2011 y 21 mayo 2015 (aunque con resultados en cada caso dispares, pues en el primero, la comunidad, sin prohibir en general aquel destino, acordó en estatutos evitar el uso de algunas instalaciones comunes, como piscina y gimnasio, exigiendo la identificación con huella digital y de que

⁵⁹ Fue en el nº 1, enero-febrero, de 2018 de la *Revista de Derecho Privado*, con el título: «Pisos turísticos y comunidades de vecinos: un posible caso de abuso de derecho», pp. 53 a 88.

en caso de inquilinos estos fueran acompañados del dueño)⁶⁰. Y así lo ha refrendado, más recientemente, la STSJ de Galicia (—aunque— de la Sala de lo Contencioso Administrativo), de 15 noviembre 2017⁶¹, y siguiéndola fielmente la de 14 febrero 2018, legitimando la normativa gallega que solo concede licencias turísticas en tanto se acredite que tal actividad no esté prohibida en los estatutos de la comunidad de propietarios (como, por lo demás, suele exigir la mayoría de las normas autonómicas habidas sobre la cuestión⁶²). Dirá, en particular, aquella sentencia (en su Fundamento 14º), que “en estos casos resulta evidente que el interés general demanda que el destino turístico de los pisos no perjudique ni el interés que la ordenación sectorial de los usos comporta ni incomoden a los propietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal que hayan adoptado el acuerdo correspondiente. (...) Son medidas que tratan de hacer compatible el ejercicio de la actividad con el descanso de los vecinos, que también resulta un interés merecedor de protección”.

Así las cosas, no parece en general que la prohibición estatutaria del destino turístico de los pisos sea ilícita, pues, a la vista de toda la casuística

⁶⁰ Este párrafo que ahora traigo al texto se contenía en mi anterior trabajo en una nota a pie de página, pero que, dada la importancia del asunto, he considerado más oportuno en esta ocasión destacar.

⁶¹ Para cuyo contenido y un comentario completo a la misma me remito a MARTÍNEZ NADAL, A. (pp. 54-57).

⁶² Así, por ejemplo, en Canarias, dirá el art. 12.2 de su Decreto 113/2015, de 22 mayo, por el que se regula el Reglamento de viviendas vacacionales, que «*Cuando se trate de viviendas sometidas al régimen de propiedad horizontal, solo podrán comercializarse como viviendas vacacionales aquellas en las que expresamente no se prohíba dicha actividad por los estatutos de la comunidad de propietarios*». En Aragón, el art. 14.2 de su Decreto 80/2015, de 5 mayo, por el que se aprueba el Reglamento de viviendas de uso turístico, cuando dice: «*La declaración responsable contendrá, como mínimo, lo siguiente: ... f) En el caso de viviendas ubicadas en los inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal, declaración responsable acerca de que los estatutos de la comunidad de propietarios no prohíben ni establecen restricciones del uso del inmueble al destino de vivienda de uso turístico*». Así también en Cataluña, cuyo Decreto 159/2012, de 20 noviembre, de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico, dispone en su art. 68.6: «*El destino de una vivienda al uso turístico no es posible si... está prohibida por los estatutos de la comunidad debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad en edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal*». En Galicia, el art. 41.5 de su Decreto 12/2017, de 26 de enero, de ordenación de apartamentos y viviendas turísticos, siguiendo a la norma catalana, dice: «*El destino como vivienda de uso turístico no es posible si está prohibido... por los estatutos de la comunidad debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad en edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal*». O en La Rioja, cuyo art. 67.1 del Decreto 10/2017, de 17 marzo, General de Turismo, dice: «*No podrá destinarse una vivienda para un uso turístico cuando, en su caso, estuviera prohibido por los estatutos de la comunidad de propietarios*».

generadora de problemas vecinales (antes vista), con tal prohibición se estaría tomando una medida preventiva a fin de evitar que los pisos turísticos generen actividades molestas que el art. 7.2 LPH prohíbe expresamente. No se trataría, por tanto, de prohibir el alquiler sin más, sino de hacerlo en evitación de potenciales⁶³ molestias para la comunidad, concretando así esa posible molestia, tan genéricamente mencionada por el art. 7.2 LPH⁶⁴, y evitando así la necesidad de su prueba, bastando con acreditar que con el desarrollo de aquella actividad turística se ha infringido una cláusula estatutaria que, precisamente, la prohibía; terminaba yo diciendo⁶⁵.

Todo lo dicho es, precisamente, lo que justificaría la prohibición absoluta de pisos turísticos, frente a aquella posición doctrinal que solo la admite con justa causa⁶⁶, acaso como si pudiera haberla sin ella, decidi-

⁶³ Obsérvese que, como siempre he dicho, se trata de actividades potencialmente molestas, no que lo sean *a priori*, como en cambio ha creído parte de la doctrina para negar que, en efecto, no siempre sean molestas (por todos, sobre tal negación de la actividad turística como apriorísticamente molesta, MURGA FERNÁNDEZ, J. P., pp. 2236 ss.).

⁶⁴ Según se requiere, en general, y nos recuerda ÁLVAREZ OLALLA, P. (en los *Comentarios a la LPH* dirigidos por BERCOVITZ, pp. 834 y 835).

⁶⁵ Y advertía, a continuación: «Esta, precisamente, ha sido la justificación contenida en el nuevo art. 50.7 de la Ley balear, cuando dice: '*No se pueden presentar declaraciones responsables para comercializar turísticamente viviendas sometidas al régimen de propiedad horizontal si lo impiden el título constitutivo o los estatutos de la comunidad de propietarios*'. Y así lo justifica en su Exposición de Motivos: '*... es cierto que el artículo 33 de la Constitución reconoce, en la sección de los derechos y deberes de la ciudadanía, el derecho a la propiedad privada, lo cual se podría considerar que concede el derecho a cualquier uso del inmueble, pero también es cierto que el derecho a la propiedad privada nace delimitado por su función social. Por ello, no tan solo diferentes configuraciones legales que tengan que ver con el urbanismo, la ordenación del territorio, el medio ambiente, etc., pueden limitar el derecho de propiedad, sino que también las relaciones de vecindad (como las comunidades de propietarios) pueden limitarlo por razones diversas. Estas razones pueden afectar incluso a derechos constitucionales fundamentales, tales como el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho a la seguridad de los residentes habituales o el derecho al medio ambiente adecuado. En este sentido, se tiene que tener en cuenta que las personas usuarias de estancias turísticas irán cambiando cada pocos días o semanas; que tendrán acceso a zonas comunes y harán uso de ellas; que sus usos y dinámica horaria podrían no coincidir con los de los residentes habituales, etc. Vistos estos efectos directos sobre el vecindario residente... se impone la necesidad de que los poderes públicos procuren, mediante una intervención delimitadora general, no solo intentar reforzar el deber de vigilancia o control de los comercializadores respecto de la clientela e impedir que se produzcan molestias*', termina, precisamente, diciendo. La lógica aplastante de tal explicación es, sin duda, extensible a todo el territorio nacional al amparo de los arts. 33 CE y 7.2 LPH».

⁶⁶ No en vano, el propio MAGRO SERVET (*ult. loc. cit.*), cuestiona la constitucionalidad de la interpretación que defendemos, viendo, además, absurdo que lo que pueda autorizar la Administración (otorgando licencias para pisos turísticos), lo pueda denegar la comunidad de propietarios, pareciendo olvidar con ello algo harto consabido: que las molestias y abusos a que se refiere el art. 7.2 LPH, que pueden causar los vecinos y que la comunidad puede prevenir en sus acuerdos, son conceptos estrictamente civiles no necesariamente

da, entonces, casi de modo caprichoso o arbitrario por la comunidad de vecinos. Sin embargo, tanto la promoción de viviendas para su compra o para su alquiler con tal destino —solo de vivienda—, que funcionaría a modo de causa legal y general de aquel acuerdo absolutamente prohibitivo, como la evitación de posibles y potenciales molestias y abusos, como concausa particular y voluntaria (de los vecinos), harían que aquella prohibición siempre esté justificada.

Expuestas, así, ambas posiciones doctrinales, veamos, por fin, por cuál de ellas se ha venido a inclinar finalmente la DGSJyFP:

2. La posición —finalmente— favorable de la DGSJyFP a la prohibición absoluta de pisos turísticos fundada en una interpretación gramatical y lógica del art. 17.12 LPH; y algunas puntualizaciones: una cuestión abierta a la casación

La duda hasta aquí suscitada ha sido, efectivamente, polémica en la práctica registral, siendo la posición contraria a la prohibición absoluta de viviendas de uso turístico la que ha convencido a algunos Registradores de la Propiedad, y que, precisamente, ha motivado la interposición de varios recursos gubernativos contra tal modo de interpretar el art. 17.12 LPH, “por

coincidentes con su significado administrativo, ni con el otorgamiento, ni la denegación, de las oportunas licencias administrativas. En efecto, según el TS el concepto de actividad molesta, a que se refieren la LPH, o la LAU..., por su propia ubicación constituye un concepto civil que no necesariamente ha de coincidir con el concepto administrativo, y que, por eso mismo, ha de ser apreciado según cada caso por el juez, sin que tampoco, a tal efecto, la concesión, como la denegación, de la pertinente licencia administrativa sea determinante en modo ninguno. Sonada, en tal sentido, en los medios de comunicación de la época fue la SAP de Sevilla de 24 septiembre 2004, que admitió la resolución y cese del arrendamiento de un local (un pub, en cuyos alrededores se organizaban bulliciosos botellones), frente a la defensa del local de que tenía licencia administrativa y no había sido cerrado el local por el Ayuntamiento, pues, aunque efectivamente en los diversos controles policiales no se registró nivel de ruido superior a los límites establecidos por la Administración, recordaba como jurisprudencia constante, en materia de Arrendamientos Urbanos y de Propiedad Horizontal, la que se proclama «por la autonomía del orden jurisdiccional civil, respecto de la reglamentación administrativa, en la fijación de la tolerancia debida por razones de vecindad a las invasiones sonoras, defendiendo su puntual determinación en función de las circunstancias de cada caso».

Y si no hay tal coincidencia entre lo civil y lo administrativo, en general, tampoco debe de haberla en el tema particular de los pisos turísticos, aunque, ciertamente, la mayoría de las normas autonómicas sobre pisos turísticos condicionen la llamada declaración responsable a que previamente el dueño del piso que pretende destinarlo al fin turístico acredite la no prohibición estatutaria de tal actividad en su comunidad, y cuya legalidad administrativa tampoco incide en la civil. Siguiéndome, DÍAZ VALES, F. (p. 162).

entender —el Registrador, en aquellos casos— que la Ley sobre propiedad horizontal permite que se limite o condicione el ejercicio de la actividad conocida como alquiler o explotación turísticos de las viviendas (reduciendo la mayoría para ello) pero no que se prohíba total y absolutamente dicha actividad” (según se explica en algunas de las Resoluciones que a continuación vamos a ver).

Aunque sin tratarse de la cuestión principal recurrida en el caso, fue, por primera vez, la Resolución de la DGSJyFP de 16 junio 2020, la que se pronunciaría ya sobre la duda que aquí venimos tratando, mostrándose opuesta a la interpretación contraria a la prohibición defendida por algunos Registradores, cuando dice: “En cuanto al alcance de la modificación que se pueda hacer en los estatutos amparándose en la mayoría especial establecida por el artículo 17.12 de la Ley sobre propiedad horizontal, como alega el recurrente, el propio texto de la norma, literalmente entendido, cuando alude a que ‘se limite’, es decir, ‘poner límites a algo’, en modo alguno impide la prohibición de una actividad. Es más, cuando expresa ‘limite o condicione’, la disyuntiva indica claramente que se refiere a supuestos distintos y alternativos, admitiéndolos de mayor a menor en cuanto a las facultades limitativas que se reconocen a la comunidad de propietarios”; y añadiendo en el siguiente párrafo: “Además, el preámbulo del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler (norma esta que introduce ese nuevo apartado 12 en el artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal), expresa que ‘en materia de viviendas de uso turístico, también se recoge en el título II una reforma del régimen de propiedad horizontal que explicita la mayoría cualificada necesaria para que las comunidades de propietarios puedan limitar o condicionar el ejercicio de la actividad’; es decir, su finalidad es reducir la mayoría necesaria para el acuerdo que limite o condicione el alquiler turístico, no para el acuerdo adoptado con una finalidad contraria como es permitir de manera expresa esa actividad. En el supuesto de este expediente, no se amplía esa actividad sino que por el contrario, se prohíbe. Por tanto, en este supuesto, en el que la finalidad no es contraria a esa actividad, y se prohíbe o no se permite de manera expresa la misma, debe aceptarse la validez del acuerdo”. Tal cual serán recordados, y reproducidos, ambos párrafos en las siguientes Resoluciones que, ya rectamente, abordaron la cuestión que era la principal en sus casos

recurrida (como son las Resoluciones de 5 noviembre 2020 y las de 15 y 22 de enero de 2021, y otras que lo dan por válido sin mayor razonamiento, como las Resoluciones de 5 y 29 abril⁶⁷ y 1 junio 2020, o una de las dos de 8 junio 2021⁶⁸); con lo que se acoge la doble fundamentación —gramatical y teleológica— que hace tiempo defendimos, y que, por eso mismo, naturalmente nos parece como la interpretación más acertada del art. 17.12 LPH⁶⁹.

Antes de todas estas Resoluciones, así lo había entendido ya la SAP de Segovia de 21 abril 2020⁷⁰, en contra de la sentencia apelada, que apegada esta a una “interpretación literal y formalista” del art. 17.12 LPH, según decía aquella sentencia de apelación, se mostraba “contradictoria con la voluntad expresa del legislador” expresada en su Exposición de Motivos y proclive al arrendamiento residencial, frente al turístico, e insistiendo reiteradamente en que no hay mayor forma de limitar este último que prohibiéndolo. Lo razona del siguiente modo en su Fundamento Jurídico 4º: “El problema es que si entendemos que solo caben límites que permitan el destino turístico, como debiera ser así si partimos de que queda vedada la prohibición, que queda vedado el impedir ese destino, la regla es contradictoria con la voluntad expresa del legislador, que no quiso tanto limitar la oferta el arrendamiento turístico como incrementarla del arrendamiento residencial. Y es evidente que un uso turístico de un piso, aunque limitado, es incompatible con el uso residencial de ese piso. Esta fue la decisión del legislador... El legislador con esta reforma incide en el mercado de la oferta de la vivienda pero lo hace de esta vía indirecta, sabedor de que en las comunidades de propietarios está planteado este debate, interviene en favor de

⁶⁷ Que, por ello, fue objeto de crítica por MAGRO SERVET («Acerca de la resolución de 29 de abril de 2021 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública sobre las posibilidades de prohibición del alquiler vacacional: ¿es posible inscribir ese acuerdo?», tomado de <https://elderecho.com/acerca-de-la-resolucion-de-29-de-abril-de-2021-de-la-direccion-general-de-seguridad-juridica-y-fe-publica-sobre-las-posibilidades-de-prohibicion-del-alquiler-vacacional-es-posible-inscribir-es>).

⁶⁸ En esta última, incluso, se trataba de un acuerdo en que se decidía prohibir «prohibir ‘expresamente, y a todos sus efectos, la comercialización de las viviendas del inmueble como viviendas vacacionales’».

⁶⁹ Lo dirá también, siguiendo nuestra doble interpretación —gramatical y teleológica—, como si de algo evidente se tratara, y elogiando por ello la Resolución pionera de junio de 2020, FUENTES-LOJO RIUS, A. (en su posterior trabajo, ya comentando la primera Resolución de la DGSJyFP que se dedica a resolver la cuestión: «Últimas novedades sobre acuerdos comunitarios prohibitivos de viviendas de uso turístico y de otras modalidades de alojamiento turístico. Comentarios a la RDGSJFP de 16 de junio de 2020», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 783, 2021, pp. 538 y 539).

⁷⁰ Se centra con detalle en tal sentencia, para defender la posibilidad de prohibir la actividad turística, BERENGUER ALBALADEJO, M.ª C. (pp. 181-183).

los contrarios a las viviendas turísticas y dispensa de la unanimidad. Pues lo que busca, es el fin de la norma, es aumentar la oferta de alquiler residencial y así se consigue”. Sin embargo, en contra de tan impecable razonamiento, la SAP de Córdoba de 12 julio 2022, considerará que “no hay por qué atribuir a todas las disposiciones modificadas por esa disposición la misma justificación, y con ello no tiene por qué responder a esa finalidad de incidir en el mercado de la vivienda residencial. De lo que trataría con esos acuerdos sería de mantener un uso ordenado del edificio en el que se asienta evitando molestias que pueden derivarse de esos arrendamientos sucesivos, rápidos y de difícil identificación o control en cuanto a las personas concretas que allí pernoctan, finalidad preventiva de problemas y que sería la justificación inmediata de esa interpretación”, y que, precisamente, debería conducirle a la prohibición del destino turístico como el mejor mecanismo preventivo de tales molestias... A todo lo dicho se une que pocos meses después de dictada aquella Resolución de la DG de 16 junio 2020, el propio TJUE, en su sentencia de 22 septiembre 2020, referida a la normativa francesa, vino a justificarla en las limitaciones que esta imponía a la actividad turística por estar dirigida contra la “turistificación” en determinadas zonas, y la consiguiente expulsión de los residentes habituales, y favorecer así en ellas el acceso a la vivienda, luchando así contra su escasez (lo que textualmente considera como “*una razón imperiosa de interés general*”), siempre que se trate de limitaciones y condiciones que sean proporcionales y necesarias⁷¹, claras, objetivas, previamente publicadas y fácilmente cognoscibles⁷²; todo lo cual abunda

⁷¹ Que no lo sería si la norma, sin más, prohibiese totalmente la actividad turística mediante este modelo de alojamiento que venimos tratando; razón por la que, precisamente, la STS (de lo Contencioso-administrativo) de 12 diciembre 2018 vino a confirmar a la STSJ de Canarias de 25 mayo 2017 que vino a anular parcialmente un Reglamento canario (del Decreto 113/2015, de 23 mayo), que así vino a proscribirla en las zonas turísticas de las Islas Canarias, considerando que tal prohibición era contraria al principio de libertad de empresa que garantiza el art. 38 CE y a la libre prestación de servicios que consagra la Directiva 2006/123/CE, en cuanto del análisis del procedimiento de elaboración de la norma reglamentaria se infiere que la única explicación plausible parece ser la de tratar de favorecer la oferta de productos alojativos tradicionales, lo que resulta contrario a los principios de necesidad y proporcionalidad enunciados en el art. 5 LGUM.

⁷² Para una estudio más pormenorizado sobre esto último dicho, acerca de la STJUE de 22 septiembre 2020, SALAS MUÑOZ, M. («La justicia europea interpreta conforme a la normativa comunitaria limitar el uso turístico para defender el acceso a la vivienda», en *Práctica urbanística: Revista mensual de urbanismo*, nº 167, 2020, tomado de la leydigital); así como MARTÍNEZ NADAL, A. (recuérdese, en su monografía *Alquiler turístico de viviendas de uso residencial y Derecho de la Competencia*, Navarra, 2020, pp. 47 ss.), quien se refiere a la jurisprudencia española asentada en el mismo sentido desde diversos de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, a que nos remitimos, donde quedan justificadas ciertas restricciones impuestas a la actividad turística en muy diversas normas autonómicas.

en pro de la tesis aquí mantenida, y que legitima constitucionalmente y, ahora también a nivel normativo europeo, tanto lo dispuesto en el art. 17.12 LPH como la interpretación que de tal norma ha hecho finalmente la DGSJyFP.

Dicho todo lo cual, cabría, no obstante, hacer dos puntualizaciones (que también en su momento advertí, pero que conviene recordar): La interpretación que se hace de la letra del art. 17.12 LPH (en aquello de que el acuerdo comunitario “*limite o condicione*” el destino de los pisos y locales a vivienda turística comprende la posibilidad de su prohibición absoluta), no solo se muestra conforme a su razón lógica (según exige, para toda interpretación, el art. 3.1 CC *in fine*), sino también conforme a las propias palabras empleadas por la ley, sin salirse de ellas, sin necesidad de creer que tal vez el legislador dijo menos de lo que quiso decir (conforme al conocido dicho: “*lex minus dixit quam voluit*”). O dicho de otro modo: el resultado interpretativo que proponíamos y ha venido a convencer a la DGSJyFP no es una interpretación modificativa extensiva del art. 17.12 LPH (que vaya más allá de sus palabras, pero respetando su espíritu), sino meramente declarativa del mismo (que se hace dentro del sentido propio de sus palabras, aunque, tal vez y como mucho, dándole un significado lato o amplio a tales palabras). Ya lo decía el recurrente en su recurso, finalmente resuelto por la Resolución de 16 junio 2020: “no se trata de interpretar restrictivamente una norma excepcional. Se trata de interpretar ajustadamente la norma, sin más. Y ello, precisamente dentro de un contexto y conforme la realidad social vigente (3CC), cual es el marcado encarecimiento de los alquileres, siendo la razón de ser del RDL 7/2019, para asegurar la igualdad en el ejercicio del derecho a una vivienda digna, lo que arrastra a la permanencia del acuerdo de los comuneros. La regla según la cual puede prohibir la Comunidad la existencia dentro de ella de apartamentos turísticos se encuentra en la propia modificación del artículo 17 LPH apartado 12”. Así también lo advertirá la SAP de Guipúzcoa de 20 mayo 2022⁷³, en su Fundamento de Derecho 2^a: “Consideramos que comprender dentro del objeto de los acuerdos que precisan el voto favorable de 3/5 del total de los propietarios que, a su vez, representen las 3/5 de las cuotas de participación, aquellos que prohíben la actividad de uso de piso turístico en los pisos del edificio de la comunidad no supone

⁷³ Se trataba en el caso de una comunidad de vecinos donde ya algunos pisos se destinaban al alquiler turístico, acordando tal comunidad que ya no hubiera más.

realizar una interpretación extensiva del art. 17.12 LPH, sino una interpretación acomodada a su tenor literal. Es cierto que el citado precepto no utiliza la expresión “prohibir”, sino “limitar”, pero entre las diversas acepciones de dicho verbo, la primera es “poner límites a algo”; y prohibir el desarrollo de una concreta actividad en las viviendas privativas del inmueble constituye un límite a su uso, no una prohibición absoluta del mismo”.

No es, esto dicho, mero prurito escolástico, sino un modo de anticipar posibles críticas a quienes pretendan decir que al ser el art. 17.12 LPH una norma excepcional —que, sin duda, lo es, al permitir restringir la libertad de la propiedad privada y por una mayoría menor a la regla general del art. 17.6 LPH⁷⁴—, no cabe para ella ninguna interpretación extensiva ni analógica de la misma (*ex art. 4.2 CC*)⁷⁵, debiendo siempre, o en caso de duda al menos, ser interpretada restrictivamente, lo que, aun pudiendo ser discutible (al menos, en mi opinión, por lo que respecta a su posible interpretación extensiva), no parece necesario abordar aquí, al no hacerse en este caso ni una cosa, ni la otra. Una interpretación restrictiva, en cambio, abogaban con rotundidad —pero erróneamente, a nuestro parecer— las SSAP de Madrid de 15 junio 2022 y de Córdoba de 12 julio 2022. La segunda puntualización, tal vez sea más perturbadora para la admisión generalizada de la prohibición absoluta como válida, pues al ser su justa causa particular y voluntaria (como hemos dicho al exponer nuestra opinión), la evitación de posibles molestias y abusos, ¿cabría entenderla justificada tal prohibición si, por ejemplo, entre los pisos y locales de la propiedad horizontal los hay con salida directa a la vía pública⁷⁶ y la comunidad carece de elementos comunes (como piscinas, jardines, zonas deportivas...) de los que el dueño de aquellos pudiera lucrarse destinando sus pisos o locales al fin turístico? Recuérdese que, en tales casos,

⁷⁴ Así lo dijo la Resolución de la DGSJyFP de 5 abril 2020, y ya lo advertía yo en mi anterior trabajo sobre pisos turísticos: «De nuevo, sobre pisos turísticos y comunidades de vecinos: a propósito del nuevo art. 17.12 LPH», en *Revista de Derecho Privado*, 2019, nº 3, mayo-junio, pp. 3-33, del que reproduzco los siguientes párrafos con algunas adendas y actualizaciones.

⁷⁵ Como termina diciéndolo MAGRO SERVET (*loc. cit.*), recordando que las limitaciones a la propiedad, como es la que permite el art. 17.12 LPH, deben de interpretarse restrictivamente.

⁷⁶ No en vano, aunque ello no fuese el objeto de recurso, el caso de la Resolución de 1 junio 2020 (que luego veremos), se refería —admitiéndolo como válido— a una Junta de propietarios «en la que se aprobó una nueva norma estatutaria, según la cual se prohíbe el uso turístico de las viviendas y locales que no tienen acceso directo e independiente desde la vía pública, conforme al artículo 17.12 de la Ley sobre propiedad horizontal».

para GOMÁ LANZÓN no estaría justificada la prohibición estatutaria⁷⁷. Por mi parte, no habría en tales casos aquella justificación particular y voluntaria de la comunidad de vecinos, aunque subsistiría la razón general y legal —obviada por GOMÁ y sus seguidores en esta cuestión— que justifica el nuevo art. 17.12 LPH, cual es la restricción de los alquileres turísticos a fin de promover la compra y el alquiler de viviendas (única a la que, según lo visto, atiende la DGSJyFP para admitir tal prohibición con alcance general, y que, precisamente, como ha resuelto la propia DG en este y otros recursos, impide aplicar extensivamente —ahora sí— aquel art. 17.12 LPH a otras actividades turísticas u hoteleras diversas de la que expresa y únicamente contiene el art. 17.12 LPH en su referencia al art. 5.e] LAU⁷⁸). Una vez más, la función social de la propiedad privada se antepondría a los intereses privados, al amparo del art. 33.2 CE. Con todo, y a pesar de la unanimidad reinante al respecto en la DGSJyFP, al haber en la interpretación del art. 17.12 LPH discrepancia de criterios entre las Audiencias Provinciales, la cuestión está abierta y, a buen seguro, pendiente de unificación casacional.

IV. RÉGIMEN DE MAYORÍA DE TRES QUINTOS Y POSIBLE EFICACIA FRENTE A TERCEROS DE LOS ACUERDOS ESTATUTARIOS LIMITATIVOS DE LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO

1. Exposición del *quid quaestionis*, y de su solución, en la Resolución de 1 de junio de 2020

El caso en lid era el siguiente, según expone la Resolución en sus Fundamentos de Hecho:

⁷⁷ GOMÁ LANZÓN, F. (en «Limitación del uso turístico de las viviendas en el RDley 21/2018, de 14 de diciembre», en www.hayderecho.com, 22 de enero de 2019), cuando, recuérdese, dice: «Hay que tener en cuenta que aunque el nuevo párrafo 12 del artículo 17 de la LPH establezca simplemente un régimen de mayorías para adoptar el acuerdo, este deberá ser proporcional a las necesidades de la comunidad y tener una causa clara. Y ello porque en caso contrario podría entenderse que perjudica innecesariamente a los propietarios que no han votado a favor, y ser anulado por haberse adoptado con abuso de derecho (art. 18.1.c LPH). Por ejemplo, si el problema es que hay un uso inadecuado del portal que perjudica a los vecinos, no se antoja justo prohibir el uso también a propietarios de viviendas que tengan acceso directo desde la calle».

⁷⁸ Es una de las primeras dudas a que nos hemos referido en este trabajo.

“Mediante escritura... se elevan a público los acuerdos de la junta general ordinaria de propietarios de la comunidad celebrada el 11 de junio de 2019 en la que se aprobó una nueva norma estatutaria, según la cual se prohíbe el uso turístico de las viviendas y locales que no tienen acceso directo e independiente desde la vía pública, conforme al artículo 17.12 de la Ley sobre propiedad horizontal... el acuerdo fue aprobado por 9 de los 25 propietarios, reuniendo el 29,89 % de coeficiente sobre el total del 100 %, y fue notificado a los propietarios ausentes sin que ninguno se haya opuesto el mismo”.

