

**MEMENTO**

**EXPERTO**  
FRANCIS LEFEBVRE

**Casos Prácticos  
Derecho de Familia  
(adaptados al programa  
de Notarías y Registros)**

Fecha de edición: 15 de diciembre de 2020



Es una obra realizada por iniciativa de  
**ISIDORO LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ**  
*(Notario honorario del Colegio de Madrid)*

© Francis Lefebvre  
Lefebvre-El Derecho, S. A.  
Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid. Teléfono: (91) 210 80 00. Fax: (91) 210 80 01  
[www.efl.es](http://www.efl.es)  
Precio: 44,72 € (IVA incluido)  
ISBN: 978-84-18405-34-1  
Depósito legal: M-31363-2020  
Impreso en España  
por Printing'94  
C/ Orense, 4 (2ª planta) – 28020 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

# Plan general

	<u>nº marginal</u>
Introducción	
Capítulo 1. Persona y personalidad.....	100
Capítulo 2. Capacidad de la persona. Menores de edad y emancipados .....	500
Capítulo 3. Personas con discapacidad. Capacidad del concursado. Protección del patrimonio del discapacitado.....	1000
Capítulo 4. Vecindad civil. Nacionalidad .....	1500
Capítulo 5. Defensa del desaparecido. Ausencia legal. Declaración de herederos.....	2000
Capítulo 6. Sistema matrimonial vigente en Derecho español. Uniones y separaciones de hecho. Uniones de hecho en Derecho internacional privado .....	2500
Capítulo 7. Efectos personales del matrimonio. Inscripción del matrimonio en el Registro Civil. Nulidad del matrimonio.....	3000
Capítulo 8. Separación y divorcio .....	3500
Capítulo 9. Cargas del matrimonio. Examen del CC art.1320, 1322 y 1324 .....	4000
Capítulo 10. Capitulaciones matrimoniales. Pactos relativos a las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges y en previsión de crisis matrimonial .....	4500
Capítulo 11. Sociedad de gananciales .....	5000
Capítulo 12. Cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales. Administración y disposición de bienes gananciales.....	6000
Capítulo 13. Liquidación de la sociedad de gananciales. Derecho internacional privado .....	6500
Capítulo 14. Régimen de separación de bienes.....	7000
Capítulo 15. Filiación. Obligación de alimentos.....	7500
Capítulo 16. Adopción .....	8000
Capítulo 17. Ejercicio de la patria potestad.....	8500
Capítulo 18. Administración y disposición de bienes de menores. Extinción y prórroga de la patria potestad.....	9000
Capítulo 19. Apoyos a las personas con discapacidad: curatela, poderes preventivos, guarda de hecho. Tutela de los menores de edad.....	9800
	<u>Página</u>
Bibliografía .....	427
Tabla Alfabética .....	431

# Abreviaturas

<b>AP</b>	Audiencia Provincial
<b>art.</b>	artículo
<b>CC</b>	Código Civil (RD 24-7-1889)
<b>CCC</b>	Código Civil de Cataluña
<b>CCom</b>	Código de Comercio
<b>Const</b>	Constitución Española
<b>DGRN</b>	Dirección General de los Registros y del Notariado
<b>DGSJFP</b>	Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública
<b>Dir</b>	Directiva
<b>ET</b>	Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (RDLeg 2/2015)
<b>IVA</b>	Impuesto sobre el Valor Añadido
<b>L</b>	Ley
<b>LAR</b>	Ley de Arrendamientos Rústicos (L 49/2003)
<b>LAU</b>	Ley de Arrendamientos Urbanos (L 29/1994)
<b>LCS</b>	Ley del Contrato de Seguro (L 50/1980)
<b>LEC</b>	Ley de Enjuiciamiento Civil (L 1/2000)
<b>LH</b>	Ley Hipotecaria (D 8-2-1946)
<b>LJV</b>	Ley de Jurisdicción Voluntaria (L 15/2015)
<b>LMV</b>	Texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (RDLeg 4/2015)
<b>LOE</b>	Ley de Ordenación de la Edificación (L 38/1999)
<b>LPI</b>	Ley de Propiedad Intelectual (RDLeg 1/1996)
<b>LRC</b>	Ley del Registro Civil (L 20/2011)
<b>LSC</b>	Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (RDLeg 1/2010)
<b>LTRHA</b>	Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (L 14/2006)
<b>RAE</b>	Real Academia Española
<b>RD</b>	Real Decreto
<b>RDL</b>	Real Decreto-ley
<b>RDLeg</b>	Real Decreto Legislativo
<b>Resol</b>	Resolución
<b>Rgto</b>	Reglamento
<b>RH</b>	Reglamento Hipotecario
<b>RRC</b>	Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil (D 14-11-1958)
<b>RRM</b>	Reglamento del Registro Mercantil (RD 1784/1996)
<b>TCo</b>	Tribunal Constitucional
<b>TEDH</b>	Tribunal Europeo de los Derechos Humanos
<b>TS</b>	Tribunal Supremo

