

# FAMILIA SUCESIONES ICAV

## **CARMEN VARELA**

Claves para entender la sustracción internacional de menores

## **BORJA ÁLVAREZ**

Valores, acciones y liquidación de sociedad de gananciales

## **ISABEL JOSEFA RABANETE**

Nuevo paradigma de los poderes y mandatos preventivos

## **GONZALO MUÑOZ RODRIGO**

La inidoneidad de la posesión de estado

## **JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE**

El alcance de la acción de división de la cosa común respecto de los bienes gananciales o hereditarios

# CONGRESO DE DERECHO DE SUCESIONES

En el dinámico y complejo campo del Derecho, los cambios y actualizaciones constantes requieren de un estudio profundo y especializado. Tras el éxito rotundo del Congreso de Derecho de Familia, que nos brindó una plataforma invaluable para el intercambio de ideas y conocimientos, es un honor presentar el próximo Congreso de Derecho de Sucesiones. Este evento, que se celebrará próximamente, se propone como una continuación natural y necesaria del análisis jurídico, enfocándose en un ámbito de vital importancia para la sociedad y el ejercicio profesional.

El Derecho de Sucesiones, que regula la transmisión de bienes, derechos y obligaciones tras el fallecimiento de una persona, constituye uno de los pilares fundamentales de nuestro sistema jurídico. No solo afecta a los individuos y sus familias, sino que también tiene profundas implicaciones económicas y sociales. Entender y dominar las normativas y procedimientos sucesorios es esencial para cualquier jurista, notario o profesional del derecho que aspire a ofrecer un servicio integral y competente a sus clientes.

En este contexto, el Congreso de Derecho de Sucesiones se presenta como una oportunidad única para profundizar en los aspectos más relevantes y actuales de esta rama del derecho. Se abordarán temas cruciales como la planificación sucesoria, las impugnaciones testamentarias, y las nuevas tendencias jurisprudenciales y legislativas. Todo ello, de la mano de ponentes de reconocido prestigio, cuya experiencia y conocimientos garantizarán un contenido de altísima calidad y relevancia práctica.

Además, el congreso fomentará el debate y el intercambio de experiencias entre los asistentes, creando un espacio propicio para el networking y la colaboración profesional. La interactividad y la participación activa serán elementos clave, permitiendo a los participantes resolver dudas, compartir casos prácticos y enriquecer su formación de manera significativa.

**José Manuel Serrano Yuste**

*Secretario de la Sección de Familia y Sucesiones del ICAV*



Avalar y justificar este congreso no solo es un acto de respaldo a la iniciativa, sino también un reconocimiento de la necesidad imperiosa de actualización constante en el ámbito del Derecho de Sucesiones. En un mundo en constante cambio, donde las estructuras familiares y las relaciones patrimoniales evolucionan a gran velocidad, mantenerse al día con las novedades y tendencias es crucial para ofrecer un servicio jurídico de excelencia.

Invitamos a todos los profesionales del derecho a sumarse a esta cita imprescindible, donde encontrarán el conocimiento y las herramientas necesarias para afrontar con éxito los desafíos que plantea el Derecho de Sucesiones en la actualidad. Este congreso no solo será un espacio de aprendizaje, sino también una plataforma para fortalecer los lazos de la comunidad jurídica y construir juntos un futuro más justo y equitativo.

¡Nos vemos en el Congreso de Derecho de Sucesiones, un evento que promete ser tan exitoso y enriquecedor como su predecesor en el ámbito del Derecho de Familia!

# 02

EDITORIAL

JOSÉ MANUEL  
SERRANO YUSTE

Congreso de  
Derecho de  
Sucesiones

# 04

CARMEN VARELA

Claves para  
entender la  
sustracción  
internacional  
de menores

# 08

BORJA ÁLVAREZ  
IGLESIAS

Valores, acciones  
y liquidación  
de sociedad de  
gananciales

# 10

ISABEL JOSEFA  
RABANETE

Nuevo paradigma  
de los poderes  
y mandatos  
preventivos

# 16

GONZALO MUÑOZ  
RODRIGO

La inidoneidad  
de la posesión de  
estado

# 22

JOSÉ RAMÓN  
DE VERDA Y  
BEAMONTE

El alcance de la  
acción de división  
de la cosa común  
respecto de los  
bienes gananciales  
o hereditarios

**icav**

Ilustre Colegio de  
Abogados de Valencia

FAMILIA Y SUCESIONES **ICAV**  
NÚMERO 30/2024

[Edita] Sección de Familia del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia.  
Plaza Tetuán, 16- 46003 Valencia. Tel. 963 9412 887.

Web: [www.icav.es](http://www.icav.es) / E-mail: [familiaysucesiones@icav.es](mailto:familiaysucesiones@icav.es) [Directora] Palmira Trelis Martín.  
[Colaboradores] José Manuel Serrano Yuste, Carmen Varela, Borja Álvarez Iglesias, Isabel Josefa Rabanete, Gonzalo Muñoz Rodrigo, José Ramón de Verda y Beamonte.

[Imágenes] Por Freepik.  
ISSN 2659-3122

Las opiniones que figuran en la publicación "FAMILIA Y SUCESIONES **ICAV**" pertenecen exclusivamente a sus autores.

# CLAVES PARA ENTENDER LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES



En un mundo cada vez más globalizado, con un número creciente de matrimonios o parejas mixtas (*de diferente nacionalidad*), estamos viendo como las sustracciones internacionales de menores se están incrementando año tras año con los consiguientes problemas jurídicos que ello comporta. Entre otros, la compleja regulación internacional e interna de dichos procesos y la falta de formación especializada de Magistrados, Fiscales, Cuerpos de Seguridad del Estado y abogados. Por ello, en este artículo voy a intentar explicar los aspectos más importantes de estos procesos debiendo empezar, sin duda, por SU MARCO LEGAL que se basa en dos instrumentos

**1.** *Reglamento n.º 2019/1111, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sus-*

*tracción internacional de menores, que entró en vigor el 01/08/2022*

- *Se aplica en casos de traslado o retención ilícitos de un menor de 16 años que afecten a más de un Estado miembro, completando el Convenio de La Haya de 1980.*
- *Su aplicación no depende de la nacionalidad del menor que sea víctima de la sustracción internacional, sino de su residencia habitual en un Estado Miembro de la Unión Europea.*

**2.** El Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores suscrito por 103 países entre los que se encuentra España. Dicho convenio se aplica a los menores de dieciséis años que tuvieran su re-

sidencia habitual en un Estado contratante en el momento inmediatamente anterior a la sustracción.

## ¿CUANDO SE CONSIDERA ILICITO EL TRASLADO DE UN MENOR?

**1.** Cuando se produzcan con infracción de un derecho de custodia atribuido a una persona o a una institución con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual. Ahora bien, hay que tener claro que la definición de custodia que se contempla en el art. 5 del Convenio de la Haya de 1980, coincide con nuestro concepto de patria potestad.

**2.** Cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, es decir,

- Cuando un progenitor que tiene concedido un derecho de estancias aprovecha su periodo para sustraer al menor y trasladarlo a otro país distinto de donde este tiene establecida su residencia habitual con el progenitor custodio.
- Cuando ambos progenitores ejercen conjuntamente la custodia por mandato legal o judicial, y uno de ellos traslada al menor a otro país, y priva así al otro progenitor del ejercicio del derecho de custodia.
- Cuando un progenitor que tiene atribuida la custodia del menor necesita la autorización del otro progenitor o del juez para trasladarlo a otro Estado y lo hace sin solicitarlo.

## ¿QUÉ SE DEBE ENTENDER POR RESIDENCIA HABITUAL?

El Convenio de La Haya de 1980 tampoco define lo que es RH ni determina el periodo de tiempo necesario para la adquisición de esta, por lo que:

- Debe realizarse un análisis del caso concreto para poder determinar si el menor ha permanecido físicamente el tiempo suficiente en el lugar para integrarse en el mismo y consolidarlo como su residencia habitual teniendo como elementos clave la vocación de permanencia y la integración del menor en el mismo.

- Debemos acudir a la jurisprudencia para ver cómo se ha ido definiendo dicho concepto para poder concluir que la residencia habitual de un menor es el lugar donde éste ha permanecido físicamente durante el tiempo suficiente para crear vínculos que le han permitido integrarse en el mismo con vocación de permanencia.