Presentada dicha escritura para su inscripción en el Registro de la Propiedad fue, sin embargo, calificada negativamente por la Registradora, fundándose esta en las siguientes dos razones (también expuestas en aquella Resolución):

Como primera razón: *“Para la toma de dicho acuerdo no han sido parte del procedimiento los titulares registrales del piso segundo derecha exterior..., que inscribieron sus respectivas adquisiciones el día treinta de octubre de dos mil diecinueve, con efectos desde el 16 y 18 de octubre de 2019, según sus asientos de presentación”.*

Y como segunda razón: *“Por no haberse acreditado que el acuerdo de la Junta aprobando el establecimiento de una nueva norma de comunidad haya sido adoptado por unanimidad de todos los propietarios que, a su vez, representen el total de las cuotas de participación. El consentimiento unánime de los propietarios que para la modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal exige el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal ha de ser de los que sean titulares registrales a la fecha en que dicho acuerdo y la consiguiente modificación hipotecaria haya de acceder al Registro. Por exigencias de los principios registrales de tracto sucesivo —artículo 20 de la Ley Hipotecaria—, legitimación —art. 38 LH— e inoponibilidad de lo no inscrito frente a tercero —art. 32 LH—. De ahí que si las cuatro personas... que inscribieron sus títulos con posterioridad a la adopción de los acuerdos, pero que ya son titulares cuando esta elevación a público de dichos acuerdos accede al Registro, no han sido parte en la adopción de los mismo, no existe unanimidad”.* A continuación, tras reproducir el art. 5 LPH y, a mayor abundamiento, el art. 17.6 LPH cuando este, como regla general, exige unanimidad en cualquier modificación estatutaria, concluirá la Registradora diciendo: *“Por ello mientras no se acredite que han concurrido a*

la Junta General de la Comunidad todos los propietarios, y que todos ellos han aprobado y adoptado por unanimidad el acuerdo de modificación de Estatutos, no es inscribible en el Registro”.

Recurrida por la propia comunidad de vecinos tal calificación registral negativa, la Resolución de 1 de junio de 2020 de la DGSJyFP dará, finalmente, la razón a aquella, con el siguiente razonamiento (expuesto en sus Fundamentos de Derecho, que pasamos a reproducir en lo esencial, y que también serán reproducidos en el mismo sentido por las Resoluciones de 27 y las dos de 29 abril 2021 y una de las de 8 junio 202, todas ellas en casos prácticamente idénticos):

Contra la primera razón aducida en la calificación registral, referida a la exigencia de unanimidad, la Dirección General recuerda que si bien es cierta aquella regla general de la unanimidad exigida por el art. 17.6 LPH, “no obstante, uno de los supuestos en que la misma ley exceptúa la unanimidad es el contemplado en el apartado 12 del citado artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, introducido en dicha Ley por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo”, norma que, como afirmaba la comunidad de vecinos en el recurso gubernativo interpuesto, es la que resulta aplicable al presente caso (según dice la Resolución: “Este artículo 17.12 es aquel que ha servido de base en la escritura calificada y en el que se ampara el recurrente para entender que basta la citada mayoría de tres quintos y no la unanimidad. Por ello, la calificación impugnada debe revocarse en tanto en cuanto exige la unanimidad de todos los propietarios”).

En cuanto a la segunda razón (referida al necesario voto favorable de los nuevos vecinos que adquirieron e inscribieron la propiedad de uno de los pisos después de adoptarse por la comunidad aquel acuerdo prohibitivo, pero antes de que esta solicitara su inscripción), dirá, con excesivo detenimiento, la Dirección General:

“Cuestión distinta es que, como también expresa el registrador en dicha calificación, existen determinados propietarios de una vivienda que han inscrito su adquisición el 30 de octubre de 2019, con posterioridad a la adopción de los acuerdos (11 de junio de 2019), y no se acredita que hayan aprobado dicha modificación estatutaria. (...) Para resolver esta última cuestión debe tenerse en cuenta que según reiterada doctrina de la Dirección General

de los Registros y del Notariado (cfr., entre otras, las Resoluciones de 23 de julio de 2005, 9 de febrero de 2008, 22 de septiembre de 2009, 25 de abril y 1 de julio de 2013, 11 de mayo, 27 de junio y 18 de julio de 2018 y 29 de mayo y 19 de diciembre de 2019), si en el Registro apareciesen inscritos derechos de dominio adquiridos por terceras personas en un momento posterior a la fecha de adopción de los acuerdos de modificación de estatutos, aunque sea a través de un consentimiento colectivo, es necesario que ésta cuente con el consentimiento de esos nuevos titulares de elementos privativos, por cuanto estos terceros no pueden verse afectados por las modificaciones del título constitutivo que no hubieren sido inscritas oportunamente (cfr. artículos 5 de la Ley sobre propiedad horizontal y 13, 17, 32 y 38 de la Ley Hipotecaria). (...) Precisamente el fundamento del principio de inoponibilidad de los títulos no inscritos frente a los derechos inscritos radica en razones de seguridad jurídica del tráfico (artículo 9.3 de la Constitución), para evitar las cargas ocultas y la clandestinidad en el ámbito inmobiliario, que es precisamente lo que la legislación hipotecaria trata de evitar”.

Y tras enumerar muchas sentencias del Tribunal Supremo que así lo dicen, lo que, por lo demás, no resulta ser más que una obviedad harto conocida, añadirá:

“De ahí la sanción —*sic*— establecida por los citados artículos 32 de la Ley Hipotecaria, 606 del Código Civil y 5 de la Ley sobre propiedad horizontal para los títulos no inscritos, que solo puede responder a una falta de diligencia frente a los titulares que procuran la inscripción acogiéndose a la publicidad registral. En este caso, como en otros que la legislación civil e hipotecaria tratan de evitar con un tratamiento de prevención específica frente a esa clandestinidad o falta de transparencia, resulta que a los sucesivos adquirentes de pisos, no les puede afectar la carga oculta representada por el acuerdo adoptado por la junta de propietarios que modificaron el título constitutivo de la propiedad horizontal a los nuevos propietarios que compraron estando vigente en el Registro el título constitutivo inscrito sin las correspondientes modificaciones. (...) Por ello, el consentimiento unánime de los propietarios que para la modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal exige el artículo 5 de la Ley sobre propiedad horizontal ha de ser no solo de los propietarios que lo fueran en la fecha de adopción del acuerdo de modificación del título constitutivo, sino de

los que sean titulares registrales a la fecha en que dicho acuerdo y la consiguiente modificación estatutaria haya de acceder al Registro, y ello por cuanto para los propietarios actuales no pueden producir efectos aquellas modificaciones del título constitutivo que no hubieran sido inscritas oportunamente, pues para dichos titulares el acto no inscrito constituiría una verdadera carga oculta carente de la transparencia y publicidad necesaria que exige el sistema registral o hipotecario, conforme a sus preceptos y a sus principios. (...) Lo que ocurre en el presente caso es que, al tratarse de un acuerdo para el que la Ley sobre propiedad horizontal no exige unanimidad sino únicamente el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, es evidente que, habiendo sido consentido por todos los restantes propietarios, no es ya necesario que también haya sido aprobado por los propietarios que hayan adquirido uno de los pisos con posterioridad a la adopción de tal acuerdo por la junta de propietarios. Por ello, debe entenderse que el acuerdo será inscribible”.

En el mismo sentido, reproduciendo íntegramente lo expuesto, se pronunciarán la Resolución de 27, las dos de 29 abril 2021 y una de las de 8 junio 2021. Así también la Resolución de 3 octubre 2022, aunque exigiendo que en el acuerdo comunitario elevado a público conste el nombre de los que han votado para que el registrador pueda cotejar sus nombres con los titulares registrales existentes en el momento de presentación del título a inscripción, pues, si hubiera un nuevo titular que no hubiera votado a favor, se exigiría su consentimiento.

2. Breve comentario sobre lo que la Resolución dice: acierto en la mayoría requerida por aplicación del nuevo art. 17.12 LPH para limitar el destino a viviendas de uso turístico, y alguna precisión sobre la validez y eficacia —*inter partes* y *erga omnes*— de dicha limitación

Sin duda, acierta plenamente la Resolución⁷⁹, frente al craso error contenido en la calificación registral negativa, cuando rechaza en el caso la

⁷⁹ También la felicita con entusiasmo, LOSCERTALES FUERTES, D. («Acuerdo de Junta de Propietarios prohibiendo el ‘uso turístico’», en *El Notario del siglo XXI*, nº 93, septiembre-octubre

aplicación de la regla general de la unanimidad exigida en el art. 17.6 LPH y considera aplicable al caso la excepción contenida en el art. 17.12 LPH, referida particularmente a los acuerdos que condicionen o limiten el destino de los pisos y locales a arrendamiento turístico a que se refiere dicha norma en su remisión al art. 5.e) LAU. Sin embargo, creemos que alguna precisión requiere lo dicho sobre la validez y eficacia, tanto *inter partes* como *erga omnes*, de tales acuerdos comunitarios (o de cualesquiera otros). En principio, acierta, también plenamente, cuando recuerda, con fundamento en el art. 5.III LPH *in fine*, que las modificaciones del título constitutivo o de los estatutos de la comunidad de vecinos solo afectan plenamente a terceros adquirentes (esto es, que solo obligan a futuros vecinos propietarios de pisos o locales, que los adquirieron con posterioridad a tales modificaciones), cuando tales acuerdos hayan sido previamente inscritos en el Registro de la Propiedad, y así puedan ser conocidos por tales terceros antes de su adquisición, sin que estos puedan alegar de buena fe su ignorancia (según dice aquella norma cuando habla de “*un estatuto privativo que no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad*”; cfr., en el mismo sentido, el art. 553-11.3 CCCat.). Por eso, resuelve la Dirección General con acierto —también— el caso donde, como ella misma dice, “resulta que a los sucesivos adquirentes de pisos, no les puede afectar la carga oculta representada por el acuerdo adoptado por la junta de propietarios que modificaron el título constitutivo de la propiedad horizontal a los nuevos propietarios que compraron estando vigente en el Registro el título constitutivo inscrito sin las correspondientes modificaciones”. También cabría añadir que, aun no estando inscrito, tal acuerdo prohibitivo podría obligar al tercero adquirente siempre —eso sí— que se demuestra que tuvo conocimiento de este por cualquier otro medio (*vgr.*, por su mención en la propia escritura de compraventa —cfr., art. 553.8 CCCat.—;...)⁸⁰.

2020, tomado de <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10156-acuerdo-de-junta-de-propietarios-prohibiendo-el-uso-turistico>).

⁸⁰ Así, los FUENTES-LOJO (en su monografía sobre viviendas turísticas *cit.*, pp. 382 y 384); SERRANO CHAMORRO, M.^a E. (pp. 460 y 461); CAMPUZANO TOMÉ, H. (pp. 218 a 220); VALCÁRCEL BUSTOS, M. T. («Comunidades de propietarios y alquiler de viviendas de uso turístico: prohibiciones estatutarias y acciones de cesación», en *Turismo, vivienda y economía colaborativa*, P. A. MUNAR BERNAT y otros [dirs.], Navarra, 2020, p. 502); BERENGUER ALBALADEJO, M.^a C. (p. 209 ss.)...

Pero añade a renglón seguido (tras un punto y aparte) algo que, según creemos, requiere de cierta precisión: “Por ello, el consentimiento unánime de los propietarios que para la modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal exige el artículo 5 de la Ley sobre propiedad horizontal ha de ser no solo de los propietarios que lo fueran en la fecha de adopción del acuerdo de modificación del título constitutivo, sino de los que sean titulares registrales a la fecha en que dicho acuerdo y la consiguiente modificación estatutaria haya de acceder al Registro, y ello por cuanto para los propietarios actuales no pueden producir efectos aquellas modificaciones del título constitutivo que no hubieran sido inscritas oportunamente, pues para dichos titulares el acto no inscrito constituiría una verdadera carga oculta carente de la transparencia y publicidad necesaria que exige el sistema registral o hipotecario, conforme a sus preceptos y a sus principios”.

Para salvar tal —pretendido— escollo en el caso, acude a la suficiencia de una mayoría cualificada (de tres quintos, según exige el art. 17.12 LPH), inferior a la unanimidad (que impone el art. 17.6 LPH), cuando —recuérdese— dice: “Lo que ocurre en el presente caso es que, al tratarse de un acuerdo para el que la Ley sobre propiedad horizontal no exige unanimidad sino únicamente el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, es evidente que, habiendo sido consentido por todos los restantes propietarios, no es ya necesario que también haya sido aprobado por los propietarios que hayan adquirido uno de los pisos con posterioridad a la adopción de tal acuerdo por la junta de propietarios. Por ello, debe entenderse que el acuerdo será inscribible”.

Con tales afirmaciones, creemos, se confunden validez, eficacia, tanto *inter partes* como *erga omnes*, e inscribibilidad. Una cosa es que el acuerdo adoptado por la Junta fuese válido desde un principio, eficaz frente a todos los vecinos que lo fueran en aquel momento de su aprobación, y desde entonces fuese ya inscribible a fin de hacerlo plenamente eficaz frente a posibles terceros adquirentes (posibles futuros nuevos vecinos), y que no habiendo sido aún inscrito no les afecte, no les obligue tal acuerdo (como sucede en el presente caso). Y otra cosa, que es la

que afirma erróneamente —creemos— la Dirección General, es que para la propia validez y eficacia, parece que hasta incluso entre los vecinos que aprobaron anteriormente aquel acuerdo, ya aprobado pero aún no inscrito, sea necesario el voto favorable del nuevo vecino que haya adquirido e inscrito con posterioridad a la adopción de aquel acuerdo pero con anterioridad a su inscripción. Frente a lo que dice —o, al menos, parece decir— la Dirección General, en el presente caso, se estaría ante un acuerdo comunitario plenamente válido y eficaz entre los vecinos que formaban parte de la Junta en el momento de su aprobación, aunque inoponible o ineficaz, por su falta de inscripción (que no de validez), frente al nuevo vecino que inscribió su adquisición a sabiendas —registrales, al menos— de los estatutos comunitarios aún sin modificar. De ahí que, como concluye —aquí sí, acertadamente— la Resolución, “debe entenderse que el acuerdo será inscribible”; porque ya es válido, eficaz *inter partes* e inscribible, para así asegurar su eficacia *erga omnes*, por su trascendencia real al limitar la facultad de disfrute de la propiedad de cada elemento privativo.

Otra cosa es que para que tal acuerdo válido, pero no inscrito, afecte a dicho tercero posterior adquirente de un piso sea necesario su aceptación, su consentimiento, o incluso su conocimiento por otro medio (que habría, desde luego, que acreditar), pero —insisto— no para que el acuerdo sea todo él y para todos los restantes vecinos válido, sino para que, ya siendo válido, sea eficaz, obligatorio también para ese nuevo vecino. Y esto es siempre así al margen de que para la previa aprobación del acuerdo estatutario de que se trate la Ley exija unanimidad o mayoría simple, o cualificada.

En todo caso, al admitir la Resolución la validez del acuerdo sin necesidad de contar con el consentimiento del nuevo vecino, ni tampoco con el de otros que lo fueron en el momento ya de celebrarse la Junta y adoptarse el acuerdo, sin decirlo, o por lo menos sin advertirlo claramente, resuelve esta Resolución uno de los más graves problemas que el art. 17.12 LPH ha venido a suscitar; a saber:

3. Y un comentario sobre lo que la Resolución no dice, o da por hecho: en especial, el cómputo de los ausentes no disidentes en la mayoría requerida por el art. 17.12 LPH para tal acuerdo

Muchas cosas dice, o parece aceptar sin más, la presente Resolución de 1 junio 2020 sobre cuestiones que del art. 17.12 LPH pueden resultar polémicas: como admitir la prohibición, sin más, del destino de los pisos y locales a viviendas de uso turístico, frente a la redacción de aquella norma que habla de “condicionar o limitar” tal actividad, lo que para muchos no incluye, ni permite, su absoluta prohibición; o como limitar el alcance de la prohibición de tal actividad a “las viviendas y locales que no tienen acceso directo e independiente desde la vía pública” (según dice la cláusula estatutaria del caso), según yo mismo he venido defendiendo desde un principio en mis trabajos sobre pisos turísticos fundado, al amparo de los arts. 7.2 LPH y del CC, en que tal prohibición se legitima en la evitación de molestias vecinales y del uso abusivo o desproporcionado de los elementos comunes; o como que tal prohibición ha de constar en los estatutos de la comunidad, no en otro documento ni tipo de acuerdo (como pudiera ser el reglamento de régimen interior, como también yo mismo he defendido);...Sin embargo, son afirmaciones hechas, o admitidas, tan de pasada, por no afectar al objeto del asunto el lid, que la prudencia obliga a no tratar aquí y ahora *in extenso*⁸¹. En su lugar, sí hay, en cambio, otra cuestión, que aun no siendo abordada ni razonada con detalle en aquella Resolución, sí merece ser destacada y tratada *hic et nunc*, porque, a diferencia de aquellas otras cuestiones, esta sí constituyó parte, al menos, de la *ratio decidendi* en el presente caso: la de computar en la mayoría de tres quintos exigida por el art. 17.12 LPH el voto de los vecinos ausentes a la Junta y no disidentes *a posteriori*. Ya advertía yo tal cuestión en uno de mis trabajos anteriores sobre pisos turísticos⁸², cuando decía que “el nuevo art. 17.12 LPH deja sin responder, por su silencio al respecto, a una cuestión que antes de la reforma se suscitaba en la práctica: si en tal mayoría —de tres quintos, a partir de ahora— ha de exigirse el consentimiento expreso del vecino que en particular pueda verse afectado por

⁸¹ A algunas de tales cuestiones ya nos hemos referido arriba, por haber sido abordadas *in recto* en otras Resoluciones de la propia DGSJyFP.

⁸² «De nuevo, sobre pisos turísticos y comunidades de vecinos: a propósito del nuevo art. 17.12 LPH», en *Revista de Derecho Privado*, 2019, nº 3, mayo-junio, pp. 3-33.

el acuerdo limitador o condicionante de la actividad turística que tal vecino venía realizando antes en su piso; o dicho de otro modo: si tales acuerdos afectan, obligan al vecino ausente o, incluso, disidente del acuerdo; pues, al fin y al cabo, tal acuerdo está afectando al ejercicio de su propiedad, que recae sobre un elemento privativo de la comunidad”.

Como explicaba yo ya en aquellos trabajos, “resulta muy común, a la vista de los casos planteados en el foro, que tales vecinos —los dueños de los pisos turísticos que pueden verse perjudicados por los acuerdos adoptados por la comunidad de vecinos— no suelen acudir a la Junta de propietarios, para allí mostrar su voto contrario, y que luego tampoco impugnen el acuerdo aprobado en dicha Junta. (...) Y es en tales casos donde se plantea el problema de si tal silencio del vecino puede, o no, computarse como voto positivo, favorable a la aprobación de la prohibición estatutaria, al amparo del art. 17.8 LPH —que la Resolución que aquí comentamos solo menciona cuando se refiere al ap. 6 del art. 17 LPH⁸³, no cuando comenta su ap. 12, el

⁸³ Cuando dice que «tratándose de determinados acuerdos (los que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad), solo serán válidos cuando se adopten por los propietarios en los términos previstos en la regla 6 del artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, es decir por unanimidad (siquiera sea presunta, como permite la regla 8 de tal precepto); e incluso con el voto en contra de un disidente, si prospera la acción para obtener la sustitución de la unanimidad por vía judicial, en el llamado ‘juicio de equidad’ a que se refiere el párrafo tercero de la de la regla 7 del mismo artículo 17, norma que el Tribunal Supremo ha considerado aplicable también a los actos que requieren unanimidad, atendiendo a la realidad social actual —cfr. Sentencia de 13 de marzo de 2003—), salvo que se trate de acuerdos que la misma ley exceptúa de la regla de unanimidad (cfr. los artículos 10 y 17)». Sin embargo, cuando se refiere a la mayoría del art. 17.12 LPH nada dice sobre tal cuestión. Y lo mismo sucedía con la Resolución de la DGSJyFP de 19 diciembre 2019, así como con la de 5 abril 2020, que arriba ha quedado comentada, cuya cuestión de fondo a resolver se refería al estricto ámbito aplicativo del art. 17.12 LPH, solo referido a los alquileres turísticos del art. 5.e) LAU, y en donde expresamente casi el 80 % de los vecinos se había mostrado favorable al acuerdo prohibitivo. Así también se daba por válido el acuerdo prohibitivo en que se habían computado votos de vecinos ausentes a la reunión, y no disidentes, en las Resoluciones de 16 octubre y 5 noviembre 2020, llegándose en la primera de ellas a tener «en cuenta que, como afirman tanto la recurrente como el notario autorizante de la escritura calificada, el acuerdo debatido ha sido adoptado en los términos previstos en la regla sexta del artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, es decir por unanimidad, siquiera sea presunta, como permite la regla octava de tal precepto, al haberse notificado a los propietarios ausentes, sin que estos se hayan opuesto en el plazo de 30 días naturales»; lo que también terminará diciendo la Resolución de 5 noviembre 2020: «siquiera sea esta una mayoría en parte presunta, como permite la regla 8 de tal precepto, al haberse notificado a los propietarios ausentes, sin que estos se hayan opuesto en el plazo de 30 días naturales». En la misma línea, las Resoluciones de 27 y las dos de 29 abril 2021, así como una de las de 8 junio 2021, en un caso donde «el acuerdo fue aprobado por unanimidad de los asistentes (26 propietarios de elementos privativos

que nos afecta, y que, no obstante, después de ella muchas otras han dado por válida tal computación del voto del vecino ausente no disidente, mas sin dar razón alguna de tal cómputo (como en las Resoluciones de 16 octubre y 5 noviembre 2020, o en las de 27, las dos de 29 abril 2021 y en una de las dos de 8 junio 2021) —.

En contra de la aplicación de tal norma —del art. 17.8 LPH—, empezó a consolidarse la exigencia del consentimiento expreso y particular del posible vecino perjudicado por tal acuerdo prohibitivo que, precisamente, podría así ver limitada su propiedad privada. A tal respecto, se recordaba, para aplicarla aquí por su analogía, una abundante jurisprudencia, procedente de la DGRyN, que exige tal consentimiento expreso y, por tanto, una unanimidad real, individualizada de todos y cada uno de los vecinos, para casos en que el acuerdo comunitario afecta también a la propiedad de cada elemento privativo; tal como sucede en los casos de modificación de la cuota de participación (que, además, afecta a la condición de comunero), de conversión de un local en elemento común, o en los de conversión de trasteros en pisos, entre otros⁸⁴.

A tal doctrina de la DGRyN, y a mayor abundamiento, algunos⁸⁵ añadían la jurisprudencia del TS formada en torno a multitud de casos de cerramientos de elementos comunes que, en aquellos casos que el TS resolvía, impedían, o al menos dificultaban en exceso, la vista o el acceso a los lo-

de un total de 190) y notificado a todos los ausentes, conforme al artículo 9 de la Ley sobre propiedad horizontal, recibándose dentro del plazo de los 30 días naturales una única discrepancia». En la llamada «jurisprudencia menor» también dan por válido en esta materia el cómputo de los votos ausentes no disidentes, la SAP de Oviedo (Sección 6ª) de 18 enero 2021.

⁸⁴ Por todas, que son muchas, y que pueden verse mencionadas y en buena parte transcritas, por GARCÍA GARCÍA, J. M. (*La propiedad horizontal en la legislación, en la doctrina y en la jurisprudencia*, Navarra, 2017, p. 1759 ss.), según la RDGRyN de 19 abril 2007: «Cabe recordar que, conforme a la doctrina de esta Dirección General (cfr. Resoluciones de 23 de mayo de 2001, 12 de diciembre de 2002, 4 de marzo de 2004, 23 y 31 de marzo y 5 de julio de 2005), en materia de propiedad horizontal, debe distinguirse entre los acuerdos que tienen el carácter de actos colectivos, que no se imputan a cada propietario singularmente sino a la Junta como órgano comunitario; y aquellos otros actos que, por afectar al contenido esencial del derecho de dominio, requieren el consentimiento individualizado de los propietarios correspondientes, el cual habría de constar mediante documento público para su acceso al Registro de la Propiedad (mediante la adecuada interpretación de los de los artículos 3 y 8 de la Ley de Propiedad Horizontal. Cfr., también, el último inciso del apartado 2 del artículo 18, según la redacción hoy vigente)».

⁸⁵ Como MARTÍ MARTÍ, J., *La modificación de la regulación de la propiedad horizontal en Cataluña por Ley 5/2015*, Barcelona, 2015, pp. 131 y 132.

cales comerciales situados en los bajos del edificio sometido a régimen de propiedad horizontal, y en los que el TS vino a exigir el consentimiento expreso de los dueños de tales locales afectados (así, entre otras, en las SSTs de 23 marzo 1991, 2 abril 1993, 31 marzo 1995, 30 enero 1996, 20 mayo y 16 julio 2009, 13 diciembre 2011, 5 marzo 2014...)”.

Mi opinión contraria a tal exigencia de consentimiento expreso y particularizado, que ya manifesté hace unos años, considero que sigue siendo aplicable hoy⁸⁶, para referirla en particular al art. 17.12 LPH, cuando lo argumentaba del siguiente modo frente a quienes defendían aquella exigencia, advirtiéndole que “los casos en que la propia norma exige tal consentimiento expreso e individualizado son cerrados, vienen tasados legalmente (vgr., en el art. 10.5, o en los diversos del art. 17 LPH —entre los que, por cierto, no se incluye el nuevo apartado 12—), de modo que fuera de tales casos, cabe computar en favor de las mayorías los votos ausentes. Así lo dice el art. 17.8 LPH —que la Resolución de la DGSJyFP de 1 junio 2020, que aquí comentamos, solo menciona cuando se refiere a la unanimidad del art. 17.6 LPH—... Siendo, entonces, la regla tal computación del silencio como positivo, y lo contrario la excepción, ¿cómo puede ésta aplicarse por analogía a casos diversos de los legalmente contemplados, en contra de la prohibición contenida en el art. 4.2 CC, que impide aplicar por analogía normas excepcionales, singulares?