# Introducción y Agradecimientos

Cuando estudiaba los temas durante la oposición me parecía muchas veces que mi cabeza se llenaba de artículos del Código Civil, de la Ley Hipotecaria o Notarial, de leyes mercantiles y de doctrinas que interpretaban unas y otras, sin descender a la realidad que pretendían regular. Teoría y práctica estaban alejadas, necesitaba poner cara a las personas y vida a los hechos, actos y negocios jurídicos que iban apareciendo en los libros de Castán, Puig Brutau, Lacruz, Garrigues, Roca, Chico, etc. No recuerdo cómo cayó en mis manos los «Estudios Sobre la Jurisprudencia Civil» de Díez Picazo que, de manera pedagógica, exponía sentencias del Tribunal Supremo relatando con claridad y sencillez los antecedentes de hecho en los que se basaban los Fundamentos de Derecho. Pretendía este libro enseñar a discurrir sobre concretas situaciones jurídicas y no a memorizar los considerandos de las sentencias. A partir de ello, procuré estudiar los temas imaginándome las personas y las situaciones destinatarias de las diversas instituciones jurídicas. Mi mente se abrió mucho más, estudiaba comúnmente discurriendo y no sólo memorizando y además me pareció la oposición mucho más entretenida, incluso algunas veces hasta lo pasaba bien.

Esa forma de estudiar me fue de gran utilidad cuando me enfrenté a la preparación del dictamen. Comprobé que la esencia del dictamen era la de aprender a razonar jurídicamente sobre hechos y que este aprendizaje era un *prius* al encierro durante seis horas para formarse en su redacción. No digo que no sea necesario coger la técnica del dictamen y que para ello convenga hacer varios dictámenes, pero sí digo que difícilmente se hará bien un dictamen si previamente no se ejercitó la cabeza suficientemente en aplicar los conocimientos teóricos a sucesos concretos o singulares. El encierro durante seis horas redactando dictámenes me agotaba y angustiaba, frente a lo gratificante y formador que me suponía el reflexionar y conjeturar sobre supuestos o casos reales. Me fue de gran utilidad las Resoluciones de la DGRN, en las que pensaba por mi cuenta sobre los antecedentes que las motivaban, leía la calificación del Registrador y la contrastaba con las conclusiones a las que yo había llegado previamente, igual hacía con los argumentos del Notario y con los recogidos con el auto del presidente de la Audiencia, para terminar con los considerandos; discutía en solitario con unos y otros. Enfrentar mi opinión particular, seguramente equivocada, con todas las anteriores me supuso un gran ejercicio intelectual y me dio agilidad mental. Ese fue otro descubrimiento: la importancia que para dictaminar tenía la agilidad mental.

Al ayudar a los opositores durante cerca de cincuenta años de preparador procuré transmitirles estas vivencias en la preparación del dictamen. Les decía que procuraran pasarlo bien en esta etapa, que no se angustiasen con el acopio de nuevos conocimientos, pues ya tenían bastantes, se trataba simplemente de verter esos conocimientos a las realidades o supuestos que fuéramos examinando y que ese ejercicio al hacerlo con cariño les daría seguridad y optimismo para abordar la redacción del examen práctico. Faltaría a la verdad si no reconociera los resultados positivos alcanzados y el buen ambiente conseguido con la preparación.