## EL PROCESO DE RESTITUCIÓN

El Convenio de la Haya ha establecido un sistema de cooperación entre Autoridades Centrales, para que sean las encargadas de recibir y transmitir las solicitudes de retorno y que lleguen a las autoridades competentes del Estado a donde el menor ha sido trasladado o retenido.

Así, por ejemplo, si el estado donde el menor tenía su RH es España, el progenitor podrá dirigirse a la Autoridad Central española, esto es, al Ministerio de Justicia, y presentar allí la correspondiente solicitud de restitución.

Si, por el contrario, se produce la sustracción de un menor residente en el extranjero a España, será la Autoridad Central española quien, tras recibir la solicitud de restitución internacional, deberá remitirla a la Abogacía del Estado,

El Juzgado competente será el Juzgado de Familia (o, en su defecto 1ª Instancia) de la capital de provincia en cuya circunscripción se halle el menor.

Dicho proceso sera preferente y urgente dy, por ello el LAJ deberá admitir la demandae en el plazo de 24 horas y dictarse la resolución como máximo seis semanas después de la interposición de la demanda.

El procedimiento se inicia con la presentación de una demanda en la que se incluya:

1. Petición de restitución del menor o su retorno al lugar de procedencia.
2. Información exigida por la normativa internacional aplicable.
3. Identidad del demandante, menor y persona que se considere que lo ha sustraído o retenido.
4. Motivos en que funde la reclamación.



5. Información que tenga sobre la localización del menor e identidad de la persona con la que se supone que se encuentra.
6. Solicitud de restitución del menor o de retorno a su residencia habitual

Se deberá acompañar, además, la documentación requerida por el convenio o norma internacional

El LAJ admite a trámite la demanda en 24 horas, que se tramitara por el juicio verbal, requiriendo al demandado para que en el plazo máximo de 3 días comparezca con el menor y manifieste si accede a la restitución o retorno o se opone a ello, oposición que deberá ser por escrito y alegando alguna de las causas del Convenio o Reglamento

**POSTURAS DEL DEMANDADO**

• Si el demandado comparece y accede a la restitución o retorno	El juez dictará auto acordando la conclusión del proceso y el retorno/ restitución del menor.
---	---

Si el demandado no comparece	Se le declarará en rebeldía y se citará al demandante y al Ministerio fiscal a la vista.
• Si el demandado comparece y accede a la restitución o retorno	El juez dictará auto acordando la conclusión del proceso y el retorno / restitución del menor.
Si el demandado no comparece	Se le declarará en rebeldía y se citará al demandante y al Ministerio fiscal a la vista.

Si comparecido, no lo hace en forma, no presenta oposición o no procede a la entrega o retorno del menor	Las consecuencias serán las mismas que si no compareciera.
--	--

Si el sustractor no accede a la restitución voluntaria y formula oposición por escrito alegando alguno de los motivos del Convenio o Reglamento

El procedimiento continuará por los trámites del juicio verbal y en el mismo acto de comparecencia serán citados todos los interesados y el Ministerio Fiscal

En cualquier momento del proceso, pero antes de dictar sentencia, y en presencia del fiscal, el juez oirá separadamente al menor, salvo que no lo considere conveniente según su edad o grado de madurez.

Tras oírlo, dictará sentencia en la que solo se podrá pronunciar sobre si el traslado o la retención son ilícitos y acordar si procede o no la restitución del menor, así como la forma y el plazo de ejecución. Además, si se acuerda el retorno, la sentencia condenará al sustractor al pago de las costas procesales, incluidas aquellas en que haya incurrido el solicitante, los gastos de viaje y los que ocasionen la restitución al Estado de su residencia habitual anterior a la sustracción.

El Convenio de la Haya de 1980 en su art. 16 establece que los órganos judiciales del lugar a donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente no pueden pronunciarse sobre la custodia hasta que se resuelva la restitución.

## RECURSOS

El plazo de interposición del recurso de apelación es de 3 días, a contar desde el día siguiente a la notificación del auto, debiendo admitirlo o no el Juez en 24 horas desde que se presente, y debiendo resolverlo en el plazo improrrogable de veinte días.

## ESPECIAL MENCIÓN A LA CAUSA DE OPOSICIÓN AL RETORNO REGULADA EN EL ART. 13B DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980

La autoridad judicial del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si quien se opone a su restitución demuestra que concurre alguna de las circunstancias que prevé el *art. 13 del Convenio*.

Yo me voy a detener en la causa del apartado 13.b, a saber, el *grave riesgo de que la*

*restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable, por ser uno de los motivos de oposición más alegados en los procesos de sustracción.*

La interpretación que hacen los tribunales de esta excepción es absolutamente restrictiva y solo puede operar en aquellos supuestos en que se pruebe, sin ningún género de dudas, que el traslado de los menores al país de la RH, puede colocarlos en situación de grave riesgo. Y para que lo aprecien aquellos se basan, principalmente, en el análisis del *interés superior del menor*.

La jurisprudencia ha estimado que existe grave riesgo en los supuestos siguientes

1. *Cuando el retorno del menor suponga enviarlo a una zona de guerra, hambruna o enfermedad.*
2. *Cuando se acredite que el progenitor sustractor es víctima de violencia de género*
3. *Existencia de abuso sexual, alcoholismo grave, consumo de drogas, profundas depresiones, frecuentes condenas penales, o si el menor padece un fuerte temor al padre, desventajas económicas o educativas para el menor al momento del retorno.*
4. *Riesgos asociados a la salud del niño*
5. *Separación del menor con respecto al progenitor sustractor cuando éste no puede entrar al Estado de RH del niño y, finalmente,*
6. *Separación del menor con respecto a sus hermanos y/o hermanas*

Carmen Varela



# VALORES, ACCIONES Y LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES



A la hora de liquidar una sociedad de gananciales la práctica da lugar a tantas situaciones diferentes que ha sido la jurisprudencia la que ha tenido que ir dando las claves para la correcta interpretación de la normativa, siendo así que, además, hasta la Sentencia de Pleno del TS de 21 de diciembre de 2015 todas las cuestiones relativas a los procedimientos de liquidación de gananciales no tenían acceso a casación, por lo que la jurisprudencia mayor al respecto es aún muy “joven” y con bastantes cuestiones pendientes de resolver. Entre tales cuestiones ya de largo venía generando discusiones el carácter, privativo o ganancial, de las acciones y sus dividendos o beneficios.

Se plantea el supuesto de que uno de los cónyuges posee, con carácter privativo, un determinado número de acciones que generan dividendos, los cuales pueden ser percibidos periódicamente, adjudicados a reservas de la empresa o convertirse en nuevas participaciones sociales; posteriormente y constante la sociedad de gananciales, las acciones se venden por una cantidad muy superior, obteniendo pingües beneficios en la operación.

No hay discusión respecto a los dividendos percibidos, evidentemente son frutos y tie-

nen carácter ganancial (art.1.347.2ºCC), ni tampoco la hay con los beneficios obtenidos por la diferencia de precio entre la compra y la venta, resulta un incremento de valor que, por el principio de subrogación real del artículo 1.346.3º CC es privativo. Sin embargo ¿qué pasa con los dividendos no repartidos y llevados a reservas de la Sociedad o, en su caso, los convertidos en ampliaciones de capital y, por ello, nuevas participaciones? Hasta hace unos años la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales se repartía en tres bloques:

- 1.** Las que consideraban que los dividendos aplicados a reservas tenían carácter ganancial por aplicación del art. 128 Ley de Sociedades de Capital y la aplicación analógica de los frutos del art. 1.347.2 CC.
- 2.** Las que entendían que tenían carácter ganancial siempre que hubiera fraude en la aplicación de los dividendos a reservas (p.ej. porque el cónyuge titular fuera el administrador único y se aplicaran de mala fe).
- 3.** Las que no admitían en ningún caso ese carácter ganancial ni la aplicación analógica del art.1.347.2 y consideraban el capital social siempre privativo independientemente de que procediera o se constituyera con dividen-

dos no repartidos en aplicación pura y dura de la subrogación real.