Aun obviando tal escollo indicado, y admitiendo el intento de aplicación analógica, resulta que tampoco hay analogía entre nuestro caso, el de los pisos turísticos, y aquellos otros en que la jurisprudencia del TS y de la DGRyN exige aquel consentimiento individual:

Comencemos por el caso de cerramientos de elementos comunes que, en los casos que el TS resolvía, impedían, o al menos dificultaban en exceso, la

⁸⁶ Y, siguiéndome, MURGA FERNÁNDEZ, J. P. («Viviendas turísticas y comunidades de propietarios: *status quaestionis* y posibilidades de actuación a la luz del nuevo artículo 17.12 de la Ley de Propiedad Horizontal», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 775, 2019, pp. 2247 y 2248), aunque proponiendo como solución supletoria, de no admitirse tal cómputo del voto ausente no disidente, el procedimiento de equidad del art. 17.18 LPH. Así también, FUENTES-LOJO RIUS y FUENTES-LOJO LASTRES (*Viviendas de uso turístico y nuevas medidas en materia de alquiler residencial*, Madrid, 2019, pp. 379, 380, 390-393), para quienes no cabe confundir entre unanimidad y consentimiento expreso; y, afirmándolo sin mayor razonamiento, BETHECOURT RODRÍGUEZ (p. 3051), DÍAZ VALES (p. 160); SERRANO CHAMORRO (p. 458); o DE CASTRO VÍTORES (p. 308).

vista o el acceso a los locales comerciales situados en los bajos del edificio sometido a régimen de propiedad horizontal, y en los que, efectivamente, el TS vino a exigir el consentimiento expreso de los dueños de tales locales afectados (así, entre otras, en las SSTs de 23 marzo 1991, 2 abril 1993, 31 marzo 1995, 30 enero 1996, 20 mayo y 16 julio 2009, 13 diciembre 2011, 5 marzo 2014...). Para empezar, en tal jurisprudencia se tiene presente, a fin de observar si hay o no perjuicio para los locales situados en los bajos del edificio, el destino propio, originario y connatural de los locales; en particular si su actividad comercial se realizaba de cara al público, pues si así no lo era, no cabía ver abuso ninguno de parte de la comunidad, ni perjuicio para el local, si se acordaban aquellos cerramientos. El caso, pues, como se ve, es diverso del de los pisos turísticos, donde tal destino no es connatural al piso o local, sino por voluntad de su dueño... Además, en aquella jurisprudencia sobre cerramiento de elementos comunes, el TS, a fin de considerar lícito el cierre, observa si la obra de cierre es o no necesaria para la seguridad del edificio (a fin de ver si hay o no interés legítimo en la comunidad para tal cierre), y si tal obra afecta o no a la estructura o a la configuración del edificio, esto es, si se trata de un acto de disposición o de mera gestión al amparo del art. 388 CC (a fin de determinar si se exige o no unanimidad en el acuerdo comunitario); y a fin de ponderar los intereses en juego, con aquella jurisprudencia sobre cerramientos se pretende asegurar que el cierre no impida o dificulte el uso normal de los elementos comunes a que tiene acceso el local. En cambio, en el caso de los pisos turísticos el interés superior a ponderar afecta a la evitación de potenciales molestias a los vecinos, al amparo del art. 7.2 LPH, y al uso excesivo, desproporcionado —no al normal— de tales elementos comunes por manos de los clientes-huéspedes de los pisos turísticos, y que por eso mismo, a diferencia de aquel otro caso, no afecta tanto a la disposición, sino a la gestión (al uso) de aquellos elementos comunes.

Por esta última razón, tampoco es trasladable al tema de los pisos turísticos aquella doctrina de la DGRyN que afecta a la condición de comunero y se refiere a actos de disposición de los elementos privativos o comunes (como son, recuérdese, la modificación de la cuota de participación, o la conversión de elementos privativos en comunales o a la inversa). Porque el acuerdo sobre el posible destino turístico de los pisos y locales ni afecta

a la condición de comunero (pues la cuota de participación se mantiene idéntica), ni implica disposición, por alteración, de los elementos comunes, afectando tan solo a su gestión a fin de ponderar su uso desproporcionado. Precisamente, por afectar tan solo a tal gestión, pudiendo originar, en caso de permisión, un incremento en las cuotas especiales de gastos (no en la de participación), según permite el propio art. 17.12 LPH, más bien resulta aplicable la jurisprudencia de la propia DGRyN que no exige para tal modificación el consentimiento expreso e individualizado, permitiendo la computación de los ausentes no disidentes, al tratarse de un acto colectivo, que afecta a la Junta como órgano comunitario, y que no se imputa a cada propietario singularmente por no afectar al contenido esencial de su dominio (por todas, las RRDGRyN de 23 mayo 2001, 19 abril 2007...⁸⁷).”

Tal vez cosa distinta deba decirse del caso en que el acuerdo adoptado por la Junta de propietarios implique la prohibición del destino turístico en sí de los pisos y locales, lo que, sin duda, sí afecta al contenido privativo del derecho de propiedad recayente sobre los mismos, mas parece que ni siquiera en tal caso deba requerirse el consentimiento expreso del vecino que ya antes del acuerdo viniese arrendando al fin turístico su piso —concedérselo sería permitirle el veto de tal acuerdo⁸⁸—, pues, sencillamente, tal prohibición no le va a afectar dado el carácter irretroactivo de dicho acuerdo según impone el nuevo art. 17.12 LPH en su inciso final, cuyo comentario, por lo demás, excedería ya en mucho de lo que se afirma en la Resolución de 1 de junio 2020, que aquí comentamos, cuando admite tal computación de los ausentes y no disidentes en la mayoría de tres quintos que exige el art. 17.12 LPH, cuando da por válido, según nos dice —recuérdese—, que “el acuerdo fue aprobado por 9 de los 25 propietarios, reuniendo el 29,89 % de coeficiente sobre el total del 100 %, y fue notificado a los propietarios ausentes sin que ninguno se haya opuesto el mismo”; de lo que se deduce la admisión de su silencio como positivo, favorable a la modificación estatutaria, para que así fuera apoyado, al menos, por 15 de los 25 vecinos (lo que, ahora sí, daría la mayoría de los tres quintos exigida por el nuevo art. 17.12 LPH).

⁸⁷ Que aquí tomamos de GARCÍA GARCÍA, J. M. (pp. 1747, 1748 y 1759 ss.), y de CARRASCO PERERA, A. (en los *Comentarios a la LPH* dirigidos por BERCOVITZ, pp. 594, 654, 655 y 663).

⁸⁸ Que es lo que, precisamente, denuncian los FUENTES-LOJO RIOS y LASTRES (pp. 390 y 391), contra toda lógica de exigir tal consentimiento expreso del vecino afectado por el acuerdo.

Lo advertía más claramente, en el caso aquí resuelto, la comunidad de vecinos en el recurso interpuesto, y cuya afirmación, al menos, no desmiente aquella Resolución de la Dirección General: “Que igualmente consta en el certificado que se adjunta en la escritura pública que el acuerdo tomado por las tres quintas partes, se confirma en los requisitos exigidos por el artículo antes citado —el art. 17.12 LPH—, toda vez que, comunicado el acuerdo, en el tiempo y plazo fijados en el art. 18.8 —*sic*— de la misma LPH, no ha habido ninguna otra oposición al citado acuerdo de limitar el uso de pisos turísticos—”.

Queda, así pues, la cuestión resuelta.

4. El caso —inverso— de admitir la actividad turística mediante la modificación de los estatutos de la comunidad: la exigencia de unanimidad por aplicación de la regla general del art. 17.6 LPH

En el extremo opuesto de todos los casos vistos, tendentes todos ellos a limitar o prohibir el alquiler turístico en las comunidades de vecinos, se sitúa el de una comunidad que, teniendo prohibida en sus estatutos tal actividad, pretendió modificar tales estatutos para, precisamente, permitir tales arriendos vacacionales, amparándose —también— en el art. 17.12 LPH, entendiendo, así, que para tal modificación bastaba con la mayoría de tres quintos (a que nos hemos referido arriba). Denegada fue, sin embargo, la inscripción de tal modificación estatutaria por entender el Registrador que aquel acuerdo no estaba incluido expresa, ni literalmente en el art. 17.12 LPH (pensado, precisamente, para lo contrario, para limitar o condicionar aquella actividad turística), siendo, por ello, necesaria la unanimidad que, como regla, el art. 17 LPH, en su ap. 6, exige para cualquier modificación estatutaria. Una posición, la del Registrador, que fue la avalada por la Resolución de la DGSJyFP de 19 diciembre 2019 —curiosamente, la primera Resolución habida sobre el art. 17.12 LPH—, con el siguiente razonamiento, que compartimos plenamente (siendo, por ello, ocioso cualquier comentario): “Este artículo 17.12 es aquel que ha servido de base en la escritura y en el que se ampara el recurrente para entender que basta la citada mayoría de tres quintos y no la unanimidad. Sin embargo, el precepto... se refiere al acuerdo ‘por el que se limite o condicione el ejercicio de la actividad a

que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994' y en este caso el acuerdo tiene precisamente la finalidad contraria, modificar los estatutos de la comunidad para ampliar o aclarar los usos a que pueden destinarse los departamentos, incluyendo entre ellos el arrendamiento de temporada, explotación turística o vacacional, y disponiendo en un nuevo artículo estatutario que quedan autorizados por la comunidad los alquileres turísticos o vacacionales. (...) La modificación estatutaria es un acto de la junta como órgano colectivo de la comunidad, pero este apartado 12 del artículo 17 no puede servir de fundamento para reducir la mayoría necesaria en este caso al voto favorable de tres quintas partes de propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, sino que habrá que acudir a la regla general del apartado 6 del mismo artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, que exige la unanimidad del total de los propietarios que, a su vez, representen el total de las cuotas de participación, para los acuerdos no regulados expresamente en dicho artículo que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad, que es el supuesto ahora analizado... Alega el recurrente que 'la literalidad del artículo 17.12 de la LPH permite la adopción del acuerdo relativo al alquiler turístico o vacacional', cuando lo cierto es que el texto literal del dicho artículo restringe su ámbito de aplicación, como ya se ha dicho, al acuerdo por el que se 'limite o condicione' el ejercicio de dicha actividad. Además, la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, que es el que introduce este nuevo apartado 12 en el artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, establece que 'en materia de viviendas de uso turístico, también se recoge en el título II una reforma del régimen de propiedad horizontal que explicita la mayoría cualificada necesaria para que las comunidades de propietarios puedan limitar o condicionar el ejercicio de la actividad'; es decir, su finalidad es reducir la mayoría necesaria para el acuerdo que limite o condicione el alquiler turístico, no para el acuerdo adoptado con una finalidad contraria como es permitir de manera expresa esa actividad", mostrando, una vez más, la sintonía entre la letra del art. 17.12 LPH y su espíritu, de modo que su interpretación literal —también aquí— resulta estricta (ni extensiva, ni restrictiva, ni más, ni menos). Otro caso similar se planteó ante

un acuerdo comunitario modificativo de los estatutos (donde nada se decía sobre pisos turísticos), que fue adoptado sin unanimidad, pero conforme a la mayoría exigida en el art. 17.12 LPH, en el que —según decía— “Se prohíbe cualquier actividad de arrendamiento que no está amparada por normativa municipal, autonómica o estatal”; su inscripción fue denegada por la Registradora de la Propiedad al entender que tal acuerdo no encajaba en el ap. 12 de aquel art. 17 LPH, sino en la regla general de su ap. 6, sobre modificaciones estatutarias no comprendidas en los casos excepcionales que la propia norma contempla para requerir una mayoría menor; a ello se opuso la comunidad de vecinos, interponiendo el oportuno recurso gubernativo, por entender “que dicha modificación estatutaria no supone ninguna merma de derechos para ningún propietario ya que se remite a la normativa municipal, autonómica o estatal”, lo que, con razón, fue rechazado por la Resolución de 11 junio 2020, ratificando así la calificación registral negativa, ya que “por modificación de estatutos debe entenderse cualquier alteración de los mismos, de su forma o de su contenido, incluida por tanto la que consista en una remisión a determinada normativa”. Supuesto aparte, y realmente diferente, fue el de una comunidad de vecinos que acordó por la mayoría de los tres quintos del art. 17.12 LPH que fuese necesario *super casum* su consentimiento unánime para cuando un vecino decidiese destinar su piso al alquiler turístico. Tal acuerdo, que fue impugnado ante los tribunales, fue rechazado por la SAP de Madrid de 15 junio 2022 por entender que “a través del acuerdo impugnado se ha introducido una cláusula estatutaria que no persigue limitar o condicionar el uso turístico, que es lo que permite el artículo 17.12 de la LPH, sino prohibir esa actividad. Ello es así dado que, la exigencia de unanimidad para consentirlos alojamientos de uso turístico en la finca se traduce en un auténtico veto a la facultad de los propietarios de arrendar su vivienda para ese uso, y ello mediante la imposición de un quórum diferente al establecido en la ley. Lo que el citado precepto permite es que, mediante una mayoría cualificada, se establezcan limitaciones o condiciones a dicha actividad, pero en el caso que nos ocupa mediante esa mayoría lo que se acuerda, en realidad, es una modificación estatutaria que hubiera requerido de unanimidad (artículo 17.6 LPH), al tratarse de un supuesto de prohibición que carece de encaje en el artículo 17.12 LPH”.

Por nuestra parte, amén de que, como dijimos arriba, no compartamos tal interpretación del art. 17.12 LPH que excluye la prohibición entre los posibles límites al alojamiento turístico, tampoco nos parece que en aquel caso el acuerdo comunitario adoptado fuese prohibitivo, sino más limitativo o condicionante del destino turístico de los pisos: una cosa es prohibir tal destino en general y otra bien distinta autorizarlo caso por caso (siempre y cuando, naturalmente, se haga según iguales criterios, pues de lo contrario habría abuso por parte de la comunidad). Que sean por pura lógica cosas bien distintas, lo demuestra que la legislación Balear, tras su modificación en julio de 2017, a fin de que la Administración conceda su oportuna licencia exija tanto la ausencia de prohibición estatutaria como un posterior un permiso expreso y puntual otorgado por parte de la comunidad de vecinos a quien de entre los vecinos quiera destinar su piso a alojamiento turístico⁸⁹.

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA REGISTRAL (específica sobre el art. 17.12 LPH)

Resolución de la DGSJyFP de 19 diciembre 2019 (BOE de 12 marzo 2020)

Resolución de la DGSJyFP de 5 abril 2020 (BOE de 30 julio 2020)

⁸⁹ Así lo dice en su nuevo art. 50.7 introducido por la Ley 6/2017, de 31 de julio: «7. No se pueden presentar declaraciones responsables para comercializar turísticamente viviendas sometidas al régimen de propiedad horizontal si lo impiden el título constitutivo o los estatutos de la comunidad de propietarios, en el sentido de que determinen la no posibilidad de uso para finalidades diferentes a las de vivienda. Para uso diferente del de vivienda se tiene que entender todo uso que permitiría una utilización diferente a la de satisfacer la necesidad permanente de vivienda. Para las modificaciones de estas previsiones se deberá estar al régimen determinado en el artículo 17.6 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de propiedad horizontal. Si el título constitutivo o los estatutos no impiden la comercialización turística de las viviendas en los términos expuestos en el párrafo anterior, o estos no existen, es necesario, para llevar a cabo la comercialización turística, y solo a estos efectos, un acuerdo de la junta de propietarios en el cual la mayoría de personas propietarias, que al mismo tiempo constituyen la mayoría de cuotas de propiedad, acepten expresamente la posibilidad de comercialización turística de las viviendas, acuerdo que la mayoría misma puede modificar. En este supuesto, resulta de aplicación el régimen determinado en el artículo 17.7 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de propiedad horizontal. Este acuerdo se tiene que inscribir en el Registro de la Propiedad, con el fin de informar a terceras posibles personas adquirentes de viviendas. Este acuerdo no es necesario si el título constitutivo o los estatutos ya admiten expresamente la posibilidad de comercialización turística de las viviendas. Para la modificación de estas previsiones se deberá estar al régimen determinado en el artículo 17.6 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de propiedad horizontal. En todos los casos, en el momento de cambios en los estatutos o acuerdos de la junta de propietarios que impidan la comercialización turística, esta tiene que cesar y se tiene que comunicar a la administración».

Resolución de la DGSJyFP de 1 junio 2020 (BOE de 10 julio 2020)
Resolución de la DGSJyFP de 11 junio 2020 (BOE de 31 julio 2020)
Resolución de la DGSJyFP de 16 junio 2020 (BOE de 3 agosto 2020)
Resolución de la DGSJyFP de 16 octubre 2020 (BOE de 31 octubre 2020)
Resolución de la DGSJyFP de 5 noviembre 2020 (BOE de 25 noviembre 2020)
Resolución de la DGSJyFP de 15 enero 2021 (BOE de 28 enero 2021)
Resolución de la DGSJyFP de 22 enero 2021 (BOE de 12 febrero 2021)
Resolución de la DGSJyFP de 27 abril 2021 (BOE de 19 mayo 2021)
Resoluciones (2) de la DGSJyFP de 29 abril 2021 (ambas en el BOE de 19 mayo 2021)
Resoluciones (2) de la DGSJyFP de 8 junio 2021 (ambas en el BOE de 29 junio 2021)
Resolución de la DGSJyFP de 1 diciembre 2021 (BOE de 22 diciembre 2021)
Resolución de la DGSJyFP de 22 junio 2022 (BOE de 26 julio 2022)
Resolución de la DGSJyFP de 3 octubre 2022 (BOE de 31 octubre 2022)

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA CIVIL (específica sobre el art. 17.12 LPH, o su equivalente norma catalana)

STSJ de Cataluña de 20 febrero 2012 (RJ 2012/10019)
SSTSJ de Cataluña 19 mayo 2016 (RJ 2016/2170 y 3653)
STSJ de Galicia de 15 noviembre 2017 (JUR 2017/295313)
STSJ de Galicia de 14 febrero 2018 (RJCA 2018/375)
STSJ de Cataluña de 13 septiembre 2018 (Roj STSJ CAT 5827/2018)
STSJ de Cataluña de 24 enero 2019 (RJ 2019/778)

SAP de Barcelona (Sección 17ª) de 20 octubre 2011 (AC 2014/2152)
SAP de Barcelona (Sección 19ª) de 21 mayo 2015 (JUR 2015/166000)
SAP de Barcelona (Sección 17ª) de 9 octubre 2015 (AC 2016/24)
SAP de Barcelona (Sección 1ª) de 27 diciembre 2017 (AC 2017/1701)
SAP de Barcelona (Sección 16ª) de 22 mayo 2019 (AC 2019/748)
SAP de Guipúzcoa (Sección 2ª) de 12 abril 2019 (Roj SAP SS 483/2019)
SAP de Segovia (Sección 1ª) de 21 abril 2020 (Roj SAP SG 145/2020)
SAP de Asturias (Sección 6ª) de 23 diciembre 2020 (Roj SAP O 5104/2020)
SAP de Asturias (Sección 6ª) de 18 enero 2021 (Roj SAP O 42/2021)
SAP de Asturias (Sección 5ª) de 3 febrero 2021 (Roj SAP O 159/2021)
SAP de Guipúzcoa (Sección 2ª) de 4 junio 2021 (Roj SAP SS 1213/2021)
SAP de Madrid (Sección 21ª) de 12 julio 2021 (Roj SAP M 9452/2021)
SAP de Alicante (Sección 5ª) de 29 septiembre 2021 (Roj SAP A 2187/2021)
SAP de Málaga (Sección 4ª) de 8 abril 2022 (Roj SAP MA 946/2022)
SAP de Pontevedra (Sección 6ª) de 28 abril 2022 (Roj SAP PO 1127/2022)
SAP de Guipúzcoa (Sección 2ª) de 20 mayo 2022 (Roj SAP SS 588/2022)
SAP de Madrid (Sección 20ª) de 15 junio 2022 (Roj SAP M 9236/2022)
SJPI Córdoba (Sección 7ª) de 21 febrero 2022 (Roj SJPI 241/2022)
SAP Córdoba (Sección 1ª) de 12 julio 2022 (Roj SAP CO 639/2022)
SAP de Madrid (Sección 20ª) de 15 junio 2022 (Roj SAP M 13714/2022)

BIBLIOGRAFÍA (específica sobre el art. 17.12 LPH)

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., «Régimen jurídico-civil de las viviendas de uso turístico», en *Economía colaborativa y Derecho: aspectos civiles, mercantiles y laborales*, X. M. CARRIL VÁZQUEZ y otros (dirs.), Navarra, 2019, pp. 23-59.

- ANGUITA RÍOS, R. M.^a, «La vivienda integrada en una doble dimensión: como residencia y como alojamiento turístico», en *Revista de Derecho Civil*, vol. 8, nº 3 (julio-septiembre), 2021, pp. 85-129.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, 6ª ed., Madrid, 2020.
- BERENGUER ALBALADEJO, M.^a C., «Acuerdos comunitarios para regular el ejercicio del arrendamiento turístico de vivienda: exégesis del art. 17.12 LPH», en *El alojamiento colaborativo. Problemática jurídica actual de las viviendas de uso turístico*, C. LÓPEZ SÁNCHEZ (coord.), Madrid, 2021, pp. 153-219.
- BETHENCOURT RODRÍGUEZ, G., «La comunidad de propietarios ante el fenómeno del alquiler vacacional», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 776, 2019, pp. 3040-3060.
- CABEZUELO ARENAS, A. L., «Edificios sometidos a propiedad horizontal y arriendo turístico de pisos: tres vías de prevención y/o defensa de la Comunidad frente a una actividad potencialmente molesta», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5, mayo, 2018.
- CAMPUZANO TOMÉ, H., *Las viviendas de uso turístico. Marco legal y problemática jurídica en el contexto de la economía colaborativa*, Madrid, 2019.
- CARRASCO PERERA, A., «Acuerdos comunitarios contra los alquileres turísticos», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2019, nº 948.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «Pisos turísticos y comunidades de vecinos: un posible caso de abuso de derecho», en *Revista de Derecho Privado*, nº 1, enero-febrero, 2018, pp. 53-88.
- , (dir.), *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, Madrid, 2018.
- , «De nuevo, sobre pisos turísticos y comunidades de vecinos: a propósito del nuevo art. 17.12 LPH», también en la *Revista de Derecho Privado*, 2019, nº 3, mayo-junio, pp. 3-33.

- , «Pisos turísticos y comunidades de vecinos: el —estricto— alcance del nuevo art. 17.12 LPH —limitado— a los alquileres turísticos del art. 5.e) LAU (Comentario a la Resolución de la DGSJ y FP de 5 abril 2020)», en *Revista Jurídica del Notariado*, nº 111, julio-diciembre 2020, pp. 491-508.
- , «Cláusulas estatutarias limitativas de pisos turísticos según el art. 17.12 LPH: régimen de mayoría, cómputo de los ausentes no disidentes y posible eficacia frente a terceros (Comentario a la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 1 junio 2020)», en *Revista (Aranzadi) de Derecho Patrimonial*, 2020, nº 53.
- , «Prohibición absoluta de pisos turísticos en comunidades de vecinos: la ‘lógica’ interpretación del art. 17.12 LPH» (Comentario a las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 16 junio y 5 noviembre 2020, 15 y 22 enero 2021), en *Revista (Aranzadi) de Derecho Patrimonial*, 2021, nº 55.
- DE CASTRO VÍTORES, G., «Viviendas en alquiler turístico y propiedad horizontal: reformas legislativas recientes y cuestiones pendientes», en *La protección del consumidor en la vivienda colaborativa*, E. MUÑIZ ESPADA (coord.), 2019, pp. 293-332.
- DÍAZ VALES, F., «Aspectos jurídico-civiles de las viviendas de uso turístico», en *Las viviendas de uso turístico y su regulación jurídica. Un enfoque multidisciplinar*, M. LUCAS DURÁN (dir.), Navarra, 2019, 95-184.
- , «Viviendas de uso turístico y propiedad horizontal en Cataluña», en *Turismo, vivienda y economía colaborativa*, P. A. MUNAR BERNAT y otros (dirs.), Navarra, 2020, pp. 507-523.
- ECHEVERRÍA SUMMERS, Fco. M., «La problemática de las viviendas de uso turístico y los mecanismos de defensa frente a las mismas de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal», en www.elderecho.com, 2018.
- FUENTES-LOJO RIUS, A., «El Real Decreto-Ley de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler: aspectos de propiedad horizontal, arrendaticios y viviendas de uso turístico», en *Diario La Ley* de 18 de diciembre de 2018 (también en *Actualidad Civil*, nº 12, 2018).

- , «La regulación del negocio de los pisos turísticos en las comunidades de propietarios», en *Diario La Ley*, nº 9234, de 9 julio 2018.
- , (coord.), «Las normas comunitarias que regulen la actividad turística que se desarrolle en elementos privativos, ¿son normas de naturaleza estatutaria o son normas relativas al reglamento de régimen interior de la comunidad?», en *Actualidad Civil*, nº 7-8, 2018 (tomado de la leydigital).
- , «5 vías para que la Comunidad pueda prohibir el alojamiento turístico», en *Diario La Ley*, nº 9506, Sección Tribuna, 25 de octubre de 2019.
- , Con FUENTES-LOJO LASTRES, A. (dirs.), *Comentarios al régimen jurídico de la propiedad horizontal en Cataluña: comentarios, problemática y jurisprudencia*, Barcelona, 2015.
- , Con FUENTES-LOJO LASTRES, A. (dirs.), *Viviendas de uso turístico y nuevas medidas en materia de alquiler residencial*, Madrid, 2019.
- , (coord.), «La oponibilidad de los acuerdos comunitarios limitativos de viviendas de uso turístico», en *Actualidad Civil*, nº 7-8, 2020 (tomado de la leydigital).
- , «Últimas novedades sobre acuerdos comunitarios prohibitivos de viviendas de uso turístico y de otras modalidades de alojamiento turístico. Comentarios a la RDGSJFP de 16 de junio de 2020», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 783, 2021, pp. 536-554.
- , «Litigiosidad creciente en torno a la validez de acuerdos comunitarios prohibitivos de actividades en elementos privativos», en <https://www.hayderecho.com/2022/03/15/litigiosidad-creciente-en-torno-a-la-validez-de-acuerdos-comunitarios-prohibitivos-de-actividades-en-elementos-privativos/>.
- GOMÁ LANZÓN, F., «Limitación del uso turístico de las viviendas en el RD-ley 21/2018, de 14 de diciembre», en www.hayderecho.com, 22 de enero de 2019.
- GUILLÉN NAVARRO, N. A., «La vivienda de uso turístico y su incidencia en el panorama normativo español», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 45-46, 2015.

- , *La regulación de la vivienda de uso turístico en España*, Madrid, 2020.
- LOSCERTALES FUERTES, D., «Acuerdo de Junta de Propietarios prohibiendo el ‘uso turístico’», en *El Notario del siglo XXI*, nº 93, septiembre-octubre 2020 (tomado de <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10156-acuerdo-de-junta-de-propietarios-prohibiendo-el-uso-turistico>).
- MARTÍ MARTÍ, J., *La modificación de la regulación de la propiedad horizontal en Cataluña por Ley 5/2015*, Barcelona, 2015.
- , «El acuerdo comunitario de limitación de uso de las entidades de la finca como pisos turísticos», en *Propietat horizontal Catalunya: cuaderno jurídico*, nº 45, 2016, pp. 12-16.
- MAGRO SERVET, V., «Sobre la necesaria unificación en la regulación legal del alquiler vacacional y normativa autonómica», en *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, nº 1, 2017.
- , «¿Pueden las juntas de propietarios prohibir sin justa causa el alquiler vacacional o solo «limitarlo o condicionarlo»?», en www.elderecho.com, de la ed. Lefebvre, de 8 de junio de 2019.
- , «Acerca de la resolución de 29 de abril de 2021 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública sobre las posibilidades de prohibición del alquiler vacacional: ¿es posible inscribir ese acuerdo?» (tomado de <https://elderecho.com/acerca-de-la-resolucion-de-29-de-abril-de-2021-de-la-direccion-general-de-seguridad-juridica-y-fe-publica-sobre-las-posibilidades-de-prohibicion-del-alquiler-vacacional-es-posible-inscribir-es>).
- MARTÍNEZ CALVO, J., «Alojamiento colaborativo y propiedad horizontal: regulación de las viviendas turísticas por parte de las comunidades de propietarios», en *Turismo, vivienda y economía colaborativa*, P. A. MUNAR BERNAT y otros (dirs.), Navarra, 2020, pp. 465-483.
- MARTÍNEZ NADAL, A., *Alquiler turístico de viviendas de uso residencial y Derecho de la Competencia*, Navarra, 2020.
- MESA MARRERO, C., «Las viviendas de uso turístico y la cuestión competencial en materia civil», en *Indret*, 3/2019.