He pensado que una manera de expresar mi devoción por la profesión notarial, a la que tanto debo, era recopilar y actualizar el trabajo de tantos años dedicados a

la preparación de casos prácticos. Deuda que es aún mayor desde que el Patronato de la Academia Matritense del Notariado me ha encargado la dirección de la Academia de Preparación a Notarías. Mi intención era abordar todos los temas de Derecho Civil; hice ya un primer intento con los «Casos Prácticos. Derecho de Sucesiones [adaptados al programa de Notarías]», editado por Francis Lefebvre, en su colección de Memento Experto en el año 2015, del que se hizo una segunda edición en julio de 2019, adaptada a los programas de Notarías y Registros, una vez que en la parte de civil se habían unificado ambos. El segundo libro fueron los Casos Prácticos en Obligaciones y Contratos, adaptado igualmente a ambos programas.

En el presente libro los casos planteados versan sobre Derecho de Familia. No obstante, hemos incluido los seis primeros capítulos, dedicados a temas de la parte general, que afectan a la persona física, como protagonista del Derecho de Familia. En ellos hemos adaptado los supuestos planteados a la reciente Ley para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica; ello implica un riesgo, por la falta de andadura de la misma. Se compone el libro de 20 temas y en la numeración de cada uno hemos puesto el tema correspondiente a ambos programas para así facilitar su búsqueda. Creemos que este libro podrá también ayudar a los opositores a otros cuerpos de la Administración, en cuyos temarios se incluyan temas o lecciones de Derecho Civil, así como a estudiantes universitarios.

De lo expuesto anteriormente se verá que este libro, como los dos anteriores, pretende ayudar al estudiante a discurrir sobre hechos y a amenizar su estudio. No hace un estudio exhaustivo de las instituciones, ni siquiera analiza todos los casos o supuestos en todas ellas, lo que sería imposible, ni tampoco sentar doctrina que el opositor tenga que ir memorizando o añadiendo a sus temas. Nada de ello perseguimos; el autor da su opinión como una opinión más, que ayude al lector. El ideal sería que el opositor leyera el supuesto de hecho, pensara la solución que considera adecuada, la contrastara con la expuesta en el libro y después la suya y la del libro, con la de la jurisprudencia o doctrina de la DGRN, hoy DGSJ y FP, recogida en el mismo.

Termino esta introducción agradeciendo la paciencia de María Luisa, mi mujer, que sigue respetando mis horas dedicadas al estudio y a la preparación de opositores, por los que siempre se ha interesado y acogido, a veces, hasta en nuestra propia casa.

Mi agradecimiento a la Editorial Francis Lefebvre por seguir confiando en mí, publicando estos casos prácticos de Derecho de Familia y muy especialmente a su director en España Juan Pujol.

Gracias a cuatro notarios, ingresados en la última oposición y que han sido alumnos míos en la Academia de Preparación a notarías de Madrid. Estos son, por orden alfabético: Luis Miguel Motos Aragón, María del Pilar Navarro Fraile, José Ignacio de Solas Rodríguez-Hermida y María Sánchez García. Me han revisado gran parte de los capítulos de esta obra y me han hecho importantes observaciones y aportaciones, algunas de las cuales las he recogido, citando a su autor.

Gracias al catedrático Alfonso Luis Calvo Caravaca que me ha revisado algunos casos de internacional privado.

Gracias a las aportaciones hechas por los notarios, Íñigo Revilla Fernández, Manuel Lora-Tamayo Villaceros y Carlos Pérez Ramos.

Gracias a nuestros opositores y alumnos de los que aprendemos constantemente, a los que dedico este libro.

Y por encima de todo, gracias a dios.

En Madrid, diciembre de 2020.

**ISIDORO LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ.**

*Notario Honorario del Colegio Notarial de Madrid*

*Director de la Academia de Preparación a Notarías del Colegio Notarial de Madrid*

## CAPÍTULO 1

# Persona y personalidad

Tema 10 del programa de oposiciones a Notarías y Registros

100

1. Concebido y no nacido.....	103
2. Concepturus.....	150
3. Premoriencia y conmoriencia .....	200
4. Domicilio y residencia de las personas físicas .....	220

## 1. Concebido y no nacido

Primer supuesto de hecho. Donación al concebido.....	105
Segundo supuesto de hecho. Daños al concebido .....	115