Así estaba la cuestión hasta que el Tribunal Supremo, en el año 2020 dictó dos Sentencias, una de ellas de pleno, que trataban de clarificar la cuestión:

La Sentencia de Pleno 60/2020 de 3 de febrero establece el carácter privativo de los beneficios aplicados a reservas por considerar que las mercantiles son entidades con personalidad jurídica propia e independiente de sus socios (art. 33 LSC) y, por ello, las reservas, mientras permanezcan en el patrimonio de la sociedad, tendrán el mismo carácter que las participaciones, es decir privativo. Y ello pese a reconocer la posibilidad de establecer su carácter ganancial en caso de fraude en el caso de que se pruebe que la constitución de la reserva se realiza de forma fraudulenta para evitar la aplicación del artículo 1.347.2º; advirtiendo que tal actitud sería un fraude de ley del artículo 6.4 CC o un fraude de la sociedad de gananciales de los artículos 1.390 y 1.391 CC.

La Sentencia 298/2020 de 6 de junio que se ocupa, en concreto, de las reservas aplicadas a ampliación de capital y **advierde que** *“se genera un derecho de crédito a favor de la sociedad de gananciales, en tanto en cuanto las reservas, que encierran beneficios no repartidos, fueron aplicadas a adjudicar a los cónyuges participaciones de su exclusiva titularidad; mientras que, por el contrario, las reservas destinadas a la emisión y adjudicación de participaciones gananciales no generan ningún derecho de crédito a favor de la sociedad conyugal, al convertirse precisamente en bienes de aquella naturaleza, que serán objeto del oportuno reparto en las operaciones liquidatorias, sin generar ningún derecho de crédito de la sociedad de gananciales, extremo éste en que el recurso no debe ser estimado”*. Llegando a justificar que *“Lo razonado no supone infracción de la doctrina de la sentencia del Pleno 60/2020, de 3 de febrero, en la que se determinaba el carácter no ganancial de las cantidades existentes destinadas a reservas al tiempo de la disolución de la sociedad de gananciales, mientras que, en este caso, se utilizaron para la creación y atribución de títulos privativos a los cónyuges vigente dicho régimen económico matrimonial”*.

Así, en definitiva, la jurisprudencia del Tribu-



nal Supremo nos da pistas y establece criterios para la configuración del carácter de los dividendos, las reservas y las ampliaciones de capital, pero, como no podía ser menos, sigue dejando una puerta abierta para todos aquellos casos particulares que, saliéndose de la norma o por incluir nuevos elementos, permitan distintas conclusiones.

**Borja Álvarez Iglesias**  
Oviedo



# NUEVO PARADIGMA DE LOS PODERES Y MANDATOS PREVENTIVOS



**1.** El Preámbulo de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, establece que “Dentro de las medidas voluntarias adquieren especial importancia los poderes y mandatos preventivos, así como la posibilidad de la autocuratela”, y lo refuerza a lo largo de su articulado, dando especial importancia a la necesidad de que las personas, incluidas las discapacitadas, puedan expresar su voluntad y preferencias. Y, una forma de llevarlo a cabo es pudiendo decidir anticipadamente sobre las personas que les prestarán las medidas de apoyo en el supuesto de necesitarlas.

Los poderes y mandatos preventivos se regulan en los arts. 256 a 262 CC, modificados por la Ley 8/2021. En el articulado se contemplan dos tipos de poderes preventivos: el poder preventivo con cláusula de subsistencia, regulado en el art. 256, conocido como poder continuado, en el que el poderdante otorga el poder con efectos inmediatos, incluyendo en él una “cláusula que estipule que en el poder subsista si en el futuro precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad”; y al que se refiere el art. 257, que sería el poder preventivo en sentido estricto, el poder para el que realmente se ha incluido la nueva regulación de esta figura, que es el poder que se otorga solo para el supuesto de que en el futuro se precise apoyo en el ejercicio de la capacidad.

En ambos tipos de poderes se exige la escritura pública (art. 260), y en el poder preventivo en sentido estricto además se establece que la acreditación de que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se hará a través de las previsiones del poderdante, lo que podrá reforzarse mediante un acta notarial que, además del juicio del notario, incorpore un informe pericial en el mismo sentido.

**2.** *Se han planteado preguntas sobre si la persona que otorga el poder o mandato preventivo puede decidir, e incluso determinar, la circunstancia que motiva la situación de apoyo, y, por tanto, el momento en el cual tendría eficacia el poder, lo que supondría una vulneración del principio de necesidad establecido en la Convención de New York, que dio pie a la Ley 8/2021. Al respecto debo decir que, si bien es cierto que podemos pensar que queda al arbitrio del poderdante o mandante el momento en el cual produce eficacia el poder o mandato, dado que no hay un concepto de “necesidad de apoyo” o de “situación de apoyo”, creo también que esta cuestión no es tan importante, puesto que, en todo caso, el poderdante siempre ha tenido la libertad de decidir cuándo su poder tendrá o no eficacia, por lo que no cambiaría nada respecto de un poder general. Evidentemente, esto puede hacer pensar que quizá debería ponerse en tela de juicio la necesidad de utilizar la figura de los poderes y mandatos preventivos, cuyas normas son imperativas, en los supuestos en los que, por la situación de la persona autorizante y de los apoyos que ésta pretenda acordar, sea suficiente con utilizar la figura del mandato general. Sin embargo, la regulación de los poderes y mandatos preventivos en sede de discapacidad tiene su causa justamente en que estos son entendidos como una medida de apoyo voluntaria, de modo que, salvo que sea estrictamente necesario, será suficiente con lo establecido en los poderes y mandatos preventivos para que el poderdante obtenga las medidas de apoyo necesarias, y de las personas a las que les confió esa tarea, evitando así tener que pasar por un, siempre complicado, proceso judicial que establezca una medida de apoyo no voluntaria. Si queda o no en manos del poderdante o mandante el establecimiento de lo que deba entenderse como “circunstancia que propicia la medida de apoyo” es debido a la parca regulación que la Ley 8/2021 ha dado a las medidas de apoyo, pero que creo no debe ser óbice para desnaturalizar la figura de los poderes y mandatos preventivos.*

*Dado que el Código Civil no dice qué ha de*

*entenderse por “necesidad de apoyo”, como tampoco define lo que ha de entenderse por medidas voluntarias de apoyo, será el poderdante el que decida cuándo se entenderá que ha llegado el momento en el que el poder general despliega sus efectos como poder preventivo, en caso de ser poder continuado; y cuándo se produce el supuesto de hecho que hace que el poder preventivo en sentido estricto comience a producir efecto. Pero, hay una diferencia entre los dos tipos de poderes preventivos. En el caso del poder preventivo en sentido estricto, parece que el legislador con el art. 257 CC ha optado, no solo por dejar en manos de la persona que necesitará el apoyo decidir cuándo será, sino obligarle a que en el poder indique las causas y/o circunstancias que supondrán la llegada de la necesidad de apoyos. No obstante, cabe preguntarse qué pasa si nada indica el poderdante en el poder, y se limita a decir que será eficaz cuando se precisen apoyos, por ejemplo. Es cierto que el precepto es, cuanto menos, confuso, pero creo que su redacción no obliga a que en el poder se especifique exactamente las causas y/o circunstancias que deberán darse para que éste despliegue sus efectos, por lo tanto, no será requisito sine qua non para que el poder preventivo en sentido estricto sea válido. Es evidente que con el fin de no crear inseguridad jurídica, lo deseable es que en el poder se establezcan las causas y/o circunstancias que deberán concurrir para que se entienda que ha llegado el momento en el que el poderdante necesitará apoyos, y así que el poder preventivo en sentido estricto comience a desplegar todos sus efectos. De hecho, aquí el notario será el aliado necesario del poderdante, el cual debería depositar toda su confianza para dejarse asesorar, a fin de que el poder sea lo suficientemente claro, para evitar posteriores comprobaciones de capacidad.*

*En el supuesto de que nada se indique en el poder, para acreditar que se dan las circunstancias que hacen necesarias las medidas de apoyo, podrá aplicarse lo indicado en el propio art. 257 CC: levantar un acta notarial que incorpore un informe pericial que constate que se dan las circunstancias que se indican en el poder para considerar que deben iniciarse las medidas de apoyo. También podrán tenerse en cuenta cualesquiera otros medios que prueben que la persona que ha otorgado el poder necesita apoyos, bien mediante certificados médicos, bien porque se le haya modificado judicialmente la capacidad, o bien porque se le declare por el organismo corres-*