- MURGA FERNÁNDEZ, J. P., «Viviendas turísticas y comunidades de propietarios: *status quaestionis* y posibilidades de actuación a la luz del nuevo artículo 17.12 de la Ley de Propiedad Horizontal», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 775, 2019, pp. 2221-2276.
- ORTÍZ FERNÁNDEZ, M., «El arrendamiento de viviendas de uso turístico y el reparto competencial entre Estado, Comunidades Autónomas y municipios: principales problemas que se plantean», en *El alojamiento colaborativo. Problemática jurídica actual de las viviendas de uso turístico*, C. LÓPEZ SÁNCHEZ (coord.), Madrid, 2021, pp. 61-122.
- SALAS MUÑOZ, M., «La justicia europea interpreta conforme a la normativa comunitaria limitar el uso turístico para defender el acceso a la vivienda», en *Práctica urbanística: Revista mensual de urbanismo*, nº 167, 2020 (tomado de la leydigital).
- SERRANO CHAMORRO, M^a. E., «Viviendas de uso turístico y limitaciones por las comunidades de propietarios», en *Turismo, vivienda y economía colaborativa*, P. A. MUNAR BERNAT y otros (dirs.), Navarra, 2020, pp. 447-464.
- VALCÁRCEL BUSTOS, M. T., «Comunidades de propietarios y alquiler de viviendas de uso turístico: prohibiciones estatutarias y acciones de cesación», en *Turismo, vivienda y economía colaborativa*, P. A. MUNAR BERNAT y otros (dirs.), Navarra, 2020, pp. 485-505.

LAS ARRAS EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA: LUCES Y SOMBRAS

THE EARNEST MONEY IN THE PURCHASE AGREEMENT: LIGHTS AND SHADOWS

Jesús Leonart Castro

Notario

Resumen: pese a su profusa utilización en el tráfico, las arras en la compraventa encierran más de un interrogante para el práctico jurídico que se aproxima a ellas. Es por ello que analizamos el escaso régimen legal aplicable a las arras, profundizando en sus principales funciones y recogiendo los pronunciamientos judiciales más importantes. Nos detenemos especialmente en la búsqueda de la auténtica naturaleza jurídica de los llamados “contratos de arras”, con una breve mención de la problemática fiscal que los rodea. Por último, destacamos algunas de las cuestiones más interesantes que suscitan las arras cuando desempeñan una función penal, cuando su régimen se equipara, por la función que las partes atribuyen a las arras, al de la cláusula penal.

Palabras clave: arras, compraventa, precontrato, arras penales, arras penitenciales, arras confirmatorias, contrato de arras, cláusula penal, incumplimiento parcial, cumplimiento defectuoso, moderación equitativa, penas irrisorias, penas excesivas.

Abstract: despite its profuse use in traffic, the earnest money in the sale contains more than one question for the legal practitioner who approaches it. That is why we analyze the scarce legal regime applicable to the deposit (earnest money), delving into its main functions and collecting the most important judicial pronouncements. We stop especially in the search for the authentic legal nature of the so-called “earnest money contracts”, with a brief mention of the fiscal problems that surround them. Lastly, we highlight some of the most interesting issues raised by the earnest money when it performs a criminal function, when its regime is equated, due to the function that the parties attribute to the earnest money, to that of the penalty clause.

Keywords: earnest money, sale, pre-contract, penal earnest money, penitential earnest money, confirmatory earnest money, earnest money contract, penal clause, partial breach, defective performance, equitable moderation, derisory penalties, excessive penalties.

SUMARIO

- I. LAS ARRAS EN EL CÓDIGO CIVIL: UNA PRIMERA APROXIMACIÓN
- II. LAS ARRAS EN LA PRÁCTICA: EL MAL LLAMADO “CONTRATO DE ARRAS”
- III. LA PELIAGUDA CUESTIÓN FISCAL
- IV. ALGUNAS CUESTIONES INTERESANTES SOBRE LAS ARRAS PENALES
 - 1. El supuesto de hecho: falta de cumplimiento
 - 2. La facultad de moderación del juez
 - 3. Las penas irrisorias o excesivas
 - 4. Las arras penales en relación con el artículo 1504 del Código Civil

I. LAS ARRAS EN EL CÓDIGO CIVIL: UNA PRIMERA APROXIMACIÓN

El Código Civil se ocupa de las arras, en relación con el contrato de compraventa, en el artículo 1454 cuyo tenor literal expone: “*Si hubiesen mediado arras o señal en el contrato de compra y venta, podrá rescindirse el contrato allanándose el comprador a perderlas, o el vendedor a devolverlas duplicadas*”. Podemos extraer dos conclusiones preliminares de este importante precepto. Por un lado, que los conceptos de “arras” y “señal” son equivalentes y tratados indistintamente por el legislador, cuestión que nos ayudará a entender mejor el funcionamiento de las arras. Por otro, que el primer inciso del artículo 1454 dice que las arras o la señal pueden existir “*en el contrato*” de compraventa. De esta expresión se deriva, a su vez, que lo que media es la entrega de una cantidad, la señal; siendo especialmente relevante, de lo que se ocupa el artículo a continuación, los efectos derivados de aquella entrega, demostrando que lo relevante es la **finalidad que, como cláusula contractual específica, ha recibido la entrega de aquella cantidad por la voluntad de las partes**, que puede ser diversa.

Es obvio que estas conclusiones podemos extenderlas a cualquier contrato, típico o atípico, sin necesidad de circunscribirlas exclusivamente al contrato de compraventa. Las arras pueden existir en un arrendamiento, una fianza o cualquier otro tipo contractual, sin olvidar que, evidentemente, serán más útiles en ciertos contratos que en otros.

Por consiguiente, en las arras podemos distinguir dos elementos diferentes, intrínsecamente relacionados, que deben existir cumulativamente en todo caso en cualquier tipo de contrato en el que haya mediado el pacto de arras o señal:

- 1) el *corpus*, **la existencia de una cantidad entregada en el ámbito de una relación contractual onerosa**. Dichas cantidades suelen ser

entregadas en el momento de la perfección del contrato, del nacimiento de las obligaciones de las partes y con carácter previo a la satisfacción de sus intereses, que ocurre en la consumación del mismo. Tengan la finalidad que tengan, coadyuvan a la satisfacción de los intereses contractuales de los contratantes;

- 2) el *animus*, **las arras deben recibir una finalidad o función concreta, atribuida por los contratantes**. La entrega de aquella cantidad debe estar asociada a la producción de un efecto específico querido por las partes: la concreta manera de facilitar la consecución del fin práctico del contrato.

La distinción entre estos dos elementos la podemos ver claramente si distinguimos las arras de otras cantidades con las que puede concurrir y, eventualmente, confundirse. Por ejemplo, en el caso del contrato de opción es habitual, aunque no obligatorio, que exista una cantidad que remunere la concesión de la opción en sí misma. La denominada **prima de opción**. Existiendo un pago desde el momento en que se crea la relación obligatoria, aunque la entrada en vigor de su reglamentación haya quedado diferida, ante la entrega de esas cantidades puede preguntarse el práctico jurídico si lo han sido en concepto de arras. La respuesta es clara: depende de la voluntad de las partes. De tal forma que las partes pueden atribuir, a la totalidad de las cantidades entregadas en concepto de prima, la función adicional de operar como arras, en cuyo caso, el destino de las arras y, por consiguiente, de la prima, será el que las partes hayan fijado para aquellas, al especificar su finalidad. Puede, no obstante, haber coexistido la entrega de dos cantidades diferentes, una en concepto de arras y otra en concepto de prima de opción, de manera que hayan quedado delimitadas la respectiva función que cumplen una y otra. Y, finalmente, puede que se haya entregado una única cantidad, que, en su totalidad sea considerada como prima de opción, pero a la que las partes hayan atribuido, en un determinado porcentaje, una concreta función de arras. En este caso, aunque el carácter de prima se predique de toda la cantidad, un porcentaje de esta puede acabar teniendo un tratamiento distinto por aquella distribución (la finalidad que las partes hayan atribuido a las arras).

La entrega de la cantidad no plantea mayor dificultad que la derivada de las obligaciones relativas al control de los medios de pago. Es decir, la satisfacción de un importe determinado en concepto de arras o señal se acerca al régimen jurídico del pago en todo lo referente a su régimen jurídico: lugar de pago, identidad del pago, medios de pago y control notarial de los mismos, plazo, etcétera. Es en la **finalidad**, evidentemente, donde se encuentra el *quid* de la cuestión. El Tribunal Supremo, en una consolidada jurisprudencia (24 de noviembre de 1926, 8 de julio de 1945, 22 de octubre de 1956, 7 de febrero de 1966, 16 de diciembre de 1970, 10 de marzo de 1986, 26 de septiembre de 2013 o 17 de octubre de 2018, entre otras), ha sistematizado las tres funciones principales que puede tener, tradicionalmente admitidas por la doctrina: confirmatorias, penitenciales y penales. Veamos sus diferentes implicaciones:

- 1) **Arras confirmatorias.** Son aquellas cantidades dirigidas a reforzar la existencia del contrato, constituyendo una prueba de su celebración. A esta finalidad se refiere específicamente el artículo 343 del Código de Comercio, para las compraventas mercantiles: *“Las cantidades que, por vía de señal, se entreguen en las ventas mercantiles se reputarán siempre dadas a cuenta del precio y en prueba de la ratificación del contrato, salvo pacto en contrario”*. En este caso, la cantidad entregada tiene la finalidad de operar como anticipo de la futura prestación, el precio, a cargo del obligado a satisfacerlo.
- 2) **Arras penitenciales o de desistimiento.** La denominación “penitencial” está indiscutiblemente unida al sacramento cristiano de la confesión. La penitencia es el precio de la contrición, el precio del arrepentimiento, en este caso, por la celebración del contrato. Opera como una posibilidad liberatoria que permite a cualquiera de las partes virar el fluir de la relación contractual. En lugar de avanzar para la consumación, se produce un retroceso por la vía de la resolución, siempre y cuando se cumpla con la penitencia estipulada. A esta función es a la que se refiere el artículo 1454.

Desde nuestro punto de vista, la reglamentación del artículo 1454 en esta materia es dispositiva. Esto es, las partes pueden haber estipulado que la liberación requiera la devolución de las arras

duplicadas o la pérdida de las entregadas, respectivamente, para vendedor y comprador. No obstante, con base en el artículo 1255, aquí nos encontramos ante una obligación facultativa (el deudor tiene la opción cumplir o pagar lo pactado) que puede haberse configurado de cualquier otra manera. Esa *facultas solutionis* puede consistir en la opción propuesta por el 1454 pero también puede agravarse (devolver las arras triplicadas, por ejemplo) o consistir en otra prestación diferente. Las posibilidades para los contratantes, conectando instituciones, son casi infinitas.

- 3) **Arras penales.** Las arras penales buscan garantizar el cumplimiento del contrato. De esta forma, las cantidades entregadas en concepto de arras con esta finalidad sustituyen a la indemnización de daños y perjuicios para el caso de incumplimiento. **Tienen la naturaleza de cláusula penal** (lo confirman las sentencias de 25 de octubre 2006, 27 de octubre y 1 de diciembre de 2011) y entroncan con la regulación del Código Civil contenida en los artículos 1152 y siguientes. En este caso, la parte perjudicada por el incumplimiento puede exigir el cumplimiento de la obligación y, solo en caso de incumplimiento, la ejecución de la cláusula penal. Para tener la facultad de exigir ambas, el Código Civil exige que tal facultad le haya sido claramente atribuida (artículo 1153); misma razón por la cual no se goza como propia de las arras penales la facultad de desistimiento, si esta no se otorga expresamente a las partes.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, además, ha sentado dos conclusiones importantísimas en materia de arras, todas ellas girando en torno a la voluntad verdaderamente querida por los contratantes, la finalidad efectivamente buscada con las arras. La primera para la que las arras tengan la función de desistimiento o de cláusula penal, es imprescindible que así se haga constar **expresamente y de forma clara en el contrato, pues en otro caso, cualquier entrega dineraria llevada a cabo por el comprador ha de reputarse como integrante del precio y pago anticipado de mismo, sirviendo para confirmar el negocio celebrado**, esto es, una función confirmatoria (STS de 31 de diciembre de 1998, con cita de otras anteriores: 4 de noviembre de 1991, 3 de octubre de 1992 y 25 de marzo de 1995). Y la

segunda conclusión (entre otras, en sentencias de 25 de abril y 17 de octubre de 2018) es que **con independencia del nombre que a las arras hayan dado a las partes en el contrato, por ejemplo, en la nomenclatura de una cláusula, debe regir su intención clara y manifiesta**. Es más, la mera mención del artículo 1454 del Código Civil no expresa con claridad cuáles son las obligaciones que contraen las partes, por lo que al ser una variedad de arras de interpretación restrictiva es necesario acreditar que la intención de los contratantes es pactar las arras para el caso de desistimiento del comprador. Para producir este efecto, debe hacerse constar expresamente en la redacción del contrato, con mención expresa al supuesto de desistimiento, sin perjuicio de que existan medios complementarios de interpretación de los contratos. No cabe la menor duda de que la intervención notarial en esta fase vendría a eliminar de raíz cualquier tipo de duda sobre la finalidad perseguida con las arras.

II. LAS ARRAS EN LA PRÁCTICA: EL MAL LLAMADO “CONTRATO DE ARRAS”

De lo anterior se puede concluir que las arras responden a una necesidad muy concreta perseguida por los contratantes. En el constante fluir del tráfico negocial, la función de las arras es la de **ofrecer una seguridad o garantía en aquellos supuestos en los que existe un lapso de tiempo entre la conclusión de los tratos preliminares del contrato y la satisfacción de los intereses perseguidos por las partes** (veremos más adelante que se incardina entre las fases de perfección y consumación de una forma particular). Prueba de ello es que no existe tal dilación temporal, cuando el contrato se perfecciona y las obligaciones se cumplen instantáneamente, no suelen existir arras. Todas las finalidades antedichas contribuyen de un modo u otro a esta función.

No resulta difícil explicar la cercanía que existe en el Código entre el reseñado artículo 1454 y el artículo 1451.1 que expone: *“La promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato”*. Puesto en relación con el artículo 1262, primer párrafo, y con el artículo 1261, no es difícil concluir que, en circunstancias normales,

habiendo consentimiento sobre el objeto del contrato (cosa y precio) y su causa (*vendendi*, por ejemplo), existirá consentimiento y existirá contrato perfeccionado de compraventa. Eso sí, pendiente de cumplimiento. La consumación de un contrato de compraventa requiere de la verificación por parte del vendedor de un acto de entrega con *animus transferendi et accipiendi dominii*, un modo que unido a ese título perfecto produzca una modificación jurídico-real. El comprador debe acabar siendo propietario y, de esta forma, haber satisfecho su interés perseguido.

Durante este lapso de tiempo, uno de los contratantes ha sustraído la cosa propia del tráfico negocial, posiblemente perdiendo la posibilidad de encontrar un precio mejor o incluso de concluir una operación de forma más inmediata, si se ha comprometido a respetar un plazo determinado. Por su parte, el otro contratante, normalmente habrá de desplegar las actuaciones necesarias para lograr la financiación necesaria para acometer el pago del precio. Piénsese en la situación más habitual: la compraventa de inmuebles en la que el deudor ha de acudir a una entidad financiera para poder pagar el precio, normalmente con un préstamo garantizado con hipoteca sobre la propia cosa comprada.

Garantizar la seguridad de las partes en este plazo puede conseguirse de diferentes formas. Quizá la que más enérgicamente proteja a la parte compradora sea la opción de compra, al fin y al cabo, una modalidad de precontrato, al que también podrían acudir las partes de quererlo así. Volvemos más adelante sobre él. Sin embargo, en la práctica, la figura a la que se suele acudir es a la firma de un, mal llamado, “contrato de arras”. **La seguridad de que el vendedor aparta la cosa del tráfico jurídico, reservándola para el comprador, se remunera con las arras. Normalmente estas arras serán una cantidad que después se descontará del precio a satisfacer en la compra, pero no resulta descabellado que se constituyan como una cantidad adicional.** De hecho, sería incluso más lógico, dado que el vendedor ofrece una cosa determinada a la venta, por un precio, pero la reserva de la cosa a ese precio por un plazo determinado es un servicio diferente y puede exigir libremente una remuneración adicional.

Este “contrato de arras” suele ser un **documento privado** formalizado por los contratantes, comprador y vendedor, sin ningún tipo de asistencia ju-

rídica (generalmente, con base a los modelos disponibles gratuitamente en Internet) o, como mucho, con la intermediación de determinadas personas (agentes de la propiedad inmobiliaria, gestorías, etc.), en la que tampoco suele existir asesoramiento jurídico. No obstante, la sencillez de la operación suele evitar, desde luego, que la sangre llegue al río.

Decimos que es un mal llamado contrato de arras. Por un lado, por una cuestión evidente, ya hemos visto que las arras son una cantidad entregada en el contrato de compra y venta, o en cualquier otra modalidad contractual. Por otro, con el principio espiritualista del Código Civil en la mano, encarnado en los artículos 1281.2 y 1282, lo que las partes verdaderamente persiguen con el contrato de arras es **formalizar su recíproco interés en la compraventa de una cosa por un precio determinado, sometiendo dicho interés a un plazo concreto y garantizándose, respectivamente, que la compraventa se llevará a efecto en estos términos, cuantificándose cualquier otro resultado distinto en un porcentaje de aquel precio que habrá de quedar para uno u otro**. Cualquiera que sea el nombre que el “contrato de arras” reciba en este bautismo, lo lógico es considerar que estamos ante un **contrato de reserva**.

Así, ¿qué sería este mal llamado contrato de arras o de reserva? ¿Un precontrato de compraventa o una promesa de venta? ¿O es que son la misma cosa?

El propio Tribunal Supremo, en su sentencia de 22 de abril de 1995, ya decía que “*el discutido art. 1541 del Código Civil*” contempla la figura del “**precontrato o de la promesa de venta**”, y requiere para su aplicación una **interpretación restringida a la par que cautelosa dado su carácter excepcional** (Sentencias de 2 de diciembre de 1989; 6 de marzo, 31 de julio, 28 de septiembre y 3 de octubre de 1992). Es igualmente doctrina jurisprudencial la de que, para determinar si en estos casos nos hallamos a presencia de una compraventa, de un “precontrato”, o de una “promesa de venta”, se hace preciso atender a la voluntad de las partes (art. 1258 del Código Civil) la cual ha de indagarse atendiendo al sentido literal del contrato, siempre que ello sea posible (art. 1281 del mismo cuerpo y Sentencias de 26 de octubre de 1984 y 7 de julio de 1994, entre otras). Asimismo, la STS de 28 de noviembre de 1994 dijo que la esencia negocial de la promesa bilateral

de compra y venta, a que se refiere el art. 1451 del Código Civil, radica en diferir para un momento posterior la perfección y entrada en vigor del contrato proyectado, quedando mientras tanto solamente ligadas las partes por el peculiar vínculo que produce el precontrato, que contiene el proyecto o ley de bases del siguiente y que consiste estrictamente en “quedar obligado a obligarse”.

Por otro lado, como afirmó la sentencia 788/2005, de 13 de octubre, *“el llamado precontrato, contrato preliminar o preparatorio, o pactum de contrahendo tiene por objeto constituir un contrato y exige como nota característica que en él se halle prefigurada una relación jurídica con sus elementos básicos y todos los requisitos que las partes deben desarrollar y desenvolver en un momento posterior (SSTS 23 diciembre de 1995; 16 de julio 2003, entre otras), cuya efectividad o puesta en vigor se deja a voluntad de ambas partes contratantes”*. Por tanto, el precontrato supone *“el final de los tratos preliminares y no una fase de ellos”* (sentencias de 3 de junio de 1988, 13 de octubre de 2005 y 8 de febrero de 2010).

Para responder a los interrogantes que lanzábamos, debemos hacer un recorrido, breve, sobre la naturaleza jurídica del precontrato; un aspecto discutidísimo durante el siglo XX sobre el que parece haber cesado la tormenta doctrinal existente y que mece al precontrato en una especie de calma chicha institucional, pese a la confusión terminológica subsistente (véase que el Tribunal Supremo tanto habla de diferir a un momento posterior la perfección como la entrada en vigor del contrato, que son dos cosas diferentes).

La doctrina y jurisprudencia clásicas esbozaron una primera tesis sobre su naturaleza, precisamente desconectada de la práctica. Las partes intervinientes en un precontrato se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo, hoy meramente proyectado, pactando ya desde el momento inicial el contenido del mismo. Del precontrato solo surge la obligación de contratar. Una “obligación de obligarse” que reconducía la prestación a las obligaciones de hacer y sus características: cuando el *facere* consistía en una declaración de voluntad, se consideraba personalísimo y, por consiguiente, era también incoercible y en caso de incumplimiento no cabe ejecución forzosa (sin perjuicio de que las más recientes reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil permiten el cumplimiento forzoso en forma específica, incluso en la

prestación de consentimientos contractuales; v. gr. Artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Además, esta tesis clásica separaba el precontrato y el contrato definitivo de una forma especialmente criticable, ya que los requisitos especiales de forma y capacidad del contrato definitivo no eran exigibles en el precontrato, que solo exigía la capacidad general para contratar. Por uno y otro motivo, cabía preguntarse entonces ¿por qué habría alguien en su sano juicio de acudir al precontrato si, al final, había que prescindir de él para celebrar uno nuevo?

El siguiente paso doctrinal fue, precisamente, negar la mayor: el precontrato no existe. En realidad, lo que se postula es la equiparación absoluta entre el contrato preliminar y el contrato definitivo. Al ser el segundo contrato un acto debido, ya no sería un verdadero contrato. Y ello, además, con un argumento práctico indiscutible: su escasa utilidad. Si el eventual cumplimiento forzoso lo único a lo que obligaría al contratante rebelde es a emitir una nueva declaración de voluntad y volver a obligarse, quedaría aún pendiente el cumplimiento del contrato, y con ello el interés contractual del otro contratante.

Como hemos visto, la jurisprudencia ha confirmado las llamadas tesis modernas del precontrato, que partían de un lugar común: **queda superada la necesidad de prestar un nuevo consentimiento**, de forma que el objeto de la promesa de contrato no es la celebración del contrato definitivo, sino **su puesta en vigor, su consumación**. Se pretende una inicial vinculación entre las partes, pero sin provocar todavía la inmediata eficacia del negocio.

Así, para DE CASTRO, el precontrato es una etapa preparatoria de un *iter* negocial complejo de formación sucesiva, en la que hay dos fases con una clara unidad funcional: “*No hay dos contratos, sino el desarrollo en dos momentos de una compleja relación contractual. No hay que exigir, ni se puede exigir el hacer una nueva declaración contractual*”¹. La relación queda abierta desde el principio, pero queda reservada a una o a ambas partes la facultad de exigir posteriormente la puesta en vigor del contrato proyectado, desplegándose desde ese momento la eficacia del contrato. **Aquella unidad funcional permite exigir en el precontrato los requisitos de capacidad y forma que exija el contrato definitivo, pues desde el momento en que se**

¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., “La promesa de contrato, algunas notas para su estudio”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1950, p. 1182

celebra el precontrato puede ser obligado a cumplirlo. Por consiguiente, el precontrato origina una vinculación jurídica que vive con plena sustantividad mientras no se exija su cumplimiento o se extinga la relación por alguna causa. Si la promesa es bilateral, se crea en favor de cada una de las partes la facultad de exigir su cumplimiento. Si es unilateral, aparece solo a favor de uno de los contratantes.

De esta breve digresión podemos extraer diferentes conclusiones:

- Conceptualmente, **la promesa de venta** parece ubicarse dentro de la llamada tesis clásica del precontrato, por el que las partes que firman este “contrato de arras” se obligan a celebrar en el futuro el contrato de compraventa, generalmente en escritura pública y así vincularse en el contrato definitivo. Recordemos que en este contrato el vendedor se obliga a vender y el comprador se obliga a comprar.
- Sin embargo, **el precontrato** habría sentado ya las bases del contrato definitivo, no siendo necesaria la emisión de nuevos consentimientos, sino solo la ejecución de la facultad que determina la entrada en vigor de la reglamentación contractual. Nos encontraríamos ante un título, un contrato perfecto de compraventa, pendiente únicamente del modo. Puede, incluso, que no sea necesario el concurso del vendedor para el otorgamiento de la escritura y con ello la transmisión de la propiedad en virtud del artículo 1462 del Código Civil. Esto es lo que ocurre con las opciones de compra (que, para nosotros, son precontratos en la concepción que defiende DE CASTRO), cuando se pacta el otorgamiento unilateral de la escritura por el optante.

Este potentísimo efecto del precontrato (defender la existencia de un contrato perfecto y válido de compraventa) no nos parece, sin embargo, propio del contrato de arras o de reserva. Y no porque las partes no lo puedan configurar de esta forma (como un precontrato), que sería perfectamente posible (aunque ello haría prácticamente ineludible, en nuestra opinión, que aquel precontrato se formalizara en escritura pública por la complejidad del mismo), sino porque existe un elemento disruptivo de doble índole que convierte estos contratos en una *rara avis* en el tráfico actual: la voluntad de las partes, el objetivo efectivamente perseguido.

Y es que, en primer lugar, no es baladí que en estos contratos las partes **se obliguen “a vender y transmitir” y a “comprar y adquirir”** una cosa determinada y por un precio cierto, y de esta forma a otorgar en un plazo concreto la correspondiente escritura pública, elevando así la forma a la categoría de elemento esencial del contrato por obra de aquella voluntad. Si las partes no quieren transmitir y adquirir en el momento en que suscriben este particular contrato, no podemos llegar a la conclusión de que, cuando el plazo pactado transcurre y se puede exigir la entrada en vigor de la reglamentación contractual, existe un título válido para producir una modificación jurídico real. No podemos transformar la voluntad de las partes, no podemos convertir un pacto de reserva en uno de transmisión del dominio. **No es lo mismo obligarse a vender que vender.** Y prueba de ello es, en segundo lugar, la existencia de las arras. En todos estos contratos existen arras o señal, un porcentaje determinado del precio futuro que es entregado en el momento de su suscripción. Y del mismo modo en la inmensa mayoría de ellos, la función atribuida a aquellas arras es penitencial. **La prueba patente de que la promesa de venta no es un pre-contrato de venta es la existencia de las arras penitenciales.** Las arras operan en este caso como una obligación facultativa, que permite a las partes liberarse de su obligación (la venta que se ha de realizar) cumpliendo una prestación diferente; usualmente, perder las arras el comprador o devolverlas duplicadas el vendedor.

Desde nuestro punto de vista, esto no significa que no podamos encontrarnos ante un precontrato de compraventa en el que medien arras, incluso penitenciales. Lo que ocurre es que **atribuir los potentes efectos del pre-contrato de compraventa a estos “contratos de arras o reserva” excede con mucho a la voluntad de las partes manifestada en ellos** (especialmente si analizamos en profundidad la ausencia de rigor jurídico y asesoramiento existentes en su génesis), por lo que creemos que debe reconducirse aquella a sus justos términos.

Recordemos en este punto la clarividencia del artículo 1451: *“La promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato”*. Ese derecho de los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato es un apoyo legislativo irrefutable

a la tesis defendida por DE CASTRO en cuanto al precontrato. El contrato ya estaba perfeccionado, quedaba pendiente de entrar en vigor la reglamentación jurídica, pero una vez el plazo transcurre, una vez se produce aquella vigencia, el contrato definitivo no queda pendiente de perfección, sino de cumplimiento. Por eso creemos que el artículo 1451 no puede aplicarse a un contrato de reserva en el que el objeto del contrato es apartar del tráfico una cosa y garantizar un precio, pero no cerrar la operación. Sería un precepto dispositivo, y así los contratantes atribuirían a su promesa de venta los efectos estipulados en el contrato de arras o reserva.

Puede pensarse que la cuestión es pura disquisición teórica, pero no nos lo parece. Veámoslo con un ejemplo. Entre las formas de *traditio ficta* se encuentra la *traditio brevi manu*, a la que se refiere el Código Civil para los bienes muebles en el artículo 1463. Para nosotros, ese “acuerdo de los contratantes” a que se refiere el Código, requiere una exteriorización del acuerdo de tradición, como sustituto de aquel acto de desplazamiento posesorio. Un acto expreso (la entrega) se sustituye por otro (un acuerdo de entrega). No obstante, un sector doctrinal considera que no necesita una formalización expresa diferente de la que contiene el título (la venta, por ejemplo). Siguiendo esta tesis, si un comprador y un vendedor celebraran uno de estos “mal llamados contratos de arras” en los que se obligan a comprar y vender y a otorgar la escritura de venta en un plazo determinado, con la circunstancia adicional de que son, respectivamente, arrendatario y arrendador de la cosa objeto del contrato, si consideráramos que aquel contrato de arras encierra un precontrato de compraventa, un sector doctrinal entendería cumplido el modo con la *traditio brevi manu* que, para este sector insistimos, no requiere nuevo acuerdo de entrega.