103

**Primer supuesto de hecho. Donación al concebido** El Sr. B es titular, en concepto de dueño, del sesenta por ciento de las acciones de la Sociedad X SA, que son las números 1 al 600. El otro cuarenta por ciento pertenece a su hermano C que son de la 601 a la 1000. Al enterarse B que su hija esperaba un hijo le llena de gran alegría y procede a donarle al concebido doscientas acciones, concretamente las números 401 a la 600, por lo que el capital social quedaría distribuido de la siguiente forma: B titular de las acciones 1 a la 400, C de la 601 a la 1000 y el concebido de la 401 a la 600. La **donación** se formaliza en **escritura pública** aceptada por los padres del concebido en nombre de éste. B y C están enfrentados entre sí por la manera de llevar la sociedad, por lo que al celebrarse una junta general de la misma, antes del nacimiento del concebido, a la que asisten solamente los dos hermanos, B considerándose titular de seiscientas acciones, es decir incluyendo las 401 a las 600 donadas a su futuro nieto, acuerda el cese de C como administrador y que la sociedad ejercite contra el mismo una acción de responsabilidad. C pretende anular la junta general, considerando que B no tenía la mayoría, pues las acciones donadas ya no eran suyas. Los interesados acuden en consulta.

105

**Opinión** Como sabemos el concebido no tiene una verdadera **personalidad y capacidad jurídica**, porque según el art.29 es el nacimiento el que determina la personalidad. El Código para atribuirle esos beneficios se vale de una ficción jurídica, la de suponerle nacido, al disponer que se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente. Manifestación de estos beneficios es el art.627 CC, en materia de donaciones: «Las donaciones hechas a los concebidos y no nacidos podrán ser aceptadas por las personas que legítimamente les representarían, si se hubiera verificado ya su nacimiento».

110

Combinando los art.29 y 627 CC, con el art.30 del mismo cuerpo legal: «La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el pleno desprendimiento del seno materno», debemos llegar a la conclusión que el donante no puede **revocar la donación** pero que el nacimiento con vida es *conditio iuris* de la eficacia de la misma. Por ende, si el nacimiento con vida se produce, la donación habrá producido todos sus efectos con **carácter retroactivo** y el donante habrá perdido definitivamente la cosa donada, si el nacimiento con vida no se produce la donación no habrá producido efecto alguno y lo donado permanecerá en poder del donante. Hasta que dicho **nacimiento** se produzca el donante no pierde su titularidad actual, pero es evidente que no sigue ostentan-

do desde la aceptación de la donación la misma que tenía hasta entonces puesto que debe custodiar o guardar lo donado hasta que el concebido nazca o no.

Aplicando estos razonamientos a nuestro caso, B al celebrarse la junta general era el único titular de las acciones 1 a 600, el concebido no tenía titularidad alguna, por lo que sus padres no podían representarle en la junta general. Más aún, B tenía obligación de velar por las acciones donadas, por lo que creemos que su asistencia a la junta general ostentando la plena titularidad de las seiscientas acciones y adoptando los acuerdos como socio mayoritario es válida, sin perjuicio de que si hubiera causado perjuicio a su nieto al nacer con vida y consolidarse la donación debiera repararle el daño, por aplicación analógica del 1122, 4ª.

**115 Segundo supuesto. Daños al concebido** Como consecuencia de un **accidente de tráfico**, producido al perder el conductor B el control del vehículo que tenía los neumáticos en mal estado e iba a una velocidad excesiva, chocó de frente con otro vehículo conducido por C que iba acompañado de su esposa D, la cual estaba embarazada de treinta y tres semanas, ocasionando la muerte de ambos padres y del feto. Se acude en consulta sobre los derechos que los padres de los fallecidos puedan tener a efectos indemnizatorios, habida cuenta que el matrimonio fallecido no tenía hijos.

**120 Opinión** Aceptamos el hecho que B ha conducido de manera imprudente y está obligado a indemnizar el daño causado, en base al art.1902 CC. Es indiscutible que los padres de los fallecidos tienen derecho a ser indemnizados del **daño moral** por el homicidio involuntario o muerte de sus hijos. La duda es si deberá indemnizar también por la muerte del feto.

El art.29 CC dispone que: «El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente» y el art.30 añade: «La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno». El primero de estos artículos está protegiendo al concebido que nace, por lo que para tener esta protección es necesario que el nacimiento se produzca y al no haberse producido el nacimiento con vida, según el artículo 30, el concebido no adquirió personalidad y al no haber adquirido personalidad su muerte no puede ser calificada del homicidio imprudente de una persona. Por ello, a nuestro juicio, no procederá una indemnización por homicidio, pero si por los daños físicos y morales que la pérdida del hijo que iba a nacer causo a los abuelos, pues evidentemente esta pérdida puede causarle un daño moral, añadido al de la muerte de sus hijos. Ello es lo que parece más congruente con el Código Penal, como recoge una de las sentencias que transcribimos posteriormente.