*pondiente una discapacidad que suponga la necesidad de apoyos. Y lo dicho, entiendo que aplicaría tanto al poder continuado como al poder preventivo en sentido estricto. De hecho, la razón por la que el legislador solo ha hecho referencia a la acreditación de la situación de necesidad de medidas de apoyo en el poder preventivo en sentido estricto no se entiende, puesto que ambos poderes parecen regirse por las mismas normas, y así se deduce del art. 259 CC que no hace distinción entre las dos modalidades de poderes preventivos cuando se refiere a la aplicabilidad de las reglas de la curatela supletoriamente en caso de que nada haya previsto al respecto el poderdante.*

*Además del establecimiento de las causas, circunstancias o situaciones que supondrán la eficacia del poder preventivo en cuanto al comienzo de las medidas de apoyo, el poderdante también tiene libertad para designar la persona o personas que le prestarán apoyo. En el caso de que sean varias personas, podrá nombrarlas para que presten el apoyo de forma sucesiva, de modo que si la primera no puede, o no acepta, entraría en juego la segunda y así sucesivamente. Pero también puede nombrar varias personas y asignarle a cada una de ellas unas funciones distintas; por ejemplo, a una se le puede dar el encargo de que se ocupe de la asistencia personal, dejando los apoyos relativos a cuestiones patrimoniales a otra persona. Incluso, creo que podría otorgarse un poder de representación solo a una de las personas que se nombren, aunque el mandato vaya dirigido a varias personas. Pero, en todo caso, habrá que cumplir con lo establecido en el art. 261 CC que hace referencia a la personalidad de las facultades representativas.*

**3.** Uno de los problemas de calado que encontramos es que la Ley 8/2021 es la confusión entre poderes y mandatos preventivos, dado que la norma no ha dado luz a la clásica confusión entre representación, poder y mandato, e incluso ha empeorado la distinción, puesto que a veces, de la lectura de los artículos que regulan esta figura, parece desprenderse una confusión entre mandato y poder. Se trata de relaciones diversas en su esencia, cuyo contenido y eficacia son también distintos, sin perjuicio de reconocer que muchas veces se complementan. Aunque no podemos entrar aquí en las muchas diferencias que hay entre las figuras, cuando nos referimos a poderes y mandatos preventivos,

para el supuesto de que en un futuro la persona que los otorga necesite apoyos porque se le declara una discapacidad, debemos de tener en cuenta que a partir de ese momento es muy probable que esa persona ya no pueda decidir, ni actuar por sí misma, por lo que tendrá que dejar todo bien atado en los poderes y mandatos preventivos, tanto los aspectos personales como los patrimoniales. Por ello, y aunque deberá ser el notario el que realice la labor de aconsejar a quien quiere realizar esa medida voluntaria de apoyo, es muy posible, o por lo menos, entiendo que sería la mejor opción, que se otorgue un mandato con poder. Por el mandato se regularían todas las relaciones entre el mandante y la persona que dará el apoyo, y un poder que legitime a ésta a realizar todas las acciones personales y patrimoniales frente a terceros. De hecho, en el supuesto de que no se incluya un poder, y solo se prevea como mandato no representativo (art. 262 CC), solo podría tratarse de apoyos asistenciales.

**4.** Por otra parte, en atención al art. 258 CC los poderes y mandatos preventivos pueden coexistir con otras medidas de apoyo voluntarias, y con medidas de apoyo judiciales. Sin embargo, la coexistencia solo será necesaria cuando los poderes o mandatos preventivos otorgados no sean suficientes para poder llevar a cabo todos los actos y negocios jurídicos necesarios para la vida cotidiana de la persona discapacitada, y entonces será necesario que se establezcan otras medidas de apoyo. El art. 259 CC establece el régimen supletorio de la curatela tanto para el poder preventivo continuado como para el poder preventivo en sentido estricto, lo que es perfectamente entendible, dado que supone una medida de control al ejercicio del apoderado. El problema es la difícil aplicación práctica de esta medida, dado que los poderes preventivos quedan fuera del control judicial. Además, a eso debemos unirle lo establecido en la Disposición transitoria tercera de la Ley 8/2021 que excluye la aplicación de las reglas establecidas en los arts. 284 a 290 CC a los poderes y mandatos preventivos anteriores a la reforma, de modo que a estos no podrá aplicárseles las normas relativas a la fianza, inventario y autorización judicial, entre otras. No obstante, la persona otorgante podrá establecer las salvaguardas necesarias para que el apoderado no tenga que rendir cuentas ante la autoridad judicial, de modo que, en aplicación del art. 259 CC, no quede sometido a las reglas de la curatela en el supuesto



de que sobrevenga la necesidad de apoyo. En todo caso, creo que hay que tomar esta posibilidad con precaución, puesto que, si bien lo que se pretendió con la Convención de New York era defender los intereses de las personas discapacitadas y adoptar las medidas adecuadas y efectivas para que se respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad, habrá que ser cautelosos, porque podría darse el supuesto de que la permisividad más que beneficiar, podría perjudicar los intereses, sobre todo patrimoniales, de las personas con medidas de apoyo, y en el supuesto de que en el poder preventivo se haya indicado que no deberá el apoderado rendir cuentas de ningún tipo ante la autoridad judicial, de modo que no puedan aplicarse las reglas de la curatela en caso necesario, puede conllevar un perjuicio para el discapacitado. Aunque nos encontremos ante una medida de apoyo voluntaria, y prevista por la persona discapacitada cuando aún no lo era, no podemos dejarla sin ningún tipo de control, puesto que en ese caso será difícil asegurar que estamos ante una medida eficiente, y entonces debería ser necesario adoptar otra medida de apoyo que coexista con el poder preventivo. Quizá el legislador tendría que haber previsto la

posibilidad de que una medida de apoyo sin ningún control, sobre todo cuando se trate de un poder preventivo que conlleve aspectos patrimoniales de calado, puede suponer justo lo contrario de lo que se ha pretendido con esta reforma.

Lo cierto es que debería ser el poderdante el que incluyese en el poder preventivo, sea de la clase que sea, las medidas que estime necesarias para evitar abusos por parte del apoderado, tal como establece el art. 258 CC, indicando las medidas u órganos de control que estime oportuno, las condiciones e instrucciones para el ejercicio de las facultades, los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias. Aun así, creo poco probable que esto se incluya en los poderes, por la dificultad misma que supone conocer las medidas de control a las que se pueda hacer referencia, por lo que debería ser función del notario aconsejar que se incluyan los controles pertinentes, intentando que el poderdante entienda lo que está conteniendo su poder. Si ningún control se incluye en el poder preventivo, queda la posibilidad de que se inste el procedimiento de provisión de apoyos por cualquier persona



legitimada, que podrá solicitar judicialmente la extinción de los poderes preventivos, si en el apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador, salvo que el poderdante hubiera previsto otra cosa (art. 258 CC). Y, en el supuesto de que la persona otorgante de los poderes o mandatos preventivos indique que el apoderado queda exento de sometimiento a las reglas de la curatela en caso de que sobrevenga la necesidad de apoyo, entiendo que, en lo no previsto en los arts. 256 a 262 CC, se aplicará el régimen jurídico del mandato, pero, evidentemente cuando haya un mandato, no cuando se trate de un poder sin mandato.

**5.** En los últimos años ha habido un incremento en el otorgamiento de medidas voluntarias de apoyo, y, sobre todo, en el otorgamiento de poderes y mandatos preventivos. Quizá una de las causas de ese incremento sean los avances médicos, que han supuesto que puedan diagnosticarse anticipadamente algunas enfermedades, sobre todo degenerativas, que pueden suponer una discapacidad, en mayor o menor grado. Sin embargo, eso no significa que una persona que ya esté discapacitada no pueda optar por este tipo

de medidas voluntarias para el supuesto de que su discapacidad empeore y necesite más apoyos o ser representada en actos y negocios que hasta ese momento no precisa.

El art. 250 CC hace referencia a las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria y advierte que las establece la persona con discapacidad, designando quién debe prestarle apoyo y con qué alcance. Así, no es necesario que la persona que establece las medidas voluntarias tenga capacidad suficiente, de modo que una persona discapacitada puede perfectamente elegir quién o quiénes le prestarán apoyo y con qué alcance. A ello debemos unirle la modificación que realizó la Ley 8/2021 en el art. 1263 CC relativo a las personas que no pueden prestar consentimiento, suprimiendo la referencia a las personas que tienen la capacidad modificada judicialmente. Por tanto, actualmente no hay norma legal que impida que las personas con discapacidad puedan prestar consentimiento en el ejercicio de su capacidad jurídica, haciendo uso de los apoyos necesarios si es el caso. Y así lo deja claro la Circular informativa 3/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre so-

bre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad cuando afirma que “La discapacidad no es un estado civil, sino una situación de hecho que no impide el otorgamiento de una escritura pública. Sólo se podrá denegar el otorgamiento si la persona de que se trate “no puede expresar o conformar su voluntad ni aun con la ayuda de medios o apoyos para ello” (Vid. 663 CC) o cuando “después de haber hecho un esfuerzo considerable no sea posible determinar su voluntad, deseos o preferencias” (art. 249 CC). La causa de la denegación ha de ser una imposibilidad de hecho, “sólo en los casos en que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad” (art. 269 CC).