Podemos avalar esta conclusión con otro ejemplo. Pensemos en el caso de que ambos contratantes, celosos de su seguridad y con gran respeto hacia la institución notarial, acudieran al despacho del notario solicitando formalizar en escritura pública el contrato de arras. Pensemos también que desoyen los consejos del notario de acudir a otras formas más efectivas de garantizar sus respectivos intereses, como la opción de compra. Los comparecientes quieren que su contrato de arras, el que les han proporcionado en la inmobiliaria, tenga forma documental pública. El notario, con todas las advertencias, deberá redactar esa escritura que, esperemos, nominará como

“escritura de reserva de bien inmueble por precio determinado con pacto de arras penitenciales”, en la que el vendedor se obligará a vender y el comprador se obligará a comprar, también en escritura y también, esperemos, autorizada por el mismo notario. ¿Sería posible entonces defender que llegado el término del plazo el comprador pudiera presentar su “escritura de arras” en el Registro de la Propiedad alegando la tradición instrumental del artículo 1462 del Código Civil? No nos lo parece, especialmente si tenemos en cuenta que el artículo 1462 entiende que la tradición instrumental exige que de la misma escritura no se deduzca lo contrario. No hay nada más lejano de la venta, del *animus transferendi et accipiendi dominii*, que la promesa de venta, y es que, como dijera Francisco de Quevedo, “*nadie ofrece tanto como el que no va a cumplir*”.

Por último, la calidad del consentimiento emitido no parece muy propia del poderoso efecto del precontrato. Estos contratos de arras no suelen llevar aparejada una adecuada investigación jurídica del objeto, análisis y reflexión sobre las eventuales cargas o limitaciones a las facultades dispositivas. Por no hablar de la exigencia de requisitos o autorizaciones especiales, que en esta fase ni se atisban. De nuevo, el clausulado de estos contratos, la voluntad manifestada de los firmantes, nos pone sobre la pista. La pérdida o recuperación doblada de las arras se hace depender de una voluntad manifiesta o de la imputabilidad de una conducta concreta a una de las partes. Por ejemplo, si la venta no puede formalizarse en plazo porque una de las cuotas indivisas está pendiente de adjudicación entre los herederos y uno de ellos bloquea la situación (aunque los actuales expedientes de nombramiento de contador-partidor dativo y de aprobación notarial de la partición así efectuada, aceleran sustancialmente la cuestión), el comprador reclamará la recuperación doblada de las arras por no haberse firmado la escritura, el contrato de compraventa, en plazo.

III. LA PELIAGUDA CUESTIÓN FISCAL

Un eventual incremento de la intervención notarial en la fase preparatoria produciría un enorme esclarecimiento de las nebulosas existentes en torno a las arras. Sin embargo, el principal escollo en este desiderátum lo

plantea, precisamente, la cuestión de su fiscalidad. KUTZ AZQUETA², por un lado, incidiendo además en la recomendable utilización de las actas notariales de depósito como una forma de aumentar la seguridad en la entrega de las arras, y BARRIO DEL OLMO³, por otro, han resumido con maestría las complicaciones fiscales de esta etérea figura. Nos limitamos a seguir su estela y plantear como, una vez más, la agilidad del tráfico y la seguridad jurídica se ven oscurecidas, apartadas del foco (la luz del asesoramiento notarial), por cuestiones fiscales.

Por un lado, el artículo 14.2 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone: *“Las promesas y opciones de contratos sujetos al impuesto serán equiparadas a éstos, tomándose como base el precio especial convenido, y a falta de éste, o si fuere menor, el 5 por 100 de la base aplicable a dichos contratos”*. Si se trata de la concesión de una opción, la base imponible de la compraventa definitiva no se ve reducida por lo satisfecho en concepto de prima de opción, aunque así se haya pactado en el contrato. Es doctrina constante de la Dirección General de Tributos y de la jurisprudencia autonómica y económico-administrativa. Concesión de la opción y compraventa definitiva constituyen dos operaciones diferentes, dos hechos imponibles distintos y, por tanto, dos bases imponibles independientes.

Vemos aquí que subyace la idea de que el patrimonio del optante se ve alterado por la entrada en el mismo, con la concesión de la opción de un poder especial, valuable económicamente y ello independientemente de que la propiedad de la cosa de adquiera o no (siendo la transmisión patrimonial el hecho imponible gravado). Esta cuestión, sin embargo, es fácil de sostener. Sea cual sea la naturaleza del derecho de opción, real o personal (para nosotros, indudablemente lo segundo; cuestión que excede del propósito de estas líneas y en la que no podemos profundizar), es indiscutible que el

² KUTZ AZQUETA, J., “Arras ante notario”, *El Notario del Siglo XXI*. Disponible en: <https://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/10510-arraas-ante-notario>

³ BARRIO DEL OLMO, C. P., “Fases preparatorias de la compraventa: régimen tributario y casi inexistente intervención notarial”, *El Notario del Siglo XXI*. Disponible en: <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-85/9384-fases-preparatorias-de-la-compraventa-regimen-tributario-y-casi-inexistente-intervencion-notarial>

optante adquiere un derecho que le otorga una facultad especial, distinta de la del dueño y, por tanto, susceptible de ser gravada independientemente. En el resto de los casos es más complicada de defender esta tesis, tan alejada de la concepción civil de la transmisión (auténtico hecho imponible).

Si la compraventa se encuentra sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido, el hecho imponible lo constituyen, según el artículo 4 de su ley reguladora, las entregas de bienes y prestación de servicios, las adquisiciones intracomunitarias e importaciones de bienes. No mediando entrega como tal, más allá de lo que hemos dicho, no resulta sorprendente que la opción se catalogue como “prestación de servicios” por el fisco.

¿Pero pueden extenderse estas consecuencias a ese mal llamado contrato de arras? Vemos aquí que las dudas sobre estos mal llamados contratos de arras cobran una gran importancia. Podríamos responder afirmativamente, en caso de que los equiparemos al precontrato (del que la opción es, decíamos, una modalidad). Únicamente quedaría el consuelo de que no tributaría por la cuota gradual de Actos Jurídicos Documentados, en concurrencia con el IVA, ya que no es un título inscribible.

¿Y si negamos tal equiparación? Citando a BARRIO DEL OLMO⁴: “*En otras ocasiones, las arras se pactan en una promesa de compraventa respecto a la que no existe acuerdo en doctrina ni jurisprudencia sobre su concepto y efectos jurídicos, debatiéndose si el artículo 1451 CC se refiere a la promesa unilateral y a la bilateral [...], lo cierto es que a ambas se les aplica la fiscalidad propia de las promesas (art. 14 TRLITP y arts. 24 y 50. 5 RITP) tributando sin perjuicio de la fiscalidad propia de la compraventa, es decir, al celebrarse ésta el cinco por ciento de la base aplicable o cantidad superior entregada a cuenta tributará de nuevo por el mismo impuesto*”. Imagínese el práctico la complicación adicional si del texto del contrato no se deduce claramente si estamos ante un contrato privado de compraventa, uno de reserva, una promesa de venta o un precontrato.

No es sencillo, desde luego, arrojar luz sobre esta figura (aunque lo hayamos intentado, desde el punto de vista sustantivo), por otro lado, tan extendida en la práctica. Lo que sí resulta fácil de explicar es el porqué de

⁴ *Op. cit.*

aquella oscuridad. Si de una creciente intervención notarial pudiera derivarse una mayor clarividencia de la figura, las dudas de su repercusión fiscal y la incertidumbre de su tratamiento alejan indiscutiblemente a esta figura de aquel foco, manteniendo las arras, como dice BARRIO DEL OLMO, “*en la opacidad al fisco de los documentos privados*”, con la consecuente merma de agilidad y seguridad jurídica (añadimos nosotros).

IV. ALGUNAS CUESTIONES INTERESANTES SOBRE LAS ARRAS PENALES

La función penal de las arras, por su conexión con la cláusula penal en los contratos, es la que más interés suscita, desde el punto de vista práctico. Nos detenemos en ella para destacar algunos aspectos.

1. El supuesto de hecho: falta de cumplimiento

El artículo 1152 del Código Civil establece el supuesto de hecho en el que se subsume la consecuencia jurídica de la exigibilidad de las arras penales: “*En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y el abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado.*”

Sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuere exigible conforme a las disposiciones del presente Código”. La referencia última a las disposiciones del Código implica que la pena, salvo que otra cosa se haya pactado, será exigible tanto en caso de un incumplimiento total, como de cumplimiento defectuoso, incluyendo el cumplimiento tardío. Este supuesto, no obstante, no tiene la entidad jurídica de condición propiamente dicha, sino que opera como una *conditio iuris*.

En nuestra opinión, la interpretación del artículo 1152 entronca con la facultad resolutoria de las obligaciones recíprocas del artículo 1124. La identidad de razón entre una y otra es palpable, hasta el punto de que el propio 1124 también permite obtener al perjudicado por el incumplimiento el resarcimiento de los daños causados. La jurisprudencia más antigua sobre el artículo 1124 exigía para la resolución la **voluntad del comprador**

deliberadamente rebelde al cumplimiento (SSTS 5/6/1944, 1/2/1967, 6/7/1989). Sin embargo, modernamente, el Alto Tribunal ha prescindido del elemento volitivo para pasar a adoptar un criterio objetivo (SSTS 20/12/1989, 24/10/1998, 10/5/2007, 4/7/2011). Así, es la **frustración del fin práctico del contrato, la falta de consecución del fin económico y jurídico perseguido con el contrato**, lo que determina la viabilidad del 1124. No puede excusarse la resolución sobre la base de la más de las predisuestas voluntades de cumplir si lo que se ha producido es un incumplimiento objetivo basado en una conducta voluntaria obstativa del cumplimiento, salvo que entren en juego otros aspectos (por ejemplo, la eventual aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*). De esta forma, el fin práctico del contrato podría quedar frustrado con un mero retraso o con un cumplimiento parcial. Son conclusiones perfectamente extrapolables a la cláusula penal.

2. La facultad de moderación del juez

El artículo 1154 del Código Civil atribuye al Juez la facultad de **modificar equitativamente** la pena cuando la obligación principal hubiera sido **en parte o irregularmente** cumplida por el deudor. Sobre el artículo 1154 han corrido ríos de tinta, cuyas crecidas han producido efectos devastadores y que parten de una clara falta de comprensión de la finalidad del precepto.

La regulación del Código Civil sobre la cláusula penal parte de una premisa fundamental: en caso de incumplimiento total se deben resarcir los daños y perjuicios, tal y como han sido cuantificados con las arras penales entregadas. Habida cuenta de ella, el propio legislador matiza su tesis para adaptarla a la realidad del tráfico. No todos los casos serán de incumplimiento total, como veíamos. A veces, la exigibilidad de la pena podrá haber sido causada por un cumplimiento parcial o irregular. En este caso, ¿debe exigirse una pena inicialmente pensada para un incumplimiento total? ¿No cabe encontrar en la aplicación equitativa de las normas que propugna el artículo 4 del Código alguna solución? Para no dejar al arbitrio del azar esta circunstancia, se explicita tal facultad moderadora con base en la equidad en el artículo 1154. El mandato del legislador es claro: **si la pena está calibrada en base a un incumplimiento total y el deudor ha desplegado una ac-**

tividad dirigida al cumplimiento, aunque este no haya tenido lugar en los términos pactados, modifíquese aquella de acuerdo con la equidad.

Aparentemente sencillo y, sin embargo, mal entendido. Un importante sector doctrinal, auspiciado por la jurisprudencia hasta fechas recientes, defendía la obligatoriedad de la modificación de la pena en caso de que se hubiera producido un cumplimiento parcial o defectuoso y la pena se hubiera fijado precisamente para ese supuesto, obviando así la autonomía de la voluntad que el propio 1152 declara preferente “si otra cosa no se hubiere pactado”. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2020 reconoce que **la facultad moderadora no cabe cuando se ha previsto que la pena tenga lugar en un determinado caso y tal es el que acontece.** Es decir, si se prevé el pago de una pena para el caso de, por ejemplo, falta de pago del precio aplazado, una vez pagada una parte en el momento de perfección del contrato o una vez pagadas las arras, el comprador no podrá pedir una disminución de aquella pena so pretexto de ese primer pago realizado.

Además, el Tribunal Supremo en sus sentencias de **13 de septiembre de 2016** y de **1 de enero de 2017** ya nos recordaba la existencia en la “Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos”, elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión de General de Codificación y que publicó el Ministerio de Justicia en el año 2009, de un artículo 1150 del siguiente tenor: “*El Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido*”.

Por otro lado, el Tribunal Supremo es **constante en rechazar la moderación de las cláusulas penales moratorias**, por ser el mero retraso por sí solo inconciliable con los conceptos de incumplimiento parcial o irregular contemplados en el 1154.

3. Las penas irrisorias o excesivas

Cuando se cuantifica a través de las arras penales la indemnización de daños y perjuicios derivada del incumplimiento, puede ocurrir que tal cuan-

tificación no haya sido adecuadamente estimada. Bien por tratarse de contratos de tracto sucesivo o larga duración, bien por existir un importante lapso de tiempo entre la perfección o la consumación, bien por producirse un cambio de circunstancias (aunque insuficiente para que entre en juego la cláusula *rebus sic stantibus*), puede que una de las partes vea en las arras penales un camino de liberación. Es decir, que se intente utilizar con una finalidad de desistimiento. Puede ocurrir con una **pena manifiestamente irrisoria**. No habría en este caso más solución que impugnar la cláusula contractual que la contenga por vulnerar el principio de irrevocabilidad de los contratos. Si se utiliza la pena con esta finalidad, de forma que aquella no cubra adecuadamente los daños causados, nos estaríamos encontrando ante una auténtica exoneración de responsabilidad de manera que habría quedado al arbitrio de una de las partes el cumplir o no con su contrato.

¿Y si la pena fuera **excesiva**? El BGB alemán contiene, en su parágrafo 343 la posibilidad de la rebaja de la pena en caso de que una pena eficaz fuera desproporcionadamente elevada, pero siempre antes de su satisfacción, por vía de sentencia y a petición del deudor. Nótese que la palabra “desproporcionadamente” que utiliza el BGB alemán puede llevarnos a equívoco: lo desproporcionado es aquello que no guarda proporción, ¿proporción con un cumplimiento parcial o irregular? No, el legislador alemán no se está ocupando aquí de la modificación equitativa de la pena en proporción al cumplimiento realizado, sino de la rebaja de una pena excesiva; desproporcionada, diríase, respecto de las penas usualmente estipuladas.

¿Puede interpretarse el artículo 1154 en un sentido similar? La facultad moderadora del 1154, como veíamos, no tiene por objeto reducir penas excesivamente elevadas sino ajustarlas de modo proporcional al cumplimiento parcial o irregular. Si ha habido un incumplimiento total y el perjudicado considera elevada la pena, parece que no podría acudir a la facultad moderadora del juez.

La doctrina ha subrayado algunas excepciones:

- a) la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, reputa abusiva en su anexo la cláusula que produzca el efecto de

imponer al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta.

- b) Hay muchos autores que creen que una pena tan alta que encubriera un pacto usurario sería nula por la aplicación de la Ley de Usura de 1908.
- c) El Tribunal Supremo ha defendido (sentencias citadas de **13 de septiembre de 2016** y de **1 de enero de 2017**) que parece compatible con el principio *pacta sunt servanda* modificar judicialmente la pena, aplicando el artículo 1154 por analogía, cuando aquella exista una diferencia extraordinariamente elevada. Será necesario que tal diferencia se haya producido por un cambio de circunstancias imprevisible al tiempo de contratar, de forma que el resultado dañoso efectivamente producido se haya separado de manera radical, en su entidad cuantitativa, de lo que fue razonablemente previsible cuando se estipuló la cuantía de los daños y perjuicios, al tiempo de contratar.

Dice el Tribunal Supremo que aplicar en este caso la pena en los términos pactados resultaría tan incongruente con la voluntad de los contratantes, como hacerlo en caso de que la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor. Nótese que no es más que una aplicación concreta de los términos de la cláusula *rebus sic stantibus* para restaurar el equilibrio contractual según las iniciales previsiones de las partes y la buena fe contractual.

4. Las arras penales en relación con el artículo 1504 del Código Civil

Excede con mucho del propósito de estas líneas hacer un análisis exhaustivo, pero es de sobra conocida la interpretación que de los artículos 1504 del Código Civil y 59 del Reglamento Hipotecario hace la Dirección General, reduciendo a la nada más absoluta la viabilidad y utilidad práctica del pacto de *lex commissoria*.

Ahora bien, en lo que a las arras se refiere, es especialmente criticable la exigencia defendida por el Centro Directivo que obliga, para lograr la reinscripción del dominio a favor del vendedor, a la consignación del “valor

de los bienes o el importe de los plazos que, con las deducciones que en su caso procedan, haya de ser devuelto”, por aplicación del ya reseñado 175.6^a del Reglamento Hipotecario. El progresivo endurecimiento de la interpretación de estos artículos ha llevado a que, a día de hoy, la consignación tenga que tener lugar no solo cuando hay terceros (adquirentes posteriores o titulares de cargas), sino cuando no los hay y la cuestión debe ventilarse, exclusivamente, entre vendedor y comprador. En un caso así, el 175.6^a no debería tener aplicación porque carece de presupuesto habilitante: busca proteger a ese tercero con la subrogación real de las cantidades en el lugar de la cosa.

¿Y si se han pactado arras penales? ¿Qué ocurre con las cantidades entregadas si se ha pactado que sean retenidas por el vendedor en concepto de daños y perjuicios? Para la Dirección General, la consignación debe tener igualmente lugar. No puede dejar de cumplirse porque puede tener lugar la corrección judicial del artículo 1154 y no se puede pactar lo contrario en la escritura. ¿Y si efectivamente se modifica la pena, donde queda el efecto subrogatorio? A esta refutación responde la Dirección General atribuyendo a tal subrogación un carácter provisional.

Centrándonos exclusivamente en la cuestión relativa a las arras penales, la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo aludida debe desvirtuar el argumento de la Dirección General. En caso de que se haya rescindido el contrato por falta de pago del precio y se hubiera pactado la retención de las cantidades recibidas como pena, **claramente se ha especificado por la voluntad de las partes el supuesto en que aquella es exigible**. El Tribunal Supremo analizaba este caso en la sentencia de 23 de junio de 2020 llegando a la misma conclusión: no hay moderación del artículo 1154 cuando se pacta que la pena sea exigible en caso de incumplimiento parcial. Todo ello sin perjuicio de que **la Dirección General acuda al tenor literal de precepto con una evidente inteligibilidad a la carta y obvie la más que clara excepción de “con las deducciones que en su caso procedan”**. ¿Qué caso será ese si no el de la voluntad de las partes?

Derecho civil autonómico



REVOCACIÓN DE DONACIÓN Y FINIQUITO DE LEGÍTIMA EN EL DERECHO DE MALLORCA-MENORCA

(A propósito de una sentencia de la AP de Palma de 17 de marzo de 2022)

REVOCATION OF DONATION AND SETTLEMENT OF LEGITIMATE IN THE LAW OF MALLORCA-MENORCA

(Regarding a judgment of the AP of Palma of March 17, 2022)

Carlos Jiménez Gallego

Notario de Palma de Mallorca

Miembro de la R.A. de Jurisprudencia y Legislación de Baleares

Resumen: en el presente trabajo se trata de justificar cómo la donación, aunque el donatario dé finiquito de legítima, y aunque forme parte de un negocio más complejo que tenga una cierta onerosidad, es, desde el punto de vista del Derecho civil, un negocio a título gratuito, susceptible de ser revocado por ingratitud, postura contraria a la mantenida por la SAP de Palma de 17 de marzo de 2022, que aquí se comenta y que basa su postura en la pretendida onerosidad de la donación vinculada a una reciprocidad.

Palabras clave: donación, legítima, onerosidad, revocación.

Abstract: in the present work, we try to justify how the donation, even if the donee gives legitimate settlement, and although it is part of a more complex business that has a certain cost, is, from the point of view of civil law, a business under title free, susceptible to being revoked for ingratitude, a position contrary to that maintained by the SAP of Palma of March 17, 2022, which is discussed here and which bases its position on the alleged onerousness of the donation linked to reciprocity.

Keywords: donation, legitimate, burdensomeness, revocation.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EL SUPUESTO DE HECHO Y LAS DECISIONES JUDICIALES
- III. COMENTARIO (CRÍTICO)
 - 1. La doctrina
 - 2. La jurisprudencia del TSJ
 - 2.1. Sentencia de 28 de mayo de 1992
 - 2.2. Sentencia de 20 de diciembre de 2001
 - 3. Nuestra postura
 - 3.1. ¿Es la donación con definición una donación modal?
 - 3.2. ¿Es la donación con definición una donación onerosa?
- IV. CONCLUSIÓN
- V. NOTAS DE BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

La donación con finiquito de legítima (“diffinitio”, que se traduce, un tanto impropiaemente, como “definición”) por el donatario es una figura jurídica del Derecho de las Islas Baleares muy usada, especialmente desde el momento en que fue equiparado su tratamiento en el impuesto de sucesiones y donaciones a la sucesión *mortis causa*. Su regulación vigente data de la reforma de la Compilación de 1990 (Ley 8/90, de 28 de junio y Decreto legislativo 79/1990, de 6 de septiembre), solo modificada en cuanto a algún retoque formal por la ley de reforma de 2017 (Ley 7/2007, de 3 de agosto), si bien esta última extendió su aplicación, como gran novedad, al Derecho de Menorca.

El comentario que sigue no se refiere al Derecho de Ibiza-Formentera, ya que el objeto de aquel es una sentencia de la Audiencia provincial de Palma que se refiere a un caso regulado por el Derecho de Mallorca. Por el contrario, todo lo que aquí se dirá vale igualmente para el Derecho de Menorca, que no presenta en esto ninguna diferencia con el de Mallorca.

La posibilidad, o no, de revocación de la donación por ingratitud del donatario y sus consecuencias sobre el finiquito de legítima ha sido desde hace décadas una cuestión discutida, en tanto que materia no tratada de forma expresa por la Compilación.

La Audiencia provincial de Palma ha dictado, en fecha 17 de marzo de 2022, una sentencia en contra de la revocación, contra el criterio de la sentencia de primera instancia, con apoyo en alguna sentencia anterior del Tribunal superior de justicia de Baleares. Un fallo que no puede decirse que sorprendiera del todo, pero que quien suscribe estas notas no puede compartir, según se va a tratar de explicar a continuación.

Esta sentencia de la Audiencia provincial reitera, con apoyo de algunas opiniones doctrinales, la aplicación al supuesto de la donación con finiquito de legítima de términos tales como onerosidad, reciprocidad, donación modal e incluso donación onerosa, término este último que es la base del fallo.

La decisión de la AP, como se va a intentar demostrar, resulta incoherente con los efectos que la Compilación y el Código civil disponen para la donación.

A modo de presentación: la AP ha resuelto que la donación con definición no puede ser revocada por ingratitud del donatario porque es un negocio oneroso. La onerosidad se da porque hay contraprestaciones por ambas partes. La contraprestación de la donataria es la carta de pago que otorga.

En concreto: un padre no puede revocar la donación que hizo a su hija, tras haber sido condenada esta por sentencia penal firme por delito de coacciones contra su padre, porque la hija declaró, al adquirir las fincas por donación, que se daba por pagada de la legítima y esta declaración, según la AP, convierte al negocio de donación en un contrato oneroso que se rige por las reglas de los contratos. O lo que es lo mismo: no puede regirse por las reglas de las donaciones.

Esto es asumido pacíficamente por algunos estudiosos de la Compilación pero resulta chocante a muchos juristas prácticos, por no decir a gente no conocedora de la materia, incluidos juristas, como lo ha presenciado y escuchado quien suscribe este comentario. Y es que a primera vista, pero vamos a intentar demostrar que también tras un estudio del asunto es incoherente y va contra el sentido común, por muchos o pocos argumentos que se puedan encontrar en su justificación, siendo uno de los principales una “onerosidad” entendida de manera desquiciada.

Este comentario no pretende ser un “juicio paralelo” de los hechos objeto del pleito y se realiza con todo respeto a los magistrados de la Audiencia, a algunos de los cuales el autor, que por otro lado no tiene el más mínimo interés en el caso de autos, conoce y trata en buena relación de amistad desde hace muchos años. La crítica se refiere solo a la doctrina.

II. EL SUPUESTO DE HECHO Y LAS DECISIONES JUDICIALES

Un padre donó a dos de sus hijas, en nuda propiedad, varias fincas en escritura otorgada el 21 de abril de 2020 y, en contemplación a dicha donación, ambas hijas otorgaron definición de legítima y asumieron además la obligación de pagar a otros hermanos unas determinadas cantidades de dinero.

Con posterioridad, una de las donatarias fue condenada por sentencia, que devino firme, como autora de un delito de coacciones contra su padre y este decidió revocar la donación por ingratitud, al amparo del art. 648 del Código civil, comunicándolo a la donataria mediante acta notarial de fecha 15 de mayo de 2018.

Ante la negativa de la donataria a aceptar la pretensión de su padre, este interpuso demanda solicitando la revocación de la donación, la declaración de validez de la definición y la validez de los compromisos económicos asumidos por la donataria frente a sus hermanos. La hija se opuso alegando que la donación con definición es irrevocable y que, en cualquier caso, la conducta de la hija no tenía suficiente entidad para permitir la revocación.

Por otro lado, la donataria había realizado unas obras en una de las fincas y reconvino para reclamar una cantidad del dinero a su padre en caso de que se admitiera la revocación.

La sentencia de primera instancia (juzgado nº 4 de Manacor) estimó que la revocación era válida, la eficacia de la definición se mantenía y rechazó que se mantuvieran los compromisos económicos de la donataria en favor de sus hermanos. En cuanto a la reconvención, rechazó la misma por entender que el régimen aplicable era el propio del comodato y que en todo caso la hija había sido nudo propietaria.

La hija recurrió en apelación, alegando el carácter oneroso e irrevocable de la donación con definición y el error de la sentencia al revocar una parte del contrato oneroso (la donación) y dejar subsistente la otra (el finiquito de legítima o “definición”).

El padre alegó que la donación es perfecta antes de la definición, que la donación con definición no es una donación sujeta a condición ni a modo y que no hay sinalagma entre donación y definición, aunque se conciba el contrato como bilateral y oneroso.

La AP expone, previamente al fallo, que la opinión doctrinal mayoritaria es favorable a la irrevocabilidad, que hay precedentes jurisprudenciales en el mismo sentido, como las sentencias del TSJ de las Islas Baleares de 28 de mayo de 1992 y 20 diciembre de 2001, y ha tenido en cuenta la siguiente opinión recogida en el *Boletín XV de la R.A. de jurisprudencia y legislación de las Islas Baleares* (correspondiente al año 2014): “hay acuerdo (*de los académicos*) sobre la consideración de que las donaciones constitutivas de la atribución patrimonial no pueden considerarse donaciones puras y simples, en las que resplandezca el *animus donandi*, por lo que queda excluida su posibilidad revocatoria por las causas previstas en el Código civil”.

La AP ha fallado que la donación con definición es irrevocable.