**125 Jurisprudencia** AP Madrid 17-12-10, EDJ 331833: «Cabe señalar que declarándose probado en el relato de hechos de la sentencia combatida que, a consecuencia directa del accidente enjuiciado se produjo "la **muerte del feto**" (Hecho Probado Segundo), y no habiéndose cuestionado tal declaración en ninguno de los recursos planteados, dicha declaración fáctica ha de restar inmutable en esta alzada, lo que choca, en principio, con la acordada condena por homicidio imprudente, en tanto el homicidio requiere causar la muerte de "otro" y este otro ha de ser persona. Obvia este problema la sentencia de instancia acudiendo a la interpretación de la norma penal aplicando en ella la disposición del art.29 CC según la cual el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables siempre que nazca con las condiciones que señala el artículo siguiente (tuviere figura humana y viviere 24 horas enteramente desprendido del seno materno).

La argumentación no es asumible, pues ignora el incumplimiento, al menos según el relato de hechos probados, de la exigencia de vivir 24 horas enteramente desprendido del seno materno, por lo que la propia argumentación empleada por la juez para ampliar la **protección a la vida del no nacido**, adelantándola a su fallecimiento en el seno materno, debe decaer. En consecuencia, la condena por falta de homicidio imprudente no puede sostenerse, máxime cuando para argumentarla uno de los elementos constitutivos del tipo, la condición de "otro" como persona de la víctima, ha sido obtenida realizando una aplicación analógica de normas extrapenales, con evidente vulneración del art.4.1 CP que limita la aplicación de las normas penales a los supuestos expresamente comprendidos en ellas.

La consecuencia de lo anterior no puede ser otra que la absolución del condenado respecto de esta falta de homicidio imprudente, pues al entender que nos hallamos ante un **aborto** causado por **imprudencia leve**, el mismo ha de restar impune ya que en materia de aborto, el Código vigente sólo contempla la punición del aborto doloso y del causado por imprudencia grave (art.144 y ss.).

Acogido el motivo segundo del recurso, es palmaria la procedencia de acoger éste, pues descartada la producción de **homicidio**, por tratarse el hecho a indemnizar en el supuesto de autos el de muerte fetal, no procede indemnización por fallecimiento de persona, sino por el aborto causado, lo que se ha realizado ya por la aseguradora en su consignación, y en términos que no han de merecer discusión, al haberse aplicado la misma en su máxima extensión, por lo que la consecuencia de la presente estimación del motivo será la supresión del fallo recurrido de la indemnización ahora declarada improcedente».

AP Burgos 6-4-04, EDJ 202178: «Es indubitado que el *nasciturus*, aun cuando civilmente no ostente la condición de "persona" (art.29 y 30 c.cv), es objeto de indemnización derivada del daño moral causado por su pérdida. Así se desprende, tanto de la tabla I del Anexo de la Ley 30/1995, como de la tabla IV, y, tanto por fallecimiento de la madre (es decir, cuando la madre es víctima falleciendo por el accidente, como ocurre en nuestro caso), como cuando la madre no fallece y solo tiene lesiones (Tabla IV), e, incluso cuando la madre embarazada no sufre lesión alguna, pero a pesar de ello pierde el feto (inciso de la tabla IV). Es claro, pues, que la pérdida del feto es un daño y ni valor moral susceptible de indemnización a través de la determinación de su *Preiun dolores*, como factor de corrección.

2ª- Asimismo, es claro que la **indemnización por pérdida del feto** no se plantea como una indemnización principal, sino como un "factor de corrección"; lo cual supone que tiene que recaer sobre los perjudicados que reciban esa indemnización principal, bien sea por daño moral derivado del fallecimiento de la madre, bien sea por daño propio derivado de secuelas, o, como hemos visto, incluso cuando no haya secuelas para la madre.