El notario es la autoridad que da fe de la capacidad y legitimación de las personas que otorgan una escritura pública. El párrafo cuarto del art. 25 de la Ley del Notariado indica que “Para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad que comparezcan ante Notario, estas podrán utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso”.

Por tanto, no creo que quepa la menor duda de que la persona discapacitada podrá otorgar poderes y mandatos preventivos, así como cualquier escritura pública, siempre y cuando pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias. Y será el notario quien se encargue de evaluar la capacidad para otorgar ese acto jurídico concreto y asegurarse que emite su voluntad libremente y conoce el alcance de dicho acto, con los apoyos que necesite si así fuera el caso. Evidentemente, la persona discapacitada no podrá otorgar poderes o mandatos preventivos si, a pesar de darle los apoyos necesarios, no puede entender la naturaleza del acto jurídico ni puede expresar su voluntad libremente, como tampoco podrá otorgarlo si los apoyos son de carácter representativo, debido al carácter personalísimo que se atribuye a los poderes y mandatos preventivos.

**6.** En cuanto a la inscripción de los poder

es y mandatos preventivos, el art. 255 CC establece la obligación del notario autorizante de comunicar de oficio y sin dilación el documento público que contenga las medidas de apoyo al Registro Civil; y el art. 260 CC, que se refiere en concreto a los poderes y mandatos preventivos, también obliga al notario autorizante a comunicarlos para su constancia en el registro individual del poderdante. Además, el art. 4.10 LRC, entre los hechos y actos inscribibles, incluye “Los poderes y mandatos preventivos, la propuesta de nombramiento de curador y las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes”, y el art. 77 LRC se refiere a la inscripción del documento que contenga las medidas de apoyo voluntarias.

Dado que el principio general es que la inscripción en cualquier Registro Público es voluntaria, cabe preguntarse si la inscripción de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad, y en concreto de los poderes y mandatos preventivos, es obligatoria. Entiendo que, además de necesaria para evitar solapamientos con otras medidas de apoyo judiciales, de la redacción de los arts. 255 y 260 CC podemos deducir que la notificación de oficio por parte del notario, y su posterior inscripción, es obligatoria, así como su modificación o revocación.

**Isabel Josefa Rabanete Martínez**

*Profesora de Derecho civil, Universitat de València*



# LA INIDONEIDAD DE LA POSESIÓN DE ESTADO

**1.** La gestación por sustitución, maternidad subrogada o vientre de alquiler, encuentra una prohibición clara en el ordenamiento jurídico español, concretamente, en el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, LTRHA), que establece la nulidad del contrato a través del cual se convenga la gestación de un menor con la obligación de entregarlo después a cambio de precio o de forma altruista. De modo que, la filiación se determinará por las normas generales y, en consecuencia, la maternidad quedará establecida por el parto y la paternidad del menor podrá reclamarse si, por ejemplo, se ha utilizado material genético del padre biológico.

**2.** No obstante, el artículo 10 de la LTRHA no ha establecido su ámbito de aplicación territorial de manera expresa, por lo que, en realidad, el ordenamiento jurídico español no determina con claridad qué sucede con la gestación por sustitución que tiene lugar en el extranjero. Es evidente que no podrá tener lugar un proceso de estas características en tierras españolas, pero nada se dice, en

realidad, sobre las consecuencias jurídicas de los procesos que ocurren fuera de nuestras fronteras y pretenden un reconocimiento en nuestro país. De hecho, de la lectura de la LTRHA parece que se refiera en todo momento a las clínicas españolas y su ámbito de aplicación territorial sea, seguramente, de carácter nacional.

**3.** La existencia de esta laguna que deja en un completo limbo jurídico a los menores que son fruto de estas técnicas de reproducción ha pretendido ser colmada por la doctrina española, así como por la jurisprudencia, sin llegar nunca a una solución completamente satisfactoria.

Por lo que respecta a la doctrina, la mayoría de los civilistas españoles consideran que el art. 10 LTRHA integraría el orden público español, de modo que cualquier acto de soslayamiento de dicha norma no debería ser reconocido dentro de nuestras fronteras. En ese sentido, invocando la institución del fraude de ley consideran que pretender inscribir una filiación en España a favor de los



comitentes que recurren a este tipo de técnicas implicaría la voluntad de eludir la aplicación de una norma imperativa española y, como tal, la consecuencia debería consistir en aplicar la norma eludida, es decir, el art. 10 LTRHA. Por el contrario, la doctrina internacionalista pone en duda que el mencionado artículo constituya una norma internacionalmente imperativa, por tanto, sólo deberá ser aplicada cuando la cuestión deba resolverse acudiendo a las normas españolas (art. 9.4 CC), y no cuando se trate de reconocer una situación que ya ha sido resuelta por el derecho extranjero. Esto sucedería cuando existe una sentencia o una certificación registral extranjera que determine la filiación del menor a favor de los comitentes. Según esta doctrina, la aplicación del orden público debería hacerse *in casu*, en el momento de reconocer el acto de la autoridad extranjera, valorando todas las circunstancias en juego, como puede ser el interés del menor, así como el respeto y dignidad de la madre gestante, negando el reconocimiento cuando su aplicación pueda afectar a la organización política, social o económica del Estado.

Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado completamente en contra de la técnica de la gestación por sustitución, considerando que el art. 10 LTRHA integraría el orden público español, y negando que pueda determinarse directamente la filiación del menor a favor de los comitentes que recurren a esta clase de métodos. Junto con la postura del TS es interesante poner de manifiesto la del TEDH, que se ha mostrado vacilante en función del caso, pues sí que ha llegado a considerar que podría verse afectado el derecho a la identidad y vida privada del menor (art. 8 CEDH), si los tribunales nacionales son excesivamente restrictivos a la hora de enjuiciar esta clase de asuntos. Por consiguiente, el TEDH se centraba, principalmente, en la concurrencia tres elementos para valorar la posible vulneración de ese derecho: la existencia o no de vínculo biológico, de vinculación afectiva o la posibilidad de establecer una relación de filiación. Por ejemplo, esta fue la razón por la que el TEDH condenó a Francia en el Caso *Mennesson/Labassee*, ya que, a pesar de la existencia de un vínculo biológico con el menor, no se permitió al padre comitente poder establecer la filiación a favor de su hijo biológico.

**4.** Dicho esto, la realidad es tozuda y a pe-

sar de la general aprensión por la gestación por sustitución de parte de los operadores jurídicos, el resultado es que desde los últimos años ha sido posible que de una forma u otra se abriesen vías para el reconocimiento de efectos de esta técnica, aunque sea indirectamente, en nuestro país. Una situación que se mueve entre la incoherencia y la hipocresía más espesa.

**5.** La primera muestra de esta doble moral enquistada ya en nuestro ordenamiento jurídico, es la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, cuyo peligro ha sido puesto de manifiesto por autorizada doctrina en la materia por afectar al propio principio de jerarquía normativa, en la medida que el mencionado reglamento vendría a contradecir lo expresamente dispuesto en la norma legal (art. 10 LRTHA). Según esta disposición normativa, una resolución extranjera que reconozca la filiación del menor en favor de los comitentes es título apto para la inscripción del dicho nacimiento en España. Para ello solo sería necesario que se llevase a cabo un procedimiento de exequátur, si no es de aplicación un convenio internacional, pero también sería posible llevar a cabo la inscripción sin necesidad de exequátur cuando el procedimiento por el cual haya tenido lugar la resolución jurisdiccional sea equivalente a uno de jurisdicción voluntaria de nuestro país, en cuyo caso solo tendría lugar un control incidental de ciertos elementos (especialmente, la garantía de los derechos de la mujer gestante, entre otros). La aplicación de dicha Instrucción ha permitido dotar de un fácil reconocimiento a los procesos de gestación por sustitución que han tenido lugar en países como EE.UU., en los cuales dicha técnica finaliza con un procedimiento judicial en el cual, si se han respetado los derechos de la gestante (por ejemplo, el consentimiento se ha prestado libremente), se atribuye la filiación a los padres comitentes. Obviamente, esta realidad choca frontalmente con la STS de 6 de febrero de 2014, que para un supuesto similar entendió que el interés del menor debe utilizarse para interpretar la ley, pero nunca podría utilizarse para contrariar lo expresamente dispuesto en la norma española. En ese sentido, dar cobertura a este tipo de filiaciones vulneraría la dignidad de la mujer y cosificaría al niño, mercantilizando la gestación y la filiación de los menores.