Con estas palabras ha expresado su fundamento: “En el marco del negocio jurídico de donación con definición, no resulta posible la revocación de aquella por causa de ingratitud del donatario posterior a la válida perfección del negocio. Entendemos que el carácter oneroso del negocio, cual señala y reafirma la jurisprudencia y la doctrina ya referidas interpretando los términos del art. 50 CDCB —‘en contemplación de’—, sitúa a la donación en el ámbito del art. 622 CC y se rige por las reglas de los contratos, en cuyo ámbito no procede hablar de revocación por ingratitud, sin perjuicio de las facultades del donante para disponer en su sucesión, a través de testamento, lo que libremente considere en razón a la causa invocada para la revocación, de entender que ésta pudiera ser causa de indignidad para suceder, al margen de la presente resolución...” (*lo que sigue no interesa a efectos de este comentario*).

La *ratio decidendi* es, por tanto, el carácter oneroso del negocio, al que la AP aplica el art. 622 CC (“Las donaciones con causa onerosa se registrarán por las reglas de los contratos”).

Sentenciada la irrevocabilidad, todo se mantiene: la eficacia del finiquito y las obligaciones de la donataria respecto de sus hermanos.

III. COMENTARIO (CRÍTICO)

La opinión del que suscribe es que la donación es revocable por causa de ingratitud y tal revocación no priva de efectos al finiquito de legítima.

La AP se apoya en comentarios doctrinales y en dos sentencias anteriores del TSJ. Una crítica de la sentencia tiene que comenzar examinando esto.

1. La doctrina

La sentencia dice que la doctrina se ha pronunciado de forma mayoritaria en favor de la irrevocabilidad.

Sin duda hay autores que han defendido esa postura, pero cabe dudar que la postura sea tan mayoritaria como dice la sentencia. Y en todo caso hay que ver las razones que unos y otros alegan.

Nuestro compañero notario (ya jubilado) y académico Jaime Ferrer Pons defendió que la figura jurídica que comentamos es un pacto sucesorio bilateral, complejo y oneroso. Según este autor, el carácter bilateral fue debatido “en profundidad” al tiempo de la reforma de 1990 y el carácter oneroso se deduce de la expresión “en contemplación” que se entendió “de forma unánime como contraprestación”. La atribución es una parte de un negocio complejo y único, no un mero presupuesto de la declaración de definición (1).

Jaime Ferrer recogió, no obstante, la opinión contraria de Miguel Coll Carreras (q.e.p.d.) y de Tomás Mir de la Fuente, relativa a que no hay contraprestación a favor del donante. Según estos últimos, la atribución patrimonial a favor del renunciante siempre se realiza sin que el transmitente reciba contraprestación. La renuncia no es una contraprestación de la atribución patrimonial, porque el transmitente (donante) no recibe nada. En su caso, quien recibirá algo será el heredero del donante, si es que recibe algo.

El abogado y magistrado jubilado Miquel Masot Miquel mantuvo una postura más matizada que Jaime Ferrer. Señaló que la estructura de la definición supone la concurrencia de dos elementos: la atribución patrimonial

que constituye el presupuesto negocial y la declaración de voluntad renunciativa de los derechos sucesorios. Pero las dos voluntades “convergen en el negocio jurídico de la definición, ya que, aunque la atribución puede preceder a la renuncia —y muchas veces es así—, al otorgar el descendiente la definición sigue viva la voluntad del ascendiente que realizó la atribución precisamente con vistas a obtener dicha renuncia”. Por ello, no hay inconveniente en calificarla como pacto sucesorio. También mantuvo su carácter oneroso, con base en la expresión “en contemplación”, en la línea de una sentencia del TSJ de 28 de mayo de 1992 (2).

La profesora M^a Pilar Ferrer Vanrell, catedrático de Derecho civil de la universidad de las Islas Baleares, hoy jubilada, ha mantenido siempre una postura distinta. Según ella, la *diffinitio* tiene una estructura que se compone de dos elementos: un presupuesto negocial, que ha sido siempre una atribución patrimonial a título lucrativo, que inicialmente fue la dote, y un negocio unilateral, que es la declaración de voluntad del beneficiario de la atribución patrimonial dándose por satisfecho y renunciando a exigir algo más. Es un finiquito y no una renuncia simple. La atribución patrimonial puede ser anterior en el tiempo a la declaración del renunciante o puede ser simultánea, pero nunca posterior. Hay, por tanto, dos negocios y no debe hablarse de “contrato”. El primero es la atribución patrimonial, que por sí sola, es un mero anticipo de legítima. El segundo, que es la *diffinitio* s.s., es la manifestación del atributario que dice que está pagado (satisfecho) con lo recibido y se compromete a no reclamar el suplemento de legítima o los demás derechos sucesorios que le correspondan en la sucesión de ese ascendiente. Se da por satisfecho en vista de lo que ha recibido (“en contemplación”, como dice la Compilación). La renuncia es un negocio unilateral. El uso de la palabra “pacto” fue un recurso de postglosadores y comentaristas para salvar la eficacia de este negocio, que resultaba contrario al Derecho romano. Así, se habló de una renuncia “al modo de un pacto” (*ad modum pacti*). Si la atribución tiene que reducirse por inoficiosa, decae el negocio de “diffinitio” y el hijo que definió tiene que recibir lo que por legítima le corresponda. Pues la definición la ha otorgado por darse por satisfecho con lo que ha recibido. Si ese hijo pierde, contra su voluntad, por reducción por inoficiosa, una parte de lo recibido no puede sostenerse que se tiene que seguir dando por “satisfecho” o pagado. En este caso, la atribución realiza-

da en su día por el ascendiente, queda convertida en un anticipo parcial de legítima (3).

Como se ve, resulta atrevido afirmar que la opinión doctrinal que defiende la onerosidad y bilateralidad es mayoritaria. Varios magistrados del TSJ al tiempo de la sentencia de 28 de mayo de 1992 también señalaron que la mayoría de comentaristas califican la donación con definición de “negocio jurídico bilateral, configurándose por ello como un contrato consensual, aleatorio, de carácter irrevocable y oneroso”. Esta opinión se dio, no obstante, en el voto particular a la sentencia. Pero esto era el año 1992. Resulta discutible que esta opinión pudiera darse ya el año 1992, pero hoy lo es todavía más.

La opinión de los miembros de la Real Academia recogida en el *Boletín XV* que es citada por la sentencia que criticamos (que aparece en la página 486 del *Boletín*) no debe resaltarse tanto. Quien suscribe es miembro de la Real Academia desde el año 2011 y estuvo presente en las deliberaciones de aquel año. La onerosidad fue algo muy discutido y sobre lo que no hubo unanimidad, como expresamente se dice en el *Boletín*. La frase relativa a que hubo acuerdo en que “queda excluida su posibilidad revocatoria por las causas previstas en el Código Civil” suscita perplejidad. Esta conclusión no se deduce de la ponencia presentada por la Prof. Ferrer Vanrell, que fue la ponente del tema, ni es la opinión del que suscribe. Lo que sí quedó claro en las sesiones de la R.A. es que hubo disparidad de opiniones.

La inexistencia de reciprocidad entre donación y definición, y la naturaleza de la donación como auténtica donación, no como donación onerosa, si bien el negocio complejo donación-finiquito de legítima tiene una cierta onerosidad, son ideas que quien suscribe defendió en su libro *Derecho civil de las Islas Baleares*, publicado el año 2019 (4).

2. La jurisprudencia del TSJ

2.1. Sentencia de 28 de mayo de 1992

El Tribunal superior de justicia de las Islas Baleares, en sentencia de 28 de mayo de 1992, señaló, entre otras cosas: “si se admite el criterio de que

negocio oneroso es aquel que impone sacrificios a las partes intervinientes, pero procurándoles también ventajas; y si se atiende a que la definición se inserta normalmente en un negocio jurídico complejo compuesto de dos elementos condicionados —el acto de liberalidad y la renuncia— y que se verifican el uno en función del otro, ya que se dona porque se renuncia y se renuncia porque se dona, habrá que inclinarse por el punto de vista de la onerosidad, dado que con el perfeccionamiento de la definición ambas partes obtienen ventajas a costa de la otra; al ascendiente, porque elimina las limitaciones a la facultad de disponer de sus bienes que surgen de la necesidad de proteger la intangibilidad de las legítimas; y el descendiente, porque recibe una atribución patrimonial que normalmente no se habría entregado hasta la muerte del causante”.

En seguida vamos a criticar esa reciprocidad, que fue una afirmación un tanto gratuita (valga la expresión) de esa sentencia, pues lo decisivo para ese fallo fue la cuestión de la onerosidad. Pero no hay que confundirse. La onerosidad la predicó, en realidad, a pesar de lo transcrito en el párrafo anterior, del negocio complejo donación-definición, no propiamente de la donación. En palabras de la sentencia: son esos sacrificios y ventajas “lo que hace que tal negocio complejo devenga oneroso, aun siendo gratuita la causa de, por una parte, la donación y por otra la renuncia”. Y también señaló que “la causa de la atribución lucrativa que realiza el ascendiente radica en el común propósito de las partes de imputar dicha atribución al pago adelantado de los derechos legitimarios o, en su caso, sucesorios, que corresponderán al descendiente, de manera que este, dándose por satisfecho con cuanto ha percibido, se comprometa a no reclamar nada por tales conceptos en el futuro” (*los subrayados son nuestros*).

Es decir, la donación es una auténtica donación, no un contrato oneroso; ni una donación onerosa. Esto fue la *ratio decidendi*.

La calificación como “donación onerosa” a la que se debían aplicar las reglas de los contratos se dio en los votos particulares a la sentencia. Esta opinión no debe tenerse en cuenta a efectos de considerar cuál es la “jurisprudencia”.

Lo que ha hecho la AP en la sentencia de 17.03.2022 es acoger la doctrina de los votos particulares.

En todo caso, no acabamos de compartir tampoco la doctrina de esa sentencia de 1992.

Efectivamente se trata de un negocio complejo. Pero la frase “se dona porque se renuncia” parece olvidar que la donación puede ser anterior en el tiempo a la definición y, por tanto, la donación no tiene que haber sido hecha para que se produzca la renuncia. Y así ha ocurrido muchas veces. Incluso también hoy, cuando un hijo otorga el finiquito porque su padre le sufragó gastos en el pasado (la compra de un piso, por ejemplo). La simultaneidad puede darse y es usual que se dé, pero no tiene por qué ser siempre así. Pero es que, y esto es lo importante, aunque sea simultánea, la donación es perfecta sin *diffinitio*. El ascendiente dona y el descendiente acepta.

Por otro lado, el donatario no renuncia *directamente* a nada. El donatario dice que se da por pagado de la legítima. No renuncia a la legítima, sino lo contrario: la cobra. Declara que lo recibido es suficiente. La renuncia a una eventual acción de suplemento, si es que tuviera derecho a pedir un suplemento, que efectivamente se da, es un efecto legal. No hay expresa declaración de voluntad del donatario de renunciar a nada. Es más, en la práctica, es algo que el notario explica (tiene que explicar) al hijo para que le quede clara la consecuencia de lo que hace.

2.2. Sentencia de 20 de diciembre de 2001

El supuesto de esta sentencia, en lo que ahora interesa, fueron dos definiciones (a la herencia paterna y a la materna) hechas por los hijos (y un nieto cuya madre había fallecido). Unos descendientes habían recibido donaciones del padre y otros de la madre, pero todos los descendientes otorgaron finiquito de legítima de las dos herencias. Se alegó por el impugnante del negocio, entre otros motivos, que dado que la donación con definición es un negocio oneroso y bilateral, según se deduce de la sentencia de 28.05.1992, la definición referida al ascendiente del que se no se había recibido nada por donación era nula.

El TSJ señaló que “en la sentencia de apelación se concluye que ‘nos hallamos ante un solo pacto sucesorio de definición que incluye la herencia de ambos ascendientes, y no de dos contratos separados’, insistiéndose en

que ‘nos hallamos ante un único contrato en el que se realiza una definición de dos herencias, llegando hasta el extremo que tres hijos renuncian a los derechos hereditarios respecto de la herencia (de la abuela del recurrente), y los tres restantes únicamente del padre o abuelo’. A esta calificación del contrato hay que estar por no haber sido, en rigor, expresamente recurrida y por ser Jurisprudencia constante del Tribunal Supremo que ‘la función calificadora del contrato es competencia de la Sala’ (de instancia)...”.

La parte recurrente alegó falta de onerosidad porque el descendiente no había recibido nada por donación y el TSJ dijo que la onerosidad tenía que predicarse del total negocio integrado por las donaciones de los ascendientes y los finiquitos (no respectivos).

Como se ve, no había hecho falta alegar onerosidad. Hubiera bastado decir que, ante la inexistencia de donación, no podía haber finiquito de legítima.

Esta conclusión del TSJ, aunque más bien fue una conclusión de la AP que el TSJ respetó, es, efectivamente muy discutible, pero en lo que ahora importa, el TSJ no basó su fallo en la onerosidad de la donación (aisladamente considerada), ni en la onerosidad de cada negocio complejo (“donación con definición”), sino en la onerosidad de un negocio aún más amplio, cual era el integrado por las dos donaciones con definición. La *ratio decidendi* es esta, no que la donación sea un contrato oneroso cuando va acompañada de definición. En parte de los supuestos juzgados ni siquiera hubo donación a pesar de haber definición.

En definitiva, a pesar de las expresiones usadas por el TSJ, y de la referencia de la AP en su sentencia de 17.03.2022 a la jurisprudencia del TSJ, no puede decirse que, hasta la fecha, haya un fallo cuya *ratio decidendi* haya sido que la donación con definición es una donación onerosa que se debe regir por las reglas de los contratos.

3. Nuestra postura

En opinión del que suscribe, estamos en presencia de un negocio complejo, no de un único “contrato de donación con definición”, porque una

donación con entrega de la cosa, que según el art. 609 CC es un modo de adquirir la propiedad y no un contrato, no debe calificarse como “contraprestación” del finiquito de legítima, ni a la inversa.

Es indudable que hay dos partes en ese negocio complejo y, en este sentido, hay bilateralidad.

Ahora bien, el carácter bilateral no implica que haya sinalagma (reciprocidad), como sí lo hay, por el contrario, en una compraventa entre la obligación de entregar la cosa y el pago del precio, en que una obligación no puede entenderse sin la otra.

No debe hablarse de sinalagma en la donación con definición, aunque la donación o atribución previa es presupuesto de la *diffinitio*. Sin aquella, esta sería ineficaz. Pero la donación puede realizarse mucho antes en el tiempo, sin ni siquiera tener en cuenta que puede ser en el futuro la razón para que el donatario se dé por pagado de su legítima.

Y, además, aunque haya simultaneidad, la donación no origina una obligación de definir. Es usual utilizar, en las escrituras, las palabras “en contemplación a lo recibido”, pero se hace así por copiar la expresión que utiliza el art. 50 de la Compilación. Esta expresión es equívoca, pues puede evocar la idea de una contraprestación. Sin embargo, la reciprocidad no se deduce *necesariamente* de la expresión “en contemplación”.

El texto legal tiene que interpretarse de forma objetiva, sin tener en cuenta opiniones subjetivas (incluso aunque sea la intención) de sus autores o del algunos de estos. La interpretación objetiva, basada en los antecedentes históricos y en el contexto de la propia Compilación, cuando la expresión literal de la norma es ambigua, tiene que prevalecer frente a la opinión de los autores de la norma, aun en el caso que se demostrara cuál fue la intención evidente de todos ellos. Tal demostración no se ha dado, pues la divergencia de opiniones existió; véase la postura de Miguel Coll, antes reseñada, que fue uno de los autores del texto legal de 1990.

El antecedente de la donación *diffinitio* es el pago de la dote. La hija dotada declaraba que lo recibido como dote era suficiente y por ello no tenía que reclamar legítima en la herencia paterna. La dote no se entregaba para evitar la reclamación futura de legítima por la hija, ni en contraprestación

a la renuncia de legítima. La declaración de suficiencia de la dote impedía, claro está, la reclamación futura de la legítima, y así permitía o facilitaba la transmisión al hijo mayor del patrimonio de la familia, pero esto era un efecto “reflejo”: como ya he recibido dote suficiente —en palabras de la hija dotada— no puedo reclamar legítima.

La eliminación, en el art. 1 de la Compilación (por la ley 7/2017) del recurso a la tradición jurídica no impide recurrir a la “tradición jurídica singular”, como ahora dice el art. 1.2.4ª, a la hora de interpretar una institución que viene del Derecho histórico.

Y el contexto de la Compilación no abona la tesis del sinalagma porque simplemente no se habla de reciprocidad en ningún lugar, a salvo la expresión que se trata de interpretar (“en contemplación”) que es, *per se*, ambigua. La reciprocidad es el resultado de una interpretación. Y es una interpretación que no podemos compartir porque tiene en contra argumentos decisivos, que ahora se señalarán.

El descendiente quiere decir, simplemente, que, en vista de lo donado, se da por satisfecho de su legítima.

Mantener que el finiquito de legítima es contraprestación de la donación (“dono porque mi hijo renuncia y renuncio porque mi padre dona a mi favor”) sería tanto como mantener, en una compraventa, que la carta de pago del precio es la contraprestación por la entrega de la cosa. Pero no. La contraprestación es la entrega del precio. Que el vendedor se dé por pagado y así lo declare no se convierte en contraprestación por la entrega de la cosa, por mucho que se diga (y es verdad) que el comprador entrega el dinero solo si el vendedor da carta de pago.

La reciprocidad, si se aceptara, haría ver la donación con definición como un negocio oneroso. Por eso, quienes defienden la onerosidad, insisten en la reciprocidad, pero cabe hablar de onerosidad, aunque no haya reciprocidad. Y, sobre todo, tanto al hablar de una como de otra, hay que tener claro a qué nos estamos refiriendo: si a las atribuciones patrimoniales, a un contrato o a un negocio complejo, pues las consecuencias jurídicas son muy distintas en cada caso.

A consecuencia de que ambas partes otorgan negocios con consecuencias económicas, presentes o futuras, puede apreciarse un carácter de onerosidad. Esto es una cuestión distinta al sinalagma.

En todo caso, la onerosidad, desde el punto de vista del donante, es mínima, hasta el punto de que algunos autores, antes citados (esp. Miguel Coll), llegaron a mantener que el donante no recibe nada. Lo único que “gana” es que puede disponer *mortis causa* sin la limitación que implica la legítima del hijo que ha definido. Pero incluso puede decirse que el donante ya ha pagado la futura legítima, por lo que la desaparición de esa limitación no es algo principalmente derivado de la declaración del donatario sino de la donación misma. El futuro causante, en realidad, no recibe prácticamente nada; decir que adquiere más libertad de testar a alguien que acaba de “pagar” la legítima de un hijo es decir muy poco. Y aunque se mantenga que sí gana algo, este “algo” es de tan poca entidad que no justifica que la atribución patrimonial en que consiste la donación se convierta en inatacable por otros legitimarios, por acreedores o por el propio transmitente (que no podría revocar por ingratitud).

Y el otro beneficiario del finiquito de legítima (el futuro heredero) no entrega nada (a cambio) al donatario.

Lo cuantitativo influye en lo cualitativo.

Como hemos dicho, la cuestión de la reciprocidad y la cuestión de la onerosidad no van necesariamente unidas, pues hay negocios onerosos sin prestaciones recíprocas, aunque no a la inversa. No hace falta recurrir al sinalagma para justificar la onerosidad. Puede haber onerosidad sin sinalagma. La hay, por ejemplo, en el préstamo (contrato real, como es el préstamo regulado por el CC) con interés, en el que solo hay obligaciones a cargo del prestatario.

Por supuesto, la onerosidad, siquiera sea en una mínima expresión, puede predicarse del negocio complejo y así lo mantenemos. Pero también mantenemos que la donación es un acto a título gratuito y su eficacia es la de tal tipo de actos (*v.gr.* computación para la legítima, inoponibilidad frente a los acreedores), no la eficacia de un contrato oneroso.

Para clarificar, reiteramos que se debe tener siempre presente si estamos hablando de relaciones obligatorias, de contratos (o negocios jurídicos), o simplemente de atribuciones patrimoniales. Hay onerosidad si hay atribuciones patrimoniales para o a cargo de ambas partes, pero las atribuciones pueden tener su causa en negocios jurídicos distintos. Partiendo de esta distinción, mantenemos que la donación con definición, como negocio complejo (formado por dos negocios jurídicos con autonomía propia, aunque relacionados) tiene onerosidad (si bien, mínima) pero la donación, que es el primero en el tiempo de los dos negocios jurídicos, es una auténtica donación, o sea, un negocio gratuito.

La dificultad se plantea una y otra vez a los juristas porque el término “oneroso” tiene un significado principalmente económico y muy poco jurídico. Y, ¿dónde está el límite entre lo oneroso y gratuito? No es un límite que se pueda precisar con un criterio jurídico. Y desde el punto de vista del Derecho no podemos atenernos solo a lo económico. Sin embargo, tenemos un criterio jurídico de distinción para saber cuándo estamos ante esa figura jurídica un tanto nebulosa que llamamos “donación”. Lo que diferencia la donación de los contratos onerosos, y que además unifica la gran diversidad de negocios que caben bajo la denominación de “negocios a título gratuito” (donación típica, donación obligacional, donación con cargas, condonación de deuda, comodato, etc.) es el principio de política jurídica que inspira su regulación. Este principio es la debilidad del negocio frente a pretensiones de terceros, esto es, acreedores y legitimarios, y a veces, incluso del propio donante. Donde deba prevalecer el interés de estos terceros frente al interés de las partes, estaremos en presencia de un acto a título gratuito (en sentido jurídico).

Nos parece indudable que la donación a favor del hijo que renuncia a la legítima o herencia futura cede frente al interés de acreedores y herederos forzosos del donante.

Lo donado (con finiquito de legítima, sea este posterior o simultáneo) se computa a efectos de cálculo de la legítima. Así lo dispone el art. 50 de la Compilación: “Al fallecimiento del causante se aplicará, en su caso, lo dispuesto en el párrafo 3º del artículo 47, a efectos de fijación de legítima”. Ello podría llegar a tener la consecuencia de una reducción de parte de la donación, por inoficiosidad.

Si se da este caso, compartimos la opinión de Ferrer Vanrell, reseñada más arriba, de que la *diffinitio* queda ineficaz y la donación vale solo como anticipo de legítima. Pues la *diffinitio* se basó en que el descendiente se consideró satisfecho con lo donado. Si le quitan una parte, no cabe mantener que sigue “satisfecho”. Pero, en fin, esto es otra cuestión.

Quienes defienden que la donación con definición es un contrato oneroso, ¿estarán dispuestos a asumir la consecuencia de que lo donado no computa para el cálculo de la legítima? Pues si ha habido contraprestación, y hay reciprocidad, el valor de la contraprestación (le renuncia a la legítima futura) compensará (al menos en parte, si no se quiere decir que en la totalidad) la salida de lo donado del patrimonio del donante. Nunca hemos oído tal opinión, que además iría contra los arts. 50 y 47 de la Compilación. Y la práctica es unánime: lo donado (con definición) se tiene siempre en cuenta para calcular la legítima de los demás descendientes.

Entonces, no cabe defender onerosidad a ciertos efectos y gratuidad a otros.

Y lo donado puede ser agredido por los acreedores en caso de fraude. ¿De verdad alguien estaría dispuesto a negar la aplicación de las presunciones de fraude y la posibilidad de los acreedores de atacar la donación, aunque haya definición?

No hemos oído nunca tal opinión ni la hemos visto aplicada en la práctica.

En lo que se refiere a la fiscalidad, nadie duda que la donación con definición está sujeta al impuesto de donaciones y sucesiones y no al de transmisiones patrimoniales. Pues bien, si fuera un negocio oneroso, habría que mantener que tributa por ITP. Quienes defienden la onerosidad, ¿están dispuestos a liquidar por el ITP y negar al donatario los beneficios fiscales previstos expresa y precisamente para la donación con definición? Ni un solo caso puede reseñarse en todos los años de ejercicio notarial del que suscribe.

Por consiguiente, si la donación, a pesar de la definición, tiene que ceder ante legitimarios y acreedores, es una auténtica “donación”, sujeta a los efectos de las donaciones y no de los contratos.

La tesis de la reciprocidad y —aunque no se defienda la reciprocidad— la onerosidad sin reciprocidad resulta incoherente, con una incoherencia insalvable, que resulta evidente no ya con interpretaciones, sean superficiales o enrevesadas, sino con las normas de la propia Compilación y las normas sobre donaciones del Código Civil.

No obstante, aún puede irse por otra vía para intentar no compartir la postura que estamos defendiendo.

Como las últimas razones que hemos dicho parecen inatacables, se ha acudido a figuras más o menos tipificadas por el CC, como la donación modal y a veces, como hace la propia sentencia de la AP, que criticamos, “donación onerosa”, que es un término nebuloso utilizado por el art. 622 CC, con apariencia que induce fácilmente a confusión, como sabemos.

3.1. *¿Es la donación con definición una donación modal?*

El modo es una carga que se impone a un donatario, o a un sucesor *mortis causa*, respecto de una tercera persona. Solo se da en actos a título gratuito, porque si el negocio fuera oneroso estaríamos ante una estipulación en favor de tercero. El modo se inserta en un acto de liberalidad y pone a este al servicio de una finalidad en parte onerosa.

Entender que la donación con definición es una donación modal, de forma que la donación se realiza con la carga de que el donatario dé finiquito de legítima, es un artificio. Incluso aun en el caso de que se vea al futuro heredero como beneficiario del finiquito (y es muy discutible verlo así). La declaración de finiquito se realiza frente al donante. El donatario no tiene que cumplir nada frente al futuro heredero. No hay, frente al futuro heredero, una obligación de no hacer. La abstención de reclamar la legítima no es cumplir una obligación asumida previamente, sino simplemente no ejercitar algo que no se tiene.

La donación no se realiza con la carga de que el donatario se dé por pagado de su legítima. No solo en los casos en que no hay simultaneidad. Pero también en estos.

Y, en cualquier caso, el modo no convierte a la donación en un negocio oneroso. Aunque pueda hablarse de “onerosidad”, pues el modo es una atribución patrimonial. Pero aquí, esa onerosidad se refiere al plano de la atribución patrimonial en beneficio de un tercero, no al plano del negocio.

Y el modo no convierte a la donación en irrevocable. No hay norma en el CC que fije esto ni cabe deducirlo de principios generales. Y resultaría contrario a la voluntad del donante, salvo indicación de este.

Entonces, cabe dar un paso más y preguntarse si la onerosidad puede predicarse de un negocio jurídico de “donación”.

3.2. *¿Es la donación con definición una donación onerosa?*

La respuesta se facilita si se aclara la terminología, porque “donación onerosa” es una auténtica *contradictio in terminis*.

El CC se refiere a la “donación con casusa onerosa” y ordena que se rija por las reglas de los contratos (art. 622).

Ha habido varias interpretaciones de este artículo. Hay autores que la identifican con la donación modal; otros la refieren a negocios indirectos. Hay quien admite sin más la expresión “donación onerosa”. Para otros, se trata del supuesto de los negocios de favor (por ejemplo, venta con precio mucho más bajo del precio de mercado). No procede ahora entrar en esta discusión. Nos limitamos a decir que, en nuestra opinión, no debe ser lo mismo que la donación modal porque esta se cita en el art. 619, que la califica como donación, lo que haría incongruente aplicarle las reglas de los contratos, *ex art. 622*. La norma del art. 622 debe entenderse referida a negocios onerosos que pretenden un fin lucrativo (lo inverso de la donación modal), como la compraventa amistosa (no con precio ficticio).

La norma del art. 622 establece, a nuestro parecer, que cuando haya onerosidad, si esta alcanza entidad suficiente, la donación deja de ser tal y pasa a ser un contrato.

¿Y cuándo hay onerosidad suficiente? La respuesta no se obtiene solo ni principalmente acudiendo a criterios cuantitativos, sino a los principios

de política jurídica que inspiran la regulación de la donación en el CC y la Compilación. En concreto: cuando de las normas, de la voluntad de las partes y de la comparación entre lo que cada sujeto otorga, no tenga sentido realizar la computación a efectos de la legítima ni tenga sentido (no sea razonable y justo) aplicar las normas de represión del fraude de acreedores y la posibilidad de revocación por ingratitud.