Planteado el debate en estos términos, procede discrepar de la tesis del recurrente de que habiendo **fallecido ambos progenitores** no existe "perjudicado" que pueda obtener la indemnización por el feto, pues tal indemnización solo es posible para los padres en el caso de que al menos uno de ellos sobreviva en el siniestro. Interpretando, tanto de forma sistemática la norma, como sobre todo, en forma teleológica, y sin necesidad de acudir a la analogía (art.4 CC), como entiende la juzgadora de instancia la norma dubitada, procede considerar que en el peculiar y especialmente doloroso caso que nos ocupa, los abuelos tienen derecho a obtener la indemnización fijada por el hijo que esperaban los fallecidos. Este criterio se fundamentaría en las siguientes razones:

1ª.- En efecto, en el punto 4 del Anexo determina quienes son los perjudicados en el caso de fallecimiento, y los cifra en las personas citadas en la tabla I. En

esa tabla se incluyen, como es evidente, los padres por el fallecimiento de sus hijos, y, también, se cita a los abuelos y dice: "abuelos sin padres", distribuyendo la cuantía (llamada 6) "entre los abuelos paternos y víctimas".

Esto supone dos cosas, que los denunciante podrían obtener una indemnización por el fallecimiento de su hija (y de su yerno), pero también como abuelos, pues la víctima (la hija de los denunciante) consecuencia del accidente no tenía cónyuge y tampoco tenía hijos; por lo tanto, el feto sería "nieto" de los denunciante. En consecuencia, no es acertado el argumento de que no es posible la indemnización a los "abuelos" cuando fallecen los padres por el daño moral derivado del fallecimiento del nieto esperado.

2ª.- En todo caso, y sin necesidad de acudir a esta interpretación sistemática, la interpretación teleológica lleva a concluir el carácter indemnizable del feto a favor de los "abuelos".

La razón esencial es que el **concepto de perjudicado** es un concepto abierto, pese a la literalidad del punto 4 del Anexo, pues en caso contrario no podrían ser indemnizados familiares o personas convivientes con los fallecidos y no descritas en el baremo; y por ello es claro que fallecidos los hijos y el feto esperado, los padres de aquellos son los beneficiarios de la indemnización y, en consecuencia, a estos beneficiarán los correspondientes factores de corrección. Es evidente, que siendo indemnizados los perjudicados por la pérdida de una hija sin cónyuge (pues el esposo falleció poco después y consecuencia del mismo accidente), sin descendientes, pero con ascendientes, debe de serles aplicados los correspondientes **factores de corrección**. Nadie discutiría que se aplicará el factor económico o el factor de corrección o por circunstancias familiares especiales, pues por coherencia aplicativa del baremo no hay razón para descartar el factor corrector de "víctima embarazada". Es decir, si hay perjudicados (padres por la muerte de sus hijos) y si la pérdida del feto a consecuencia del accidente es un factor corrector, es notorio que este factor debe de ser aplicado en favor de quienes han sido perjudicados, que no son otros sino los padres-denunciante.

- 135** La indemnización por la pérdida del feto es un **concepto indemnizable** como factor corrector por el incremento del daño moral sufrido por su pérdida; ello supone, que la cuantía indemnizatoria no queda excluida por fallecer ambos progenitores en el siniestro, sino que se aplicará con el incremento correspondiente a la indemnización principal que correspondía al perjudicado, que, en nuestro caso, eran los padres de la hija fallecida y futuros abuelos, que como es evidente han sufrido un daño moral (*Premium doloris*) derivado de la pérdida de su futuro nieto. El legislador podría haber considerado que el feto o *narciturus* no fuera objeto o sujeto de indemnización, pero habiendo admitido su carácter indemnizable y como factor de corrección, es claro que ese factor corrector acrecerá la indemnización de quien resulte calificado como "perjudicado" por el siniestro».

## 2. Concepturus

- 150** **Supuesto de hecho** El Sr. B tiene tres **hijos**: C que está casado con un hijo, D, soltero y mayor de edad y E también soltero y menor de edad. Ninguno de los solteros tiene hijos. B quiere que todos los nietos que pueda tener le recuerden con cariño por lo que pretende donar una finca a todos los **nietos** que en la actualidad y en el futuro pudiera tener. Acude en consulta sobre si ello es posible.
- 155** **Opinión** El art.641 CC dispone: «Podrá establecerse válidamente la reversión en favor de sólo el donador para cualquier caso y circunstancias, pero no en favor de otras personas sino en los mismos casos y con iguales limitaciones que determina este Código para las sustituciones testamentarias. La reversión esti-