**6.** El segundo escenario, sería aquel en el cual, debido al país elegido, no se dispone de



una resolución judicial extranjera, sino simplemente una certificación registral o administrativa que atribuya la filiación a favor de los comitentes. La elección de esta categoría secundaria se puede deber, principalmente, a una cuestión económica, pues los países menos garantistas ofrecen este tipo de servicios a precios mucho más asequibles, creando una especie de gestación por sustitución de clase turista como ahora se verá, frente a una *premium*, sin esperas e inconvenientes (véase EE.UU.). El problema aquí es bastante evidente, la Instrucción de 5 de octubre de 2010, solo permite el reconocimiento de sentencias judiciales extranjeras, pero no otra clase de decisiones de autoridades extranjeras. De hecho, la RDGRN de 23 de septiembre de 2011 indicó que: “no es inscribible en el Registro español, el nacimiento en el extranjero de un menor mediante gestación por sustitución cuando no existe resolución judicial dictada por el órgano jurisdiccional competente en la que se determine la filiación del nacido”.

Esta situación, agravada por el elevado número de familias españolas que habían recurrido a la gestación por sustitución en Ucrania, se intentó salvar, nuevamente, con otra muestra de insólita hipocresía como

fue la fantasmal Instrucción de 14 de febrero de 2019, que nunca se llegó a publicar en el BOE, habida cuenta de que permitía “iniciar el expediente de inscripción de la filiación en el Registro consular”, siempre y cuando se comprobase la determinación de la filiación paterna, como también la renuncia de la madre gestante. Sin embargo, algo sucedió, pues el mismo 18 de febrero se publicó una nueva Instrucción (a los cuatro días), dejando sin efecto la Instrucción del 14 de febrero y acordando expresamente que no se estimasen las solicitudes de inscripción de menores nacidos como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, salvo que existiese sentencia judicial del país correspondiente. De todos modos, en estos casos se permite que las familias puedan obtener pasaporte y permisos para viajar en España, donde, en principio, podrán establecer la filiación con base en los criterios generales (véase, RDGRN de 1 de noviembre de 2021).

**7.** El tercer supuesto sería aquel en el cual no hay sentencia judicial extranjera, pero tampoco existe un vínculo biológico entre, por ejemplo, la comitente y el menor nacido fruto de dichas técnicas. En este caso, la posibilidad de poder volver a España y determinar la filiación del menor conforme a

las reglas generales se nos antojaría insuficiente, dado que, *v. gr.* la madre de intención no podría determinar la filiación del menor empleando las normas generales, al no ser la gestante y puede que ni siquiera se haya utilizado material genético suyo para dicho proceso. En este orden de ideas, surge la figura de la posesión de estado como método utilizado por los usuarios de dichas técnicas al objeto de intentar conseguir una resolución favorable que les permita poder inscribir la filiación del menor a su favor. El primer ejemplo de ello es la STS 31 de marzo de 2022, en el cual la madre de intención había acudido al Estado de Tabasco (México) para cumplir su deseo de ser madre, una vez en España, y tras un período de convivencia del menor y solo una certificación administrativa mexicana a su favor, insta que se determine la filiación del mismo a través de la posesión de estado. El Tribunal Supremo entre otras razones, rechaza que se pueda considerar que el interés del menor dicte necesariamente que se tenga que atribuir la filiación del menor a través de esta figura, más aún cuando está basada en el principio de verdad biológica. Además, considera que teniendo en cuenta que solo existe una certificación administrativa, la filiación del menor deberá determinarse acudiendo al derecho español (art. 9.4 CC), por consiguiente, dado que no se puede establecer directamente la filiación del menor con base en un contrato que es nulo (art. 10 LTRHA), el único recurso que le queda a la comitente es la adopción.

**8.** El mecanismo de la posesión de estado no desapareció con la STS de 31 de marzo de 2022, sino que se volvió a utilizar en otros asuntos en los que como en el anterior no había ningún vínculo biológico entre los menores y los usuarios de dichas técnicas. Prueba de ello es la STS de 26 de mayo de 2023 que, igualmente, pretendió que se estableciera un vínculo de filiación entre el demandante y los hijos habidos por este tipo de técnicas con el que había sido su expareja, ya estos sí eran hijos biológicos del último, pero no del que reclamaba la filiación. Lo curioso de este caso es que el demandante también pretendía que con base en la institución de la posesión de estado se determinase la filiación de sus hijos biológicos (resultado también de dichas técnicas) a favor del demandado. El Tribunal Supremo concluye que “el vínculo socio afectivo de los niños entre sí y con quien fue pareja de su respectivo padre no es por sí título para el establecimiento de un vínculo legal





de filiación”, por lo que “para este tipo de supuestos el ordenamiento establece el cauce de la adopción, que no se ha querido seguir”.

**9.** En realidad, la búsqueda de la determinación de la filiación en esta clase de filiaciones, que podríamos denominar “extralegales”, a través de la posesión de estado no es casualidad, pues tienen su origen en los ángulos muertos que dejó el art. 7.3 LTRHA (redacción de la Ley 14/2006, de 26 de mayo) cuando reguló de manera un tanto deficiente la posibilidad de que la mujer de la madre gestante que había acudido a una técnica de reproducción asistida legal (como puede ser una inseminación artificial) fuese también declarada como madre por naturaleza del menor que naciese fruto de la misma. El problema radicaba en que el artículo se movía en un espacio de acción muy restringido, habida cuenta de que en su redacción original exigía que la madre no gestante tuviese que consentir en el Registro Civil la determinación de dicha filiación con anterioridad al nacimiento. Por consiguiente, en el supuesto que no lo hiciera a tiempo se generaban dudas en torno a la validez de dicho consentimiento, especialmente cuando esta circunstancia iba a unida a otras dificultades como la eventual ruptura de la pareja de mujeres homo-

sexuales. De la misma forma, podían surgir interrogantes sobre si era válido dicho consentimiento cuando las mujeres no estaban casadas y eran, simplemente, una pareja de hecho.

**10.** Ante esta situación y previamente a que se reformase dicho artículo para permitir la declaración de voluntad con posterioridad al nacimiento, el Tribunal Supremo llegó a estimar las pretensiones de las madres no gestantes en dos singulares resoluciones: Primero la STS 5 diciembre 2013 y, después, la STS (Pleno) 15 enero 2014, creando jurisprudencia sobre la materia, ya que, en definitiva, prosperaron las reclamaciones de las mismas utilizando la figura de la posesión de estado. No obstante, esta posición del Alto Tribunal cambió recientemente, volviéndose más restrictiva, pues tanto la STS 27 enero 2022 como la STS 11 julio 2022, no consideraron que los actos de la madre no gestante tuviesen la suficiente entidad para poder considerar acreditada la posesión de estado. Igualmente, hace poco fue dictada la STS 11 marzo de 2024, que tampoco consideró que pudiese valorarse un verdadero vínculo familiar con la significación suficiente para poder entender cumplidos los requisitos que exige la institución de la posesión de estado.

**11.** De todos modos, creer que la posesión de estado ocupa un lugar preeminente en los razonamientos del Supremo en este *iter* jurisprudencial es, en realidad, un tanto inocente. La propia STS 5 diciembre 2013 reconoció en su núcleo argumental que el consentimiento prestado en la clínica por la madre conviviente no gestante era “de particular significación porque constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigantes del deseo de ser progenitoras mediante consentimiento expreso, hasta el punto de que en casos como este dicho consentimiento debe ser apreciado aunque la posesión de estado hubiera sido escasa o no suficientemente acreditada como de ordinario se exige”. De la misma forma, la STS (Pleno) 15 enero 2014, indicó que: “los consentimientos prestados con ocasión del empleo de las técnicas de reproducción asistida, claramente acreditados de los hechos obrantes y que llevó a la madre biológica a poner como segundo nombre del niño el primer apellido de su pareja, como antecedente o causa de la filiación reclamada, integran y refuerzan la posesión de estado de la mujer homosexual tanto en el plano de su función legitimadora del ejercicio de la acción, como en su faceta de medio de prueba de la filiación reclamada”.