Considero evidente que esto no se puede predicar de la donación con finiquito de legítima.

IV. CONCLUSIÓN

La donación, aunque el donatario dé finiquito de legítima, y aunque forme parte de un negocio más complejo que tenga una cierta onerosidad, es, desde el punto de vista del Derecho civil, un negocio a título gratuito. Y por tanto puede ser revocado por ingratitud, pues no hay razón para que no rija el art. 648 CC.

Las opiniones que aparecen en las dos sentencias reseñadas del TSJ de las Islas Baleares inducen a confusión por su falta de claridad. La onerosidad referida al negocio complejo donación-definición es una tesis aceptable y defendible. Pero no resulta aceptable que la onerosidad se refiera a la donación y menos aún que se vincule a una reciprocidad. Una tal reciprocidad no está en ninguna norma de la Compilación, no se deduce de los antecedentes históricos y, de aceptarse, convierte a la regulación aplicable, como hemos dicho más arriba, en algo incoherente, con una incoherencia insalvable.

La revocación de la donación por ingratitud no afecta a la eficacia del finiquito de legítima, porque el donatario pierde lo donado por causa a él imputable. Reiteramos que la definición no puede quedar sin efecto porque no hay sinalagma funcional. Y también porque no puede quedar la eficacia de la definición a voluntad del donatario (“actúo con ingratitud para dejarla sin efecto”).

Esto no es incompatible con mantener que si la donación se reduce por inoficiosa, la definición queda sin efecto, total o parcialmente. Son cosas diferentes. Aquí no hay conducta del donatario que deba ser valorada.

Podría parecer injusto que, sin donación, se mantenga la eficacia de la definición, especialmente porque el donante tiene un cierto margen de apreciación de la concurrencia efectiva de la causa de ingratitud. Recordamos que las causas de revocación son, según el art. 648 CC: haber cometido algún delito contra la persona, el honor o los bienes del donante; haber imputado al donante alguno de los delitos que dan lugar a procedimientos de oficio, aunque lo pruebe, a menos que el delito se hubiere cometido contra el mismo donatario, su cónyuge o los hijos constituidos bajo su autoridad; o haberle negado indebidamente los alimentos.

Pero, a salvo casos concretos en que pudiera apreciarse abuso por un juez, cabe defender, como regla, la justicia del mantenimiento de la eficacia de la *diffinitio* en caso de revocación por ingratitud. Pues en todos los casos hay una conducta reprochable del descendiente donatario, sin olvidar que el donatario ingrato ha disfrutado de la cosa donada por un cierto tiempo y que la revocación por ingratitud no tiene efectos *ex tunc*.

Y es que, en general, resulta contrario a la moral que la revocación de la donación por un acto reprochable del donatario tenga la consecuencia de que el donatario, por ineficacia de la definición, readquiera su derecho a legítima, que puede ser de más valor económico que lo que recibió por donación. En casos así, al donatario le bastaría con incumplir o ser ingrato y conseguir la revocación de la donación, para salir ganando.

En fin, si el asunto llega al TSJ de las Islas Baleares, ojalá dejen los jueces de acudir a tecnicismos más que discutibles y contemplen la figura jurídica que comentamos con realismo, “viendo” que la declaración del donatario de darse por satisfecho de la legítima no es más que un “finiquito” que no es apto para influir en la naturaleza de la atribución patrimonial que realiza el donante, que es un dar a cambio de nada, o de prácticamente nada, y como tal debe tratarse respecto de terceros y del propio donante.

POST SCRIPTUM: ¿Qué ocurre con la obligación que asumió la donataria de pagar unas cantidades a sus hermanos? ¿Influye esto en la calificación del negocio, o viceversa?

La cuestión de la validez de los compromisos económicos de la donataria respecto de sus hermanos es una cuestión aparte y que no interesa especial-

mente a este comentario. La revocación de la donación debe tener como efecto la extinción de estas obligaciones. Lo único que podría interesar aquí es si la asunción por la donataria de estos compromisos podría contribuir a ver el negocio complejo como un contrato irrevocable.

Pues bien, de lo expuesto creemos que ya se deduce que la conclusión debe ser negativa. La carga impuesta por el donante a la donataria en el caso objeto de la sentencia que comentamos, que cabe seguramente calificar de “modo”, no puede afectar a la revocabilidad-irrevocabilidad. Con un ejemplo de donación sin definición se verá con claridad: puede decirse que cualquier carga impuesta al donatario reviste a la donación de una cierta onerosidad (“te dono la casa, pero con la carga de que permitas que tu hermano viva en la casa”) pero, ¿acaso deja de ser donación? ¿Acaso dejará de ser imputable a la legítima? ¿Acaso no podrá ser atacada por fraude de acreedores?

El CC no hace irrevocables las donaciones con cargas.

Y la carga deja de tener causa (“causa” en el sentido de “causa de la atribución patrimonial”) si desaparece la donación.

V. NOTAS DE BIBLIOGRAFÍA

1. FERRER PONS, Jaime, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, 2ª edición, año 2000, tomo XXXI, vol. 1º, pp. 910-911. La misma postura fue reiterada por él en un trabajo recogido en el *Boletín XV de la Real Academia de jurisprudencia y legislación de las Islas Baleares*, año 2014, pp. 461 y 462.
2. MASOT MIQUEL, Miquel, *Boletín XV de la Real Academia*, cit., pp. 478 y ss.
3. FERRER VANRELL, Mª Pilar, *Boletín XV de la Real Academia*, cit., pp. 425 y ss.
4. JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *Derecho civil de las Islas Baleares*, Fundación Notariado y Lefebvre, S.A., 2019, pp. 588 a 594.

NOTA DEL AUTOR

Una vez revisadas las pruebas para la edición de este ejemplar de la revista, el autor ha tenido conocimiento de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, de 13 de enero de 2023, que confirma, en casación, la de la Audiencia provincial y, por tanto, mantiene una postura contraria a la defendida en este comentario. Dada la imposibilidad de rehacerlo antes de la publicación, un nuevo comentario sobre la materia será objeto, en su caso, de otro artículo.

Derecho fiscal



EL DEVENGO EN EL IMPUESTO DE SUCESIONES: ALGUNOS APUNTES Y SUPUESTOS CONTROVERTIDOS

THE ACCRUED IN THE INHERITANCE TAX: SOME NOTES AND CONTROVERSIAL ASSUMPTIONS

José María Vázquez Moreno

Graduado en Derecho

Oficial Jurídico de Notaría

Coadministrador de la web www.tottributs.com

Resumen: la fijación del devengo del impuesto de sucesiones en el momento en que se produce la defunción del causante ha sido tradicionalmente objeto de controversia. En fechas recientes, algunos Tribunales Superiores de Justicia y la Administración Tributaria han intentado matizar el momento del devengo del impuesto en diversos supuestos, en algunos casos de manera controvertida. En el presente trabajo abordaremos dichos supuestos y veremos como la sistemática de la ley sobre el asunto, aunque discutible, es la que mejor se ajusta al fenómeno sucesorio.

Palabras clave: hecho imponible, devengo, impuesto de sucesiones, obligado tributario, delación, limitación, condición, término, fideicomiso, derecho de transmisión, renuncia a la herencia, declaración de herederos ab intestato, testamento ológrafo.

Abstract: the determination of the accrual of the inheritance tax at the time of the death of the deceased has traditionally been the subject of controversy. In recent times, some Superior Courts of Justice and the Tax Administration have tried to qualify the moment of accrual of the inheritance tax in various cases, in some cases in a controversial manner. In the present work we will address these assumptions and we will see how the systematics of the law on the matter, although debatable, is the one that best adjusts to the succession phenomenon.

Keywords: taxable event, accrual, inheritance tax, taxpayer, denunciation, limitation, condition, term, trust, right of transmission, waiver of inheritance, declaration of intestate heirs, holographic will.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EL DEVENGO EN EL IMPUESTO DE SUCESIONES
- III. EL DEVENGO DEL IMPUESTO DE SUCESIONES EN LAS DECLARACIONES DE HEREDEROS
- IV. EL DEVENGO DEL IMPUESTO DE SUCESIONES EN LOS TESTAMENTOS OLÓGRAFOS
- V. EL DEVENGO DEL IMPUESTO DE SUCESIONES EN LAS RENUNCIAS HEREDITARIAS
- VI. EL DEVENGO DEL IMPUESTO DE SUCESIONES EN EL DERECHO DE TRANSMISIÓN
- VII. CONCLUSIONES
- VIII. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

El momento en que se entiende producido el hecho imponible y, por tanto, el devengo en el impuesto de sucesiones ha sido objeto de una enconada polémica tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

En este sentido, si bien la opción escogida por el legislador de situar el momento del devengo cuando se produce la defunción del causante ha sido, por lo general, alabada por la mayoría de la doctrina, lo cierto es que no faltan detractores de la misma, bajo el argumento de resultar poco respetuosa con el principio de capacidad económica al gravarse las adquisiciones hereditarias antes incluso de que estas se produzcan.

Dicho debate se ha visto acentuado recientemente por la jurisprudencia de los TSJ, que han venido a matizar, en diversos supuestos, el momento en que se entiende producido el devengo en el impuesto de sucesiones.

En el presente trabajo vamos a abordar el estudio del devengo del impuesto de sucesiones a la luz de la reciente jurisprudencia de los TSJ y veremos que, si bien, el criterio consagrado por el legislador no es el único posible, sí que es el que mejor se ajusta, con sus imperfecciones, a la mecánica del fenómeno sucesorio.

II. EL DEVENGO EN EL IMPUESTO DE SUCESIONES

Tal y como hemos tenido ocasión de apuntar con anterioridad, la fijación del devengo del impuesto de sucesiones en el momento en que se produce la defunción del causante ha sido tradicionalmente objeto de una viva polémica doctrinal¹.

¹ Efectivamente, el artículo 24.1 de la LISD señala que “1. En las adquisiciones por causa de muerte y en los seguros sobre la vida, el impuesto se devengará el día del fallecimiento del causante

La controversia viene dada por el hecho de que la ley entiende realizado el hecho imponible, esto es, la adquisición de bienes y derechos por herencia, y por tanto, producido el devengo, con la defunción del causante con independencia de que se haya aceptado o no. Ello parecer contrariar la regulación contenida en nuestro Código Civil, que consagra el sistema de adquisición romano de la herencia, que exige la aceptación del heredero para que se entienda producida la adquisición hereditaria².

Por tanto, siendo ello así, parece producirse un devengo anticipado del impuesto de sucesiones, al menos civilmente, ya que se grava una adquisición sucesoria antes de que ésta se haya perfeccionado con la correspondiente aceptación.

¿Es posible que el legislador fiscal se haya decantado, a efectos fiscales, por el llamado sistema germánico, que entiende producida la adquisición desde el momento de la defunción del causante?

Lo cierto es que si bien hay algún pronunciamiento del TS que parece señalar que la tesis germanista es la escogida por el legislador fiscal³, lo cierto es que este prescinde de tal polémica porque simplemente le es indiferente.

Efectivamente, partiendo de la idea de que una vez aceptada la herencia sus efectos se retrotraen al momento en que se produjo la defunción del causante, solo fijando el nacimiento de la obligación tributaria en el

o del asegurado o cuando adquiera firmeza la declaración de fallecimiento del ausente, conforme al artículo 196 del Código Civil. No obstante, en las adquisiciones producidas en vida del causante como consecuencia de contratos y pactos sucesorios, el impuesto se devengará el día en que se cause o celebre dicho acuerdo”.

Muy gráfico resulta el artículo 10.2 del RISD cuando define el hecho imponible en las adquisiciones hereditarias en los siguientes términos: “*Las adquisiciones a que se refiere la letra a) del apartado anterior se entenderán realizadas el día del fallecimiento del causante, por lo que para exigir el Impuesto bastará que esté probado el hecho originario de la transmisión, aunque no se hayan formalizado ni presentado a liquidación los documentos, inventarios o particiones*”. Por tanto, basta con que se haya producido la defunción del causante para que se entienda producido el hecho imponible y, por tanto, devengado el impuesto, con independencia de que se haya aceptado la herencia o no.

² Así, el artículo 989 del Cc señala que “*Los efectos de la aceptación y de la repudiación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda*”, de lo que se infiere que para heredar hay que aceptar la herencia.

³ Véase STS de 17 de julio de 2003, número de recurso 10747/1998.

momento en que se produce el fallecimiento del causante estará garantizada la eficacia del tributo.

Es decir, en un sistema civil como el nuestro, en el que se reconoce la posibilidad de aceptar tácitamente la herencia, la eficacia del tributo quedaría en entredicho si se estableciera como momento del devengo el de la aceptación, ya que se haría depender el devengo del impuesto de una eventual aceptación que, en la medida en que puede ser tácita, obliga a la Administración a examinar la conducta de todos y cada uno de los obligados tributarios, lo que convertiría a dicho impuesto en algo poco operativo desde un punto de vista recaudatorio por la multiplicidad de controversias que potencialmente se podrían llegar a originar⁴.

Frente a dicha disyuntiva, el legislador fiscal opta por un criterio eminentemente práctico, que es el de entender producido el devengo y, por tanto, la adquisición hereditaria como hecho imponible, en el momento en que se produce el fallecimiento del causante, con independencia de que se haya producido la adquisición o no desde el punto de vista civil mediante la aceptación⁵.

En definitiva, se trata de un criterio que facilita la gestión del tributo, en una materia, como es el derecho sucesorio, que es difícil de aprehender por el legislador fiscal.

Al lado del criterio general de situar el devengo del impuesto en el momento en que se produce la defunción del causante, existe una regla especial, recogida en el apartado 3 del artículo 24 de la LISD, que matiza dicho régimen.

Así, el citado apartado establece que toda adquisición de bienes cuya efectividad se halle suspendida por la existencia de una condición, término,

⁴ Situar el devengo del impuesto en el momento en que se produce la aceptación supondría tanto como dejar en manos de los contribuyentes el momento en que se entienda realizado el hecho imponible, lo que convertiría al impuesto de sucesiones en un tributo poco efectivo desde el punto de vista recaudatorio.

⁵ Muy instructiva resulta la apreciación de ROZAS VALDÉS, J. A., en su monografía *Presunciones y figuras afines en el impuesto de sucesiones*, Marcial Pons, 1993, cuando señala que “Se está en presencia de una norma material, en función de la cual el ordenamiento finge que la transmisión y la adquisición son simultáneas”.

fideicomiso o cualquier otra limitación se entenderá realizada el día en que esta desaparezca.

El mencionado apartado no se refiere, como los puntos 1 y 2 del mismo precepto, únicamente al devengo del impuesto, si no que fija, además, en qué momento debe entenderse realizado el hecho imponible en aquellas adquisiciones en las que el título sucesorio aparece limitado por la presencia de una condición, término, fideicomiso o cualquier otra limitación.

Únicamente cuando dichas limitaciones desaparezcan se entenderá realizado el hecho imponible, ya que el título sucesorio dejará de estar limitado, produciéndose, en consecuencia, el correspondiente devengo del impuesto de sucesiones⁶.

III. EL DEVENGO DEL IMPUESTO DE SUCESIONES EN LAS DECLARACIONES DE HEREDEROS

Una de las primeras controversias que se originó en relación al devengo del impuesto de sucesiones tuvo lugar en relación a aquellas herencias en las que era necesario el otorgamiento de la correspondiente Acta de declaración de herederos *ab intestato* para determinar quiénes eran los herederos.

Dicho trámite, si bien inicialmente era una competencia compartida entre Juzgados y notarios, a partir de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, pasó a residir de manera exclusiva en sede notarial.

En estos casos, la problemática se residenciaba en el hecho de que los Autos de declaración de herederos *ab intestato* que se tramitaban en los Juzgados, con mucha frecuencia, se alargaban más de seis meses, con lo que el plazo para autoliquidar el impuesto de sucesiones se excedía en numerosas ocasiones, sin perjuicio del derecho de los eventuales herederos a solicitar la correspondiente prórroga del plazo para autoliquidar el impuesto⁷.

⁶ Como señala el artículo 47.3 del RISD, la adquisición “se entenderá siempre realizada el día en que dichas limitaciones desaparezcan, atendiéndose a este momento para determinar el valor de los bienes y los tipos de gravamen”. Por tanto, desaparecida la limitación para adquirir se entenderá realizado el hecho imponible y se atenderá a ese momento para determinar la normativa aplicable.

⁷ La prórroga del plazo para autoliquidar el impuesto de sucesiones está regulada en el artículo 68 del RISD. La solicitud debe presentarse dentro de los cinco primeros meses de los seis que hay para

Es por ello que algunos TSJ empezaron a dictar numerosas sentencias en las que se señalaba como fecha del devengo del impuesto de sucesiones no el momento en que se producía la defunción del causante, sino cuando efectivamente tenía lugar la declaración de herederos.

En relación a dicha cuestión, conviene tener presente, por un lado, que la declaración de herederos, en ningún caso está previsto en la normativa del impuesto como un hecho que obste, suspenda o limite el devengo del impuesto de sucesiones, que en todo caso se deberá entender situado en el momento en que se produzca la defunción del causante.

Si ello fuere así, sería tanto como dejar en manos de los eventuales herederos el momento de poner en marcha dicha declaración para que, una vez finalizado dicho trámite con la correspondiente declaración de herederos, entender producido el devengo del impuesto de sucesiones.

Por otro lado, hay que apuntar el hecho del carácter meramente declarativo de las Actas de declaración de herederos *ab intestato*, que permite adelantar o presumir quien será finalmente heredero en aras a facilitar la autoliquidación del impuesto.

Es por ello que el legislador, en ningún caso, ha configurado los supuestos de declaración de herederos *ab intestato* como casos en los que deba entenderse limitado o suspendido el devengo, al entender que el plazo de seis meses establecido por la normativa para autoliquidar el impuesto de sucesiones es más que suficiente junto con la posibilidad de prórroga de dicho plazo⁸.

Así, si bien desde un punto de vista estrictamente civil, es necesario el Acta de declaración de herederos *ab intestato* para proceder a la correspondiente partición hereditaria, desde un punto de vista fiscal no lo es, pudiendo el presumible heredero autoliquidar el impuesto, sin perjuicio de que, si finalmente, por el motivo que fuere, no es declarado heredero o

autoliquidar. En caso contrario, se denegará de plano. Concedida la prórroga, el plazo se extenderá por seis meses más.

⁸ De hecho, el artículo 69 del RISD señala que las declaraciones de herederos, en ningún caso suspenderán el plazo para autoliquidar el impuesto, a no ser que se formule oposición a la misma. Por tanto, si dicha circunstancia no suspende el plazo para autoliquidar, lógicamente tampoco puede modificar la fecha de devengo, que se entenderá realizado con la defunción del causante.

simplemente renuncia a la herencia, pueda instar la correspondiente solicitud de rectificación de autoliquidación y devolución de ingresos indebidos⁹.

Una cuestión diferente son los supuestos excepcionales que en ocasiones suelen darse y que pueden exigir, por parte de los TSJ, una solución amparada en la justicia material del caso concreto ante la intransigencia de la Administración a la hora de imponer recargos, sobretudo en casos en los que al obligado tributario no le era exigible una conducta diferente a la realizada¹⁰.

Ahora bien, conviene no perder de vista el hecho de que la excepción no es la regla general y que supuestos concretos resueltos de una manera determinada no supone la alteración genérica del devengo del impuesto de sucesiones en casos similares si no una solución “ad hoc” del tribunal a un supuesto excepcional o anormal por las circunstancias del caso concreto en las que al obligado tributario no le era exigible una conducta determinada¹¹.

IV. EL DEVENGO DEL IMPUESTO DE SUCESIONES EN LOS TESTAMENTOS OLÓGRAFOS

Una problemática similar a la planteada por las Actas de declaración de herederos *ab intestato* es la de los testamentos ológrafos, si bien, como veremos a continuación, plantean un matiz diferente.

Efectivamente, si bien inicialmente el procedimiento de protocolización y adverbación de los testamentos ológrafos se realizaba ante el Juzgado, al igual que ocurrió con las Actas de declaración de herederos de colaterales,

⁹ Véase el artículo 66 del RISD, que habilita la posibilidad de autoliquidar el tributo aun cuando no se haya realizado la aceptación y adjudicación de herencia e incluso, cuando no se haya realizado la declaración de herederos.

¹⁰ Como supuesto excepcional, pueden verse la STSJ de Castilla y León, de 4 de febrero de 2021, número de recurso 1087/2019. También tiene cierto interés la STSJ de la Comunidad Valenciana de 18 de octubre de 2021, número de recurso 1204/2020, referida a un auto judicial de declaración de herederos.

¹¹ El pasado 23 de noviembre de 2022 el TS admitió a trámite un recurso de casación mediante ATS 16342/2022, con número de recurso 2831/2022, en el cual se tratará precisamente sobre el carácter no automático del recargo y las circunstancias que pueden concurrir en cada caso, que, a nuestro juicio, puede tener recorrido en el ISD en supuestos de herencias excepcionales como las señaladas en la nota anterior.

dicho trámite se acabó residenciando en los notarios a raíz de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, siendo estos actualmente los competentes para realizar dicho trámite.

El momento en que se produce el devengo del impuesto en los casos de existir testamento ológrafo no está expresamente previsto en la normativa.

Así, de acuerdo con los artículos 690 a 693 del Cc, en tanto que no se produce la protocolización y adveración del testamento ológrafo, el testamento ni tiene validez ni produce efectos jurídicos, por lo que los llamados como herederos en el citado testamento no adquieren la condición de tales.

Siendo ello así, se produce una situación de incertidumbre entre el llamamiento contenido en el testamento ológrafo y cualquier otro que pudiese concurrir con este, cosa que hace que los potencialmente llamados no tengan más que una expectativa más o menos cercana de heredar en la medida en que se acabe confirmando el llamamiento contenido en el testamento ológrafo mediante el pertinente procedimiento de protocolización y adveración.

Precisamente, la necesidad de adveración y protocolización del testamento ológrafo para que este sea válido y despliegue los efectos jurídicos pertinentes ha sido el elemento tenido en cuenta por algunos TSJ y por el TEAC para situar el devengo en el momento en que finaliza el procedimiento de adveración y protocolización del citado testamento, al amparo del artículo 24.3 de la ley del impuesto, al entenderse que estamos ante una limitación en la adquisición, ya que hasta que no finalice el procedimiento de adveración y protocolización no se produce el llamamiento.

Sin embargo, la adveración y protocolización del testamento ológrafo ni suspende el plazo para autoliquidar, una vez producido el devengo del impuesto, ya que no tiene la consideración de cuestión litigiosa, ni cabe entender que sea una limitación que altere el devengo del impuesto. Es más, el artículo 75 del RISD contiene una regulación específica sobre cómo proceder a la autoliquidación del impuesto en los casos de herederos desconocidos¹².

¹² En este sentido, TSJ de Madrid, de 30 de septiembre de 2022, número de recurso 680/2020, que apunta que la adveración y protocolización de un testamento ológrafo no modifica el devengo del

En consecuencia, no estando previsto en la normativa que la adveración y protocolización del testamento ológrafo suspenda el plazo para autoliquidar o altere la producción del devengo, cabe entender que dicha circunstancia en nada modifica el régimen general del devengo del impuesto.

Ciertamente puede parecer una solución severa, pero como iremos viendo, en una materia en la que la autonomía de la voluntad de los obligados tributarios puede jugar un papel importante, resulta vital acotar al máximo la interpretación de los elementos del tributo para no convertir la gestión del impuesto en algo ineficaz o que pueda dar lugar a situaciones de fraude.

V. EL DEVENGO DEL IMPUESTO DE SUCESIONES EN LAS RENUNCIAS HEREDITARIAS

La cuestión relativa al momento en que se entiende producido el devengo del impuesto de sucesiones también se ha planteado en los supuestos de renunciaciones hereditarias.

La controversia no es nueva, ya que en la antigua regulación del impuesto de sucesiones se preveía que el plazo de prescripción para liquidar el impuesto derivado de las adquisiciones que tenían su origen en renunciaciones se computara desde la fecha en que estas se producían¹³.

Sin embargo, dicha previsión no se incorporó a los textos posteriores, por lo que cabe presumir que el legislador no quiso que dicha regla mantuviese su vigencia modificando el régimen general.

Sin embargo, a pesar de ello, hay algún TSJ que ha encontrado acomodo en el artículo 24.3 de la LISD para sostener que el periodo de prescripción en estos casos debe computarse desde que se produce la renuncia.

impuesto, señalando la vía del artículo 75 del RISD como alternativa para autoliquidar el impuesto dentro de plazo. También, la Resolución del TEAR de Madrid de 30 de noviembre de 2021, con referencia 28/01708/2021/00/00.

En contra de dicho criterio, entendiendo que la adveración y protocolización sí que modifica la fecha del devengo del impuesto, Resolución del TEAC de 25 de marzo de 2021, con referencia 00/2710/2019/00/00, con el carácter además, de doctrina.

¹³ El artículo 134 del Decreto 1018/1967, de 6 de abril, señalaba que *“El plazo de prescripción para liquidar el Impuesto que grave las adquisiciones derivadas de la renuncia y repudiación, en los casos prevenidos en el artículo 38, comenzará a contarse desde la fecha de éstas”*.

Así, el TSJ de Galicia, en su sentencia de 22 de enero de 2020, número de recurso 15918/2018 argumentó que en dichos casos se reabría un nuevo periodo de prescripción argumentando lo siguiente:

- a) Que en los supuestos de repudiación antes de que venza el plazo de prescripción del impuesto, por mera lógica, el plazo de presentación de la declaración para los beneficiarios de la renuncia no puede anticiparse a un momento anterior a aquel en el que estos adquieren la condición de herederos y, por ende, de obligados tributarios, por lo que éste empieza a correr desde el momento de la renuncia y no desde el momento de la defunción del causante.
- b) Que, si no había prescrito el derecho de la Administración a liquidar la deuda tributaria en el momento de la renuncia a la herencia, este acto reabre el plazo de prescripción respecto de los sustitutos vulgares, pues en su virtud, adquieren la herencia renunciada y se convierten a partir de ese momento (no antes, con independencia de los efectos civiles de la renuncia) en obligados tributarios.
- c) Finalmente, el TSJ apuntaló dichos argumentos señalando que el citado supuesto podía ubicarse en el citado artículo 24.3 de la LISD, señalando que la renuncia del designado heredero en el testamento conforma el presupuesto para los beneficiarios de la adquisición de los bienes hereditarios.

A nuestro juicio, dicha interpretación no encuentra acomodo en la normativa del impuesto, ya que considerar a los sustitutos vulgares como herederos sometidos a limitación alguna, a nuestro parecer, no encaja en el artículo 24.3 de la LISD. En este sentido, el citado artículo parece referirse al heredero principal que ve limitada o suspendida su delación hasta que se cumpla la condición o desaparezca la limitación no a eventuales herederos que no pueden ejercer la delación en tanto en cuanto no renuncie el llamado a título principal.

Y lo cierto es que los sustitutos vulgares no son herederos principales, sino herederos eventuales, para el caso que el heredero principal no llegue a serlo. Por tanto, que el heredero principal no llegue a serlo no es una

condición para que lo sean los sustitutos vulgares, sino un requisito para que entre en juego la institución de la sustitución vulgar. Por tanto, conceptuarlo como una limitación, a nuestro juicio, no es viable.

Por otro lado, la mención que se realiza en la sentencia a la reapertura del plazo de prescripción no encuentra sustento en la normativa actual a no ser que se entienda producido un nuevo devengo en los sustitutos vulgares como consecuencia de la renuncia o que se intente disociar el momento del devengo del inicio del cómputo del plazo de prescripción, como en la antigua regulación.