pulada por el donante en favor de tercero contra lo dispuesto en el párrafo anterior es nula; pero no producirá la nulidad de la donación». Conforme este artículo es perfectamente posible hacer la **donación** pretendida donando directamente los bienes a los tres hijos e indirectamente a los nietos, disponiendo que al fallecimiento de los hijos, o al fallecimiento del donante o de cualquiera otra circunstancia la finca donada pase a los nietos que al producirse el evento señalado tuviese B y en la proporción que se establezca. Ello puede hacerse también por vía testamentaria mediante la sustitución fideicomisaria en los términos previstos en el art.781 CC. Ciertamente la **cláusula reversional** deberá quedar claramente configurada, pues si la reversión se produce al nacimiento de cada nieto en ese momento adquirirá el todo o una participación de la cosa donada, bien de su padre o de sus hermanos, si alguno hubiese ya adquirido. Creemos que convendría establecer que la reversión se producirá a favor de los nietos en el momento de morir sus respectivos padres o incluso el abuelo donante.

La dificultad es si no se hace la **donación** en forma **indirecta** a los nietos, conforme el art.641 CC, si no en forma **directa**. La Ley 154 de la Compilación de Navarra lo permite expresamente en los siguientes términos: «Las disposiciones a título lucrativo, por actos intervivos o mortis causa, pueden hacerse a favor del concebido e incluso a favor de los hijos aún no concebidos de persona determinada que viva al tiempo de la donación o al de la muerte del testador». No existe una norma igual en el CC que prevea estas donaciones. A favor de ese llamamiento podía argumentarse su admisión por vía testamentaria que, si bien es cierto, que un gran sector de la doctrina ha negado esta posibilidad, considerando que es necesario para suceder como heredero o legatario, además de sobrevivir al causante que viva al cumplirse la condición, en base fundamentalmente al art.758 CC, la doctrina más moderna, incluso la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de la DGRN, como más tarde recogeremos, admiten el llamamiento testamentario directo al no concebido como heredero y legatario, en primer lugar porque el art.758 CC no ordena que los llamados tengan que existir en el momento de fallecer el testador, sino que deben tener capacidad y desde luego existir en el momento en que deban suceder, que puede ser al morir el testador o al cumplirse la condición, según sea el llamamiento y en segundo lugar que si pueden ser llamados por vía indirecta (sustitución fideicomisaria) igual pueden serlo por vía directa y que la voluntad del causante es la ley máxima de la sucesión, pudiendo el testador ordenar todo lo que sea posible y lícito (1).

Frente a la admisión del llamamiento al concepturus por vía directa, se argumenta que es diferente la forma de **suceder** por **vía de sucesión mortis causa** que por medio de una **donación**. En ésta, es esencial la aceptación en vida del donante, por lo que una vez que éste haya fallecido no podrá llevarse a efecto (2) y el CC en el art.627, antes estudiado, permite las donaciones hechas a los concebidos y no nacidos, mediante la ficción de considerarles personas a los efectos que le sean favorables, pero no debe irse más allá. Albaladejo (3) se muestra contrario a esta posibilidad, añadiendo a la argumentación a sensu contrario del art.627 CC, que siendo la donación un contrato con dos sujetos, difícilmente se compagina que una de las partes ni siquiera esté concebida y que estando admitida la donación al concepturus en nuestro Derecho histórico deliberadamente los redactores del CC prescindieron de ella.

**Jurisprudencia** TS 25-4-63, EDJ 3125: «es lo cierto que en nuestro derecho positivo no existe prohibición alguna respecto a la posibilidad de **suceder mortis causa** de las personas no nacidas ni todavía engendradas, siempre que sean de algún modo identificables e identificadas en su existencia real como tales personas, pues en otro caso la institución por ser en favor de un sujeto incierto, sería ineficaz».

160

165

- 170** TS 3-4-65, EDJ 2770: «si bien es cierto que los herederos suceden al difunto por el hecho de su muerte y desde este momento nacen los **derechos de sucesión**, no lo es menos que su efectividad puede demorarse por las instituciones condicionales, o a plazo, en que hasta que ésta se cumpla queda retardada, en situación de derecho expectante, como lo demuestra el propio 758 que si bien ordena que se califique la capacidad del heredero al tiempo de la muerte del testador, contiene la salvedad de que en las instituciones condicionales se atiende además al en que se cumpla la condición; y en su consecuencia si el no nacido, ni concebido