Con todo ello se puede observar que la posesión de estado se toma como una mera excusa para reforzar aquello que considera fundamental el Tribunal Supremo, como es la voluntad procreacional, hasta el punto de decir que no es necesario que la primera sea especialmente acreditada. El recurso a la posesión de estado no es sino una mera ilusión, un vestigio de épocas pasadas en las cuales era muy complicado investigar la paternidad de una determinada persona, pero que hoy en día carece de la relevancia que sorprendentemente se le quiere otorgar, justamente, en filiaciones que no son biológicas, es decir, sobre unos esquemas completamente diversos con los que fue proyectado el Código Civil.

**12.** Así, como era de esperar, el camino iniciado allá por el 2013 parece que ha sufrido un revés, pues el Tribunal Supremo ha pasado de facilitar esta clase de reconocimiento a ser muy riguroso en su valoración, hasta el punto de no estimar en los últimos años ninguna de esta clase de demandas. Es prueba de esta nueva fase la STS 27 enero 2022, la cual determinó que el consentimiento en la

clínica no tenía que ver con la posesión de estado (de hecho, se trata de un elemento al cual la ley no otorgaba ningún valor), señalando que para que la misma fuese acreditada eran necesarios “hechos públicos repetidos y encadenados de los que resulte el goce público de una relación de filiación”, los cuales no se daban en el caso. Como también indica que no considera que “una valoración correcta del interés del menor conduzca a la estimación de una reclamación de maternidad, porque desde ese punto de vista todas las acciones de reclamación de paternidad y maternidad respecto de menores deberían ser estimadas, aunque no se dieran sus presupuestos legales y jurisprudenciales”. Asimismo, no se ve “el beneficio que reportaría para la estabilidad personal y familiar del niño la creación por sentencia de una relación jurídica que no se basa en un vínculo biológico y que no preserva una continuada y vivida relación materno filial de la demandante con el niño, que desde hace años es cuidado exclusivamente por su madre”.

Un tanto distinta es la STS 11 julio 2022, puesto que en ella no había tenido lugar el consentimiento de la madre no gestante a la inseminación artificial, pero señala que: “Es improcedente y contrario al interés del menor que, tras no haber quedado determinada la filiación por el cauce legal previsto para ello se fije judicialmente cuando no solo no resulta de una constante relación de maternidad vivida, sino que además es contraria a la voluntad, los deseos, sentimientos y opiniones de un menor ya adolescente, a quien debe reconocerse su derecho a participar en las decisiones progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en una etapa tan fundamental para su vida”.

**13.** Más recientemente, la STS 11 de marzo de 2024 en un caso en el cual la madre no gestante no estaba casada y tampoco consintió con carácter posterior en el Registro Civil (según los requisitos del art. 7.3 LTRHA, dados por la redacción de la Ley 19/2015, de 13 de julio), ha determinado que: “el interés del menor no es causa que permita al juez atribuir una filiación. Es el legislador quien, al establecer el sistema de determinación de la filiación y de las acciones de impugnación y reclamación de la filiación, debe valorar en abstracto el interés superior del menor junto a los demás intereses presentes (la libertad de procreación, el derecho a conocer los pro-

pios orígenes, la certeza de las relaciones, la estabilidad del hijo)”, asimismo añade que: “si en el caso no se dieron los requisitos para que la filiación quedara determinada conforme al título de determinación de la filiación previsto por el legislador para la filiación por voluntad de tener al hijo nacido de la otra mujer como propio (art. 7.3 LTRHA), no podemos compartir la trascendencia que la sentencia recurrida otorga a la voluntad para estimar la acción de reclamación de la filiación por posesión de estado fundada en el art. 131 CC.” Por último, puntualiza que para apreciar si existe una persistencia y constancia en el comportamiento como madre a efectos de apreciar la posesión de estado, serían decisivos los actos posteriores al nacimiento y, en este caso, de los hechos acreditados en la instancia no resulta una realidad integradora de la posesión de estado de quien como madre asume las necesidades ordinarias y diarias de sus hijos con los requisitos de constancia y exteriorización que se precisan”.

**14.** Como se puede observar, aunque se quiera camuflar este cambio jurisprudencial en una exquisita atención a los requisitos que deben concurrir para la apreciación de la posesión de estado, la realidad es que el Tribunal Supremo ha reducido el valor del consentimiento o voluntad procreacional como elemento decisivo para atribuir una filiación que escapa de los parámetros estrictamente legales. La posesión de estado no era más que una mera excusa para apuntalar lo primero, la cual ni siquiera tenía que estar lo suficientemente acreditada. Esto se puede ver más claramente si conectamos estas sentencias con las relativas a la maternidad subrogada, en especial, la STS de 31 de marzo de 2022, en la cual se señaló expresamente que la posesión de estado era un método inidóneo para atribuir una filiación que, en realidad, no hubiese podido ser determinada de aplicar las normas legales españolas al caso concreto, porque no solo no se correspondía con la verdad biológica, sino que además resulta totalmente contraria al orden público según la interpretación mayoritaria. Pero, es más, en este caso, sí que no podíamos decir que el requisito de actos continuados de cuidado y atención del menor estaban defectuosamente cumplidos, ya que la madre y abuelo de intención habían sido las únicas personas que cuidaron del menor desde su llegada a España. Sin embargo, este argumento era insuficiente al fallar la premisa base.

**15.** Dicho esto, podemos pensar que el repliegue que ha evidenciado el Tribunal Supremo sobre el valor del consentimiento prestado en la clínica o la simple voluntad procreacional se puede deber a los peligros que encierra admitir alegremente la posibilidad de atribuir una filiación que no encuentra sustento legal. Si bien pudo tener sentido para intentar colmar algunas incoherencias que supuso la deficiente introducción al ordenamiento jurídico español de la doble maternidad por naturaleza, fuera de esos supuestos nos puede llevar a resultados completamente contrarios a la voluntad del legislador. Sería el caso de que aplicásemos dicha doctrina basada en la voluntad procreacional a la maternidad subrogada, pero también a otra clase de filiaciones *extra legem* como podrían ser las llamadas inseminaciones artificiales domésticas a las que, de forma similar a como ha sucedido con la gestación por sustitución, la práctica registral abrió cuestionables vías para su posible reconocimiento (véase, la RDGRN 8 de febrero de 2017). Cosa distinta sería el caso de que el legislador introdujese un nuevo título de atribución de la filiación basado, no en la verdad biológica, sino en la mera voluntad de ser padre o madre (como en cierta forma ha hecho el legislador catalán en el art. 235.13 CC.Cat. sobre el consentimiento prestado en la clínica), que podría constituirse en un cimiento para poder construir filiaciones que ahora mismo están fuera del ámbito del ley, como una posible regulación de la gestación por sustitución.

**Gonzalo Muñoz  
Rodrigo**

*Profesor  
Ayudante de  
Derecho civil,  
Universidad de  
Valencia.*



# EL ALCANCE DE LA ACCIÓN DE DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN RESPECTO DE LOS BIENES GANANCIALES O HEREDITARIOS.



**1.** A tenor del art. 400.I CC, “Ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad”. Por consiguiente, “Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común”.

El principio de la ausencia de obligación de permanecer en la comunidad tiene que ver con el concreto modo de organización de la comunidad de la que parte el Código civil, esto es, la comunidad ordinaria o romana, en la que la “propiedad de una cosa o un derecho pertenece pro indiviso a varias personas” (art. 392.I CC).

El art. 400.I responde, en efecto, a los esquemas de la comunidad romana, en la que se basa la regulación de nuestro CC, que se caracteriza, porque en ella a cada comunero corresponde una cuota ideal sobre cada uno de los bienes sobre los que existe la titularidad conjunta, la cual es una expresión aritmética de la medida de su concurrencia en el todo. Cada partícipe tiene la propiedad exclusiva de su cuota, pudiendo, en consecuencia, enajenarla a un tercero o gravarla, mediante la constitución de un derecho real limitado sobre la misma, como el usufructo o la hipoteca (art. 399 CC), sin perjuicio del derecho de retracto de comuneros.