Dichos planteamientos no se pueden compartir en absoluto, precisamente porque la actual LISD no ampara ninguna de esas hipótesis, al no contener un artículo equivalente al de la anterior legislación, que sí que matizaba el régimen de la prescripción en los casos de renuncia.

En definitiva, producida la renuncia, esta no reabre período de prescripción alguno en relación a los beneficiarios de la renuncia, ya que el plazo de prescripción debe computarse desde la fecha de defunción del causante por establecerlo así la normativa, y no desde la renuncia. El hecho de que el impuesto no se pudiere exigir en relación a los beneficiarios de la renuncia no es obstáculo para ello, ya que el impuesto es exigible durante el periodo de prescripción a aquel que es titular de la delación en cada momento¹⁴.

VI. EL DEVENGO DEL IMPUESTO DE SUCESIONES EN EL DERECHO DE TRANSMISIÓN

En los supuestos de derecho de transmisión, la problemática ha venido dada a raíz del nuevo criterio establecido por la Sala Civil del TS, en la que se ha resuelto la clásica disputa referida a si el transmisario hereda

¹⁴ En el mismo sentido, ROZAS VALDÉS, J. A., ob. cit. que señala que “*Por cuanto a la renuncia pura y simple parece que, cualquiera que sea el planteamiento que se adopte, extinción de la obligación tributaria, o modificación del sujeto pasivo, no ha de afectar al momento del devengo de la misma que, en todo caso, por remisión a lo establecido en el artículo 989 C.C seguirá siendo el del fallecimiento del causante. Distanciándose del sistema anterior, la fecha de la renuncia no tendrá, pues, incidencia alguna en el cómputo de la prescripción, que se iniciará a contar, conforme a las normas que regulan las transmisiones mortis causa, a los seis meses del fallecimiento del causante*”.

directamente al primer causante o bien lo hace a través del transmitente o segundo causante.

Efectivamente, como sabemos, la Sala de lo Civil del TS ha resuelto dicha cuestión señalando que el transmisario hereda directamente al primer causante, previa aceptación de la herencia del segundo causante o transmitente, en la cual está inserto el *ius delationis* de la primera herencia.

Dicho criterio fue acogido por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS sin problemas¹⁵.

La cuestión civil, desde un punto de vista fiscal, no era trivial. Así, con el anterior criterio, civilmente se entendía que el transmisario adquiría los bienes de la primera herencia a través del transmitente, cosa que suponía que los bienes del primer causante se integraban en la herencia del transmitente y el transmisario los adquiría a través de este.

Desde un punto de vista fiscal, ello permitía que los bienes del primer causante fuesen gravados en dos momentos; cuando los adquiría el segundo causante o transmitente y en el momento en que el transmisario heredaba al segundo causante, ya que los bienes del primer causante se entendían que formaban parte de la herencia del segundo causante o transmitente.

En la práctica, la dejación del *ius delationis* por el segundo causante y la poca pericia de la Administración al recaudar el impuesto suponía que la primera herencia en muchas ocasiones acabase prescrita.

Sin embargo, el hecho de que los bienes del primer causante se entendieren que formaban parte de la herencia del segundo causante o transmitente, al menos permitía que la Administración los pudiese gravar en la herencia de este segundo causante, con lo que, en parte, se mitigaba que la primera herencia hubiese escapado a la acción administrativa.

Con el nuevo criterio de la Sala Civil del TS, aceptado por la Sala Contencioso-Administrativo, la situación cambia desde un punto de vista recaudatorio para la Administración, ya que si entendemos que civilmente los transmisarios heredan directamente del primer causante, no a través

¹⁵ STS de 5 de junio de 2018, número de recurso 1358/2017 y de 29 de marzo de 2019, número de recurso 1397/2017, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

del transmitente, nos encontramos con que la primera herencia en muchas ocasiones estará prescrita y, al adquirir directamente los transmisarios del primer causante, dichos bienes ya no formarán parte de la herencia del segundo causante, cosa que da lugar a que dicha herencia no pueda ser gravada por el fisco al estar prescrita la adquisición de los transmisarios en relación al primer causante.

Ello ha dado lugar a que algunas Administraciones Autonómicas, al amparo del artículo 24.3 de la LISD, hayan situado el devengo de la herencia del primer causante no en el momento en que se produce la defunción de este, sino cuando fallece el segundo causante.

El argumento que se esgrime es que el no ejercicio del *ius delationis* por parte del transmitente supone una limitación en la adquisición de los bienes, limitación que desaparece cuando fallece este y los transmisarios son libres de poder adquirirlos mediante la aceptación de la herencia del transmitente y el ejercicio del *ius delationis* de la primera herencia contenido en esta segunda, situando el cómputo de la prescripción y el devengo cuando se produce la defunción del transmitente.

En este sentido se esgrime, de manera adicional, el hecho de que la Administración no ha podido requerir en ningún momento al heredero transmisorio¹⁶.

Sin embargo, dicho criterio, a nuestro juicio, no encuentra encaje en el artículo 24.3 de la LISD.

Efectivamente, el citado artículo define cuando se realiza el hecho imponible, y, por tanto, se produce el devengo, en aquellos casos en que la adquisición está limitada por la presencia de alguna condición, término, fideicomiso o cualquier otra limitación.

Así, si partimos de la idea de que en el impuesto de sucesiones se finge que con la defunción del causante se produce la adquisición de bienes y

¹⁶ Véase, en este sentido, la reciente STSJ de Cataluña de 28 de julio de 2022, número de recurso 144/2021, que, de manera sorprendente, se alinea con el criterio de la Administración Tributaria de Cataluña. En un sentido similar, STSJ de Castilla y León de 4 de febrero de 2021, número de recurso 1087/2019, si bien la invocación que realiza del artículo 24.3 de la LISD lo es para evitar la imposición de un recargo en una herencia excepcional por las circunstancias del caso concreto.

derechos, el citado artículo lo que hace es fijar la realización del hecho imponible, y por tanto, realizado el devengo, en un momento posterior a la defunción del causante, precisamente porque el elemento que desencadena esa adquisición, que es la existencia de la delación, se halla limitada por la existencia de una condición, término, fideicomiso o cualquier otra limitación.

Siendo ello así, parece que el artículo se refiere a la limitación de quien sea titular de la delación en el momento de producirse la defunción, que es el único que puede ver limitada su facultad de aceptar o rechazar la herencia por la existencia de una limitación.

Por tanto, a nuestro juicio, el citado artículo no se está refiriendo a eventuales adquirentes que puedan ser titulares de la delación una vez prescrito el impuesto, sino a aquellos que son titulares actuales de la delación, y la ven limitada dentro del periodo de prescripción. En ese caso, el hecho imponible se realiza cuando desaparece la limitación y, a partir de ahí, se entiende producido el devengo y, por tanto, corre el plazo de prescripción.

En consecuencia, producida la prescripción para el que era titular de la delación no puede pretenderse que se reproduzca un nuevo devengo en relación al nuevo titular de la delación cuando ya ha transcurrido el plazo de prescripción¹⁷.

El único que pudo ver limitada su delación y por tanto, su adquisición, fue el titular de la delación en el momento de producirse la defunción del causante porque era el único que podía ejercerla una vez desaparecida la limitación. Si dicha delación no fue limitada, se finge que hubo adquisición

¹⁷ Los supuestos que pueden llegarse a dar con este criterio son absurdos. Dejando de lado el hecho de que se pueden hacer tributar herencias antiquísimas, pueden darse supuestos como el siguiente: primer causante fallecido que nombra a dos herederos. Una vez prescrito el impuesto del primer causante y antes de aceptar, fallece uno de los herederos. Si aplicamos la tesis de la Administración, cuando se acepte la herencia del primer causante, con relación al heredero superviviente habrá prescrito el impuesto. En cambio, con relación a los transmisarios del heredero que fallece, la herencia no habrá prescrito. Y si los transmisarios aceptan la herencia de su causante, pero no ejercen el *ius delationis* en relación a la herencia del primer causante, ¿se irá reproduciendo el devengo *in aeternum* en relación a la herencia del primer causante hasta que alguien la acepte? Esto convertiría los supuestos de *ius delationis* en imprescriptibles, hasta que alguien aceptara la herencia del primer causante, cuando, precisamente, en el impuesto de sucesiones, no es necesaria la aceptación para que se entienda producido el devengo.

en el titular de la delación, por lo que transcurrido el plazo de prescripción, ya no se podrá recaudar el impuesto en relación a ulteriores titulares de la delación que no podrán ver limitada fiscalmente su eventual delación dentro del periodo de prescripción establecido por el impuesto precisamente porque éste ya ha prescrito¹⁸.

Y precisamente es esto lo que se pretende cuando se argumenta que el transmisario no pudo adquirir ya que el transmitente no ejerció su derecho, apuntando que ello es una limitación y que cuando este fallece, ya puede ejercer su derecho¹⁹.

Pero este argumento no se puede compartir, ya que quien no es titular de la delación dentro del periodo de prescripción del impuesto no puede verla nunca limitada, máxime cuando su aptitud para suceder es remota y solo queda confirmada cuando se produce la defunción del transmitente y se conoce quiénes serán sus herederos.

Así, si el transmisario deviene titular de la delación dentro del período de prescripción, ahí sí que puede ver limitada con trascendencia fiscal su adquisición si se le impone por la ley o por el testador una limitación. Pero prescrito el impuesto, la limitación que pueda sufrir su delación será fiscalmente irrelevante, precisamente porque ya ha prescrito el impuesto²⁰.

¹⁸ A favor de la prescripción del impuesto en estos supuestos, SSTSJ de Madrid número de 22 de febrero de 2022, número de recurso 120/2022, de 19 de marzo de 2019, número de recurso 909/2017 y de 20 de diciembre de 2018, número de recurso 734/2017. También el TEAR de Madrid en Resolución de 26 de mayo de 2022, con referencia 28/13765/2021/00/00. Curiosamente, el TS, en relación a la STSJ de Madrid de 20 de diciembre de 2018, número de recurso 734/2017, inadmitió por providencia de 14 de octubre de 2019 la sustanciación de un recurso de casación al entender que la cuestión es meridianamente clara, situándose el devengo en el momento del hecho causante, que es la defunción del primer causante. Una segunda providencia, en el mismo sentido, se dictó el 6 de noviembre de 2019, en la impugnación de la STSJ de Madrid de 19 de marzo de 2019, número de recurso 909/2017. En todo caso, la presente controversia se resolverá ahora sí en breve, ya que la sentencia del TSJ de Cataluña de 28 de julio de 2022, número de recurso 144/2021 ha sido recurrida en casación.

¹⁹ DOPAZO ZORELLE, M., en *La razón de proporcionalidad en el impuesto de sucesiones*, tesis doctoral en www.tdx.cat, defiende la idea que la no aceptación de la herencia por el llamado es una limitación, si bien no queda claro que lo haga en el sentido que le están dando las Administraciones Autonómicas al hilo del derecho de transmisión.

²⁰ De alguna manera, las Administraciones Autonómicas intentan hacer valer un criterio similar al del TSJ de Galicia en su sentencia de 22 de enero de 2020, número de recurso 15918/2018 al hilo del cómputo del plazo de prescripción en las renunciaciones.

VII. CONCLUSIONES

La regulación del impuesto de sucesiones, en especial la cuestión relativa a cuándo se entiende realizado el hecho imponible y, por tanto, producido el devengo, es una cuestión controvertida.

La materia a regular sin duda no es sencilla precisamente por la complejidad del fenómeno sucesorio. En este sentido, la normativa fiscal busca conjugar la complejidad de la regulación civil de las herencias con las necesidades del fisco de gravar una manifestación de riqueza.

Ante la dificultad de la cuestión se establece una regulación que, con todas sus imperfecciones, tiene una coherencia interna que busca ante todo acotar las situaciones de fraude y facilitar la gestión del impuesto.

Es por ello que el legislador busca fijar un hecho concreto, la defunción del causante, para hacer viable la gestión del impuesto, haciendo girar toda la regulación del impuesto en torno a ese momento.

Por tanto, cualquier desviación de esa referencia, como momento en que se entiende realizado el hecho imponible y por tanto producido el devengo del impuesto, debe estar debidamente justificada para evitar situaciones de fraude que, en esta materia, están a la orden del día.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

BERMÚDEZ ODRIOZOLA, L., PÉREZ DE AYALA BECERRIL, L. y PÉREZ DE AYALA BECERRIL, M., *Comentarios al impuesto sobre sucesiones y donaciones*, Lex Nova, 2001.

DOPAZO ZORELLE, M., *La razón de proporcionalidad en el impuesto de sucesiones*, Tesis doctoral en www.tdx.cat

JUÁREZ GONZÁLEZ, J. M., *GPS Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

ROZAS VALDÉS, J. A., *Presunciones y figuras afines en el impuesto sobre sucesiones*, Marcial Pons, 1993.

Panorama



RECENSIONES

RECENSIÓN

AUTORREGULACIÓN PRECAUTORIA DE LA DISCAPACIDAD. ADOPCIÓN DE MEDIDAS VOLUNTARIAS EN PREVISIÓN DE UNA EVENTUAL DISCAPACIDAD FUTURA

Autor: MARTÍNEZ CALVO, JAVIER

Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, Colección “Por más señas. La Llave”, Fundación Aequitas, 2022

Ganador 2021 del XIX Premio Aequitas de “Investigación jurídica sobre personas con discapacidad, personas mayores, inmigrantes, infancia, refugiados u otros grupos que carezcan de la debida protección”, convocado por la Fundación Aequitas del Consejo General del Notariado.

Sofía de Salas Murillo

Catedrática de Derecho civil

Universidad de Zaragoza

Aunque en una primera impresión pudiera pensarse que la *medida estrella* prevista por la Ley 8/2021, de 2 de junio, es la curatela, puesto que como medida de origen judicial se aplica con carácter flexible a situaciones anteriormente objeto tanto de tutela como curatela, si se lee con atención su Exposición de Motivos y su articulado, enseguida se concluye que las auténticas protagonistas del cambio producido por la norma son las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria. Y ello, porque, justamente por su origen, son las más aptas para plasmar el criterio de respeto a la voluntad, deseos y preferencias

de la persona, que es la base del nuevo sistema. Dicho protagonismo se refleja en el carácter supletorio o complementario de las medidas adoptadas por la autoridad judicial, que, por otra parte, tampoco pueden adoptarse si hay una “*guarda de hecho que suponga apoyo suficiente*” (art. 255.IV CC).

A estas medidas se dedica el Capítulo II del nuevo Título XI “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”, del Libro Primero del Código civil.

En el citado capítulo se regulan, por una parte, un tipo específico de medidas voluntarias ya existentes en el ordenamiento: los poderes y mandatos preventivos, los cuales conforman una sección de dicho capítulo (arts. 256-262 CC), y de los que puede decirse que constituyen una medida razonablemente exitosa: desde el Consejo General del Notariado se informa de que en 2021, cerca de 14.000 personas otorgaron poderes de este tipo, cuya demanda ha crecido un 77 % de 2017 a 2021 y un 21 % en el primer semestre de 2022. El origen voluntario de esta declaración de voluntad salva el inconveniente que podría suponer el carácter representativo —proscrito como modo ordinario de medida de apoyo por la Convención de Nueva York— porque la sustitución es, precisamente, el resultado del respeto a la voluntad de la persona. Ahora bien, sin negar su indudable utilidad e implantación, su carácter unilateral puede poner en duda la eficacia de esta figura como medida de apoyo, pues el poder posibilita, pero no obliga a nada al apoderado.

Junto a estas medidas, se prevé otra posibilidad más genérica, novedosa y distinta de aquellas: los acuerdos sobre medidas de apoyo, en los que es la propia persona con discapacidad que ya necesita los apoyos quien determina su contenido, alcance y persona que desea que se los preste. No los denomina como tales el legislador, pero su existencia como figura autónoma deriva del empleo del verbo “acordar” en el nuevo art. 255.I CC: “*Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes*”.

Participa asimismo de la naturaleza de medidas de naturaleza voluntaria la autocuratela, aunque su regulación se halle, lógicamente, en el capítulo dedicado a las medidas tomadas por la autoridad judicial (arts. 271-274 CC).

También se consideran medidas voluntarias, fuera del Código civil, y limitadas al ámbito de la salud, las instrucciones previas en materia sanitaria, conocidas como documento de voluntades anticipadas o testamento vital, cuyo uso —también según el Consejo General del Notariado—, aumentó un 47 % de 2017 a 2021.

La monografía del prof. Javier MARTÍNEZ CALVO, brillantemente avalada por la concesión del XIX Premio Aequitas convocado por la Fundación Aequitas del Consejo General del Notariado, y que tengo el placer de recensionar, tiene el acierto de dedicar su estudio a estas medidas, centrándose, dentro de ellas, en las de carácter precautorio o anticipatorio, como su propio título indica.

Tras un prólogo de Emilio OLABARRÍA MUÑOZ, la obra comienza con una presentación de las líneas maestras del nuevo sistema implantado en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad, en el que se destaca lo que el autor intitula como ampliación de la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad. Y aquí el título del epígrafe está —como todo en esta obra— bien pensado y elegido, pues a nadie se escapa que el sistema anterior ya reconocía espacios de relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad: en la obra se habla de ampliación para resaltar la mayor autonomía de actuación que ahora se reconoce, plasmada en el rechazo hacia los sistemas de representación, así como la primacía absoluta de la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad, el desplazamiento o incluso, para algunos, la erradicación del criterio rector de interés superior de la persona con discapacidad, o el derecho a participar en el procedimiento de provisión de apoyos, regulado con detalle en la nueva norma.

Es en este marco, donde se encuadra la posibilidad de establecer medidas preventivas de carácter voluntario, que se estudian con detalle en el capítulo 5 del volumen: la autocuratela, los poderes y mandatos preventivos, y las voluntades anticipadas, estas últimas, reguladas en norma distinta de la Ley 8/2021, pero que comparten fundamento con aquellas y que por ello son objeto de este estudio conjunto. Y digo conjunto porque, aunque cada una de las partes de este capítulo 5 pueden considerarse unas pequeñas mo-

nografías sobre la materia —puesto que el autor se pregunta por todas las cuestiones, antiguas y nuevas, que plantean cada una de estas tres figuras—, tiene la virtud de interrelacionarlas siempre que es preciso, y ello tanto en los correspondientes apartados como en el interesantísimo capítulo 6, titulado “Concurrencia de varias medidas”.

La obra continúa con un análisis de un elemento esencial en el nuevo sistema que, de alguna forma, sirve de contrapeso al protagonismo de la voluntad: los mecanismos de control y las salvaguardas frente a posibles conflictos de intereses. Se completa la obra, dejando un agradable *sabor de exhaustividad*, con lo relativo a la publicidad registral de las medidas, así como a su revisión, modificación y extinción.

He empleado la expresión *sabor de exhaustividad*, porque, conforme avanza la obra, el lector se va formulando preguntas a las que el autor va dando fundamentada respuesta, y es más, cuando en ocasiones se piensa que ya se ha agotado todo, el prof. MARTÍNEZ CALVO aún plantea otras (como la aplicación de las medidas de apoyo en materia de gestión del patrimonio digital), todo ello como digo, con una sólida base doctrinal y con abundantes valoraciones críticas y propuestas *de lege ferenda*, que demuestran que, pese a su juventud, el autor ya cuenta con una más que notable madurez científica, que no puede sino enorgullecer a la Universidad de Zaragoza, en la que se ha formado y en la que desempeña su labor académica.

La estructura es detallada, con un lenguaje claro y preciso, que va guiando cómodamente al lector, que consigue hacerse una completa visión de conjunto de las tres figuras, pero sin eludir pronunciarse sobre cuestiones problemáticas, como, en lo relativo a la autotutela, la posibilidad de otorgar escritura de aquella cuando ya se precisan las medidas de apoyo: el autor lo admite, si bien resalta la importancia del cuidado para evitar situaciones de captación de voluntad o influencia indebida sobre la persona otorgante.

En cuanto a la designación como curador de una persona jurídica con ánimo de lucro, tras constatar la ausencia de una limitación de ese tipo en los países de nuestro entorno, propugna que tal limitación tenga carácter dispositivo, lo que proyecta también respecto algunas de las prohibiciones para desempeñar tal cargo contenidas en el art. 275 CC, y respecto a quienes prestan servicios asistenciales, los cuales, en principio, tienen vedado

el ejercicio de medidas de apoyo para no ser, como se ha dicho en repetidas ocasiones, para justificar la introducción de esta nueva prohibición, “juez y parte”.

Respecto a los poderes y mandatos preventivos, muy interesante resulta su sugerencia —o, al menos, la consideración de la idea— de entender como requisito de validez del poder *ad cautelam* la formulación de modo explícito de las condiciones y circunstancias para que aquel cobre eficacia. También la de que el poder no sea eficaz sin que el notario haga constar en él que se ha cumplido el supuesto de hecho previsto para ello, e incluso, dado que de su otorgamiento consta en el Registro civil, que se hiciera constar en la inscripción su activación. Un posible contenido del poder podría ser, como ya he adelantado, la gestión del patrimonio digital, a través de lo que se conoce como voluntades digitales, de las que si bien no hay legislación nacional clara al respecto, nada impide que puedan ser encomendadas en cuanto su gestión futura a través de alguna de estas medidas de apoyo: es más, lo que hoy nos puede parecer casi anecdótico, posiblemente en breve haya adquirido un relevante protagonismo.

Íntimamente unidas con las dos medidas anteriores, aunque estas no tengan que constar en escritura pública, están las voluntades anticipadas, que MARTÍNEZ CALVO, tras exponer su marco normativo, pone en relación con el eje vertebrador del libro: la persona con discapacidad, para la que pueden ser especialmente útiles para, por ejemplo, consentir anticipadamente un internamiento en un centro especializado, cuando resulte conveniente por su integridad física o psíquica. Respecto a la innecesariedad de escritura pública, expone una serie de argumentos por los que, en su opinión, sería conveniente que se adoptase esta forma de otorgamiento, entre otras cosas, porque a través del documento de voluntades anticipadas se va a designar a un representante que en la práctica va a asumir un rol semejante al del apoderado preventivo.

Como ya he adelantado, se aborda el escenario de la concurrencia de varias medidas: la subsistencia de un poder preventivo junto a un caso de curatela representativa, o la relación de esta última con una guarda de hecho, o con un representante para actuar como interlocutor con el personal sanitario, que puede, en su opinión, tener una función autónoma y diferenciada

de los anteriores. Resalta la función del juez en este punto, que si aprecia incompatibilidad entre las medidas, puede extinguir la que considere menos conveniente para la persona: no podemos olvidar que en el sistema implantado por la Ley 8/2021, aun presidido por la repetida idea del respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, el juez puede acabar interviniendo en una suerte de heterorregulación para asegurar que la persona tenga los apoyos necesarios para el ejercicio de su capacidad.

Son muchas las cuestiones que aborda esta monografía ganadora del Premio Aequitas, y que revelan el dominio del autor sobre esta materia, el cual lleva ya tiempo aportando su trabajo y conocimientos a distintos Proyectos de investigación, de los que vengo siendo investigadora principal junto con la prof. M^a Victoria MAYOR DEL HOYO: en la actualidad, en el Proyecto de la Agencia Estatal de Investigación “Vulnerabilidad patrimonial y personal: retos jurídicos” (PID2019-105489RB-I00). Los investigadores que conformamos este equipo, procedentes de universidades españolas, europeas y americanas, de alguna forma nos felicitamos también por ello, valorando la suerte de contar entre nosotros con un civilista con la capacidad de trabajo, acertado análisis y generosidad de Javier MARTÍNEZ CALVO. El campo que tenemos delante de nosotros es amplio y las aportaciones que en él se hagan, absolutamente necesarias. Confiamos en que trabajos como este contribuyan a consolidar el ordenamiento jurídico en materias tan decisivas como la que es objeto de esta monografía.

NORMAS PARA LA REMISIÓN DE LOS TRABAJOS DE LA RJN

- Los trabajos remitidos a REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO (en adelante, RJN) para su publicación habrán de ser **originales e inéditos**.
- **Envío:** los trabajos serán enviados a revistajuridica@notariado.org, debiéndose indicar, junto al nombre completo del autor, NIF y domicilio fiscal del mismo.

Los trabajos han de cumplir con los **siguientes criterios**:

- a) Extensión de los trabajos:** Se premiará ante todo la calidad y el interés del texto, pero con carácter orientativo se indica que como máximo los estudios doctrinales tendrán una extensión de unas 40 páginas, y los artículos de práctica jurídica de 15 páginas.
- b) Formato del archivo:** Word.
- c) Fuente y párrafo:**
 - Tipo de letra: Times New Roman.
 - Estilo: sin negritas ni subrayados.
 - Tamaño de letra: 12 (texto principal) y 10 (notas).
 - Interlineado: sencillo.
- d) Estructura.** Todos los trabajos enviados para su publicación habrán de contener, al inicio de los mismos, los siguientes datos en el orden que a continuación se relaciona:
 - i. Título** del trabajo (en español y en inglés).
 - ii. Autoría:** nombre y apellidos del autor/es y grado académico o situación profesional.
 - iii. Resumen** del artículo en castellano (entre seis y ocho líneas).

- iv. **Resumen** del artículo en inglés (*abstract*).
- v. **Palabras clave** en castellano (de 5 a 10 palabras).
- vi. **Palabras clave** en inglés (*keywords*).
- vii. **Sumario**, según la siguiente numeración y fuente:
 - I. (en mayúscula y negrita)
 - 1. (en minúscula y negrita)
 - 1.1. (en minúscula y negrita)
 - 1.1.1. (en minúscula y negrita)

El último apartado será la **Bibliografía**, que deberá contener las referencias bibliográficas ordenadas alfabéticamente por el primer apellido del autor y según la forma establecida en el apartado siguiente.

- e) Las **notas** se situarán a pie de página, debiendo atenderse, en las **referencias bibliográficas**, los siguientes criterios:

Libro:

APELLIDOS, INICIAL DEL NOMBRE (en mayúsculas), *Título de la obra (en cursiva)*, edición, lugar de publicación, editorial, año.

Capítulo de Libro:

APELLIDOS, INICIAL DEL NOMBRE (en mayúsculas), “Título del capítulo” (entre comillas), en: apellidos e inicial del nombre (ed./dir./coord.), *título del libro (en cursiva)*, edición, lugar de publicación, editorial, año, pp. inicial y final.

Artículo:

APELLIDOS, INICIAL DEL NOMBRE (en mayúsculas), “Título del artículo” (entre comillas), en: *título de la revista (en cursiva)*, número de la revista, año, pp. inicial y final.

Documento electrónico:

A lo indicado en los puntos anteriores (según sea libro, capítulo de libro o revista), deberá indicarse: [consultado el (fecha de la consulta)], dispone en (dirección URL).

La referencia de la obra ha de ser completa la primera vez y abreviada en las siguientes. Igualmente será completa en la bibliografía final.

El Consejo Editorial de la RJN rechazará los trabajos que no cumplan las normas de publicación indicadas.

- **Selección y valoración:** Los trabajos recibidos son sometidos a un proceso de evaluación y selección anónimo y llevado a cabo por dos especialistas en la materia, externos al Consejo Editorial y de Redacción, quienes elaborarán un informe, redactado en el idioma en que lo esté el original, sobre su contenido.

El informe de los evaluadores será motivado y recomendará la aceptación, la revisión o el rechazo del trabajo. En caso de discrepancia, el Consejo Editorial de la revista procederá a consultar a un tercer evaluador experto, quien emitirá un tercer informe decisorio.

Los informes de los evaluadores serán remitidos a los autores a fin de que éstos procedan a incorporar las correcciones y, en la medida de lo posible, las sugerencias en ellos contenidas.

La decisión final sobre la publicación de los trabajos corresponde al Comité Editorial, una vez vistos los informes de los evaluadores.

- **Cesión de derechos:** El autor cede los derechos de distribución, comunicación pública y reproducción de su trabajo para su publicación en la RJN en cualquier tipo de soporte, así como para su inclusión en las bases de datos en las que la revista esté indexada.