El comunero puede, además, pedir la división de la cosa común, en cualquier momento, mediante el ejercicio de la *actio communi dividundo*, que es irrenunciable e imprescriptible.

Este tipo de organización responde a una concepción individualista, que ve en la comunidad una forma negativa de utilización de los bienes, por lo que la contempla como una situación transitoria, que debe resolverse en la atribución a cada comunero de la propiedad exclusiva de los bienes que en función de su cuota le corresponda tras la división.

Contrasta con la llamada comunidad germana o en mano común la cual se caracteriza porque en ella no hay cuotas ideales sobre los bienes, por lo que los comuneros no pueden disponer de su participación en ellos; y tampoco pedir la división de la misma. Este tipo de organización, que ve en la comunidad una forma adecuada de utilización de los bienes, responde a una concepción colectivista de la propiedad. El CC, según he dicho, sigue el modelo de la comunidad romana, reconociendo a cada comunero la plena propiedad de su cuota y el derecho a enajenarla o gravarla (art. 399 CC), así como el de pedir la división de la cosa en cualquier momento, salvo en los casos de indivisibilidad pactada o legal (art. 400 CC).



Sin embargo, en nuestro Derecho hay comunidades de tipo germano. El ejemplo más característico lo constituyen los aprovechamientos comunales de pastos y leñas y los montes vecinales en mano común, en los que la condición de comunero se tiene por razón de ser vecino de un municipio, sin atribución de cuotas, y no es transmisible a otras personas, sin que, además, ninguno de los comuneros pueda pedir la división de la cosa común.

La sociedad de gananciales es, también una comunidad de tipo germano, al concurrir en ella una de sus características definitorias, esto es, el ser los comuneros propietarios de un todo, sin distinción de cuotas sobre cada uno de los bienes gananciales.

Durante su vigencia, ambos cónyuges son propietarios de los bienes gananciales; sin embargo, estos no tienen una cuota ideal del 50% sobre cada uno de ellos, por lo que no pueden transmitirla: sólo cabe que los dos dispongan de la totalidad del bien (por ejemplo, vendiéndolo o hipotecándolo), de común acuerdo. *Vid.* en este sentido SSTS 11 abril 1972 (RAJ 1972, 1666), 26 septiembre 1986 (ECLI:ES:TS:1986:8010), 13 julio 1988 (ECLI:ES:TS:1988:5510), 26 septiembre 1988 (ECLI:ES:TS:1988:6493), 17 enero 2018, rec. n.º 934/2015 (ECLI:ES:TS:2018:55) y 29 noviembre 2018, rec. n.º 934/2015 (ECLI:ES:TS:2018:55).

La comunidad germánica cesará con la disolución (por ejemplo, por divorcio o muerte de uno de los cónyuges) y la liquidación de la sociedad de gananciales, mediante la cual

se atribuirán (por mitad) a los cónyuges o a sus herederos bienes concretos, sea en propiedad exclusiva, sea en comunidad ordinaria, en cuyo caso, en cuanto copropietarios actuales de cuotas ideales sobre los bienes adjudicados, podrán pedir la división de los mismos.

Aunque sea discutida su calificación, a mi parecer, también la comunidad hereditaria es una comunidad de tipo germano, pues es clara su diferencia con el condominio ordinario, ya que “mientras se realice la partición, sólo disfruta de una parte ideal de todos los bienes de la herencia, sin una posesión real individual que corresponde a todos, en éste disfruta de una posesión real y efectiva de la parte que le corresponde en la cosa, de la cual puede disponer, como se deduce de los artículos 399 y 394 CC”, sin perjuicio de que sea posible la venta de bienes hereditarios antes de la partición, si todos los coherederos están de acuerdo [STS 25 junio 2008, rec. n.º 1111/2001 (ECLI:ES:TS:2008:3816)].

La partición hereditaria tiene por objeto “la transformación de las participaciones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto (derecho hereditario) en titularidades concretas sobre bienes determinados, bien en propiedad exclusiva, bien en proindivisión” [STS 29 diciembre 1988 (ECLI:ES:TS:1988:9316)], en cuyo caso se podrá proceder a la división de los bienes, mediante la *actio communi dividundo*.

**2.** La acción de división de la cosa común es aquella que persigue la materialización de

la cuota ideal de cada comunero sobre ella mediante la adjudicación de partes concretas de la misma, o, en caso de indivisibilidad, la adjudicación del bien a uno de los partícipes, compensando a los demás y, a falta de acuerdo, la venta del bien y el reparto del precio obtenido entre los comuneros.

La acción de división presupone la existencia de una comunidad romana u ordinaria, en la que los partícipes tienen cuotas ideales sobre los bienes que se pretenden dividir, siendo improcedente cuando los bienes integran una comunidad germánica, esto es, una sociedad de gananciales o una comunidad hereditaria, la cual es necesario liquidar previamente, para que, una vez atribuidos a los comuneros bienes concretos y determinados, pueda procederse a su división.

Se rechaza, así, proceder a la división de una cosa concreta cuando la misma pertenece a la sociedad de gananciales, esto es, “a una masa patrimonial aún no liquidada y en la que sus pertenencias o partes integrantes no han sido atribuidas específicamente” [SAP Asturias (Sección 5ª) 9 abril 2003, rec. nº 137/2003 (ECLI:ES:APO:2003:1403)], de modo que “la adjudicación por mitad y proindiviso del bien que se pretende dividir, no es más que una mera posibilidad” [SAP Madrid (Sección 20ª) 4 de junio de 2007, rec. nº 137/2006 (ECLI:ES:APM:2007:7215)].

Por la misma razón se rechaza que pueda procederse a la división de bienes pertenecientes a una comunidad hereditaria, donde cada coheredero “tiene una expectativa de derecho en un conjunto patrimonial, pero no la mitad de cada bien”, debiendo procederse previamente a la liquidación del patrimonio hereditario [SAP La Coruña 12 abril 2019, rec. nº 516/2018 (ECLI:ECLI:ES:APC:2019:933)]

**3.** No obstante lo dicho, es posible ejercer directamente la *actio communi dividundo* para dividir el único bien ganancial o hereditario existente, no habiendo dudas de las cuotas pertenecientes a las partes litigantes.

Se ha confirmado, así, la sentencia que había procedido a la división, mediante la venta en pública subasta y reparto del precio de la finca ganancial, porque “el patrimonio de una y otra parte, con el mismo origen, está constituido por un solo bien libre y, por lo mismo, atribuido por mitad a una y otra de aquéllas con lo cual ha pasado de la sociedad

de gananciales que integró a una cotitularidad singularizada post ganancial que hace superflua, inútil, toda operación de inventario, liquidación y atribución porque estas operaciones están hechas por el mismo bien en su única integración de aquel patrimonio y su sometimiento a las dos titulares que así se reconocen como tales” [STS 12 abril 2020, rec. nº 1729/1995 (ECLI:ES:TS:2000:3078)].

Por el contrario se ha revocado la sentencia, que había denegado la pretensión de división del inmueble ganancial, con el argumento de que en la comunidad postganancial los partícipes no tienen una cuota concreta en cada uno de los bienes, por lo que hasta que no se haga la liquidación de la sociedad de gananciales la titularidad de la actora no puede concretarse en ningún bien ganancial. Sin embargo, el TS considera que “Este razonamiento, que con carácter general es correcto, prescinde de que en este caso la demandante ahora recurrente ha afirmado, y el demandado no lo ha negado, que solo queda por liquidar el inmueble al que se refiere la acción de división” [STS 1 abril 2024, rec. nº 2764/2022 (ECLI:ES:TS:2024:1671)].

La jurisprudencia ha declarado también que “cuando sólo hay un bien y dos herederos, no es necesario hacer la partición derivada de las disposiciones testamentarias, en las que queda clara la proporción en que los dos herederos suceden” [STS 29 noviembre 1995, rec. nº 1478/1992 (ECLI:ES:TS:1995:6055)], reiterando, “fuera por mero principio de economía procesal”, que no es necesaria la previa partición, “en los casos de heredero único o en los supuestos de un único bien en el caudal” [STS 25 junio 2008, rec. nº 1111/2001 (ECLI:ES:TS:2008:3816)].

**José Ramón de Verda y Beamonte**

*Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia.*



# SECCIÓN DERECHO FAMILIA

Si quieres  
colaborar en  
nuestra revista,  
escuchamos tus  
ideas y opiniones

escríbenos a:

*familiaysucesiones@icav.es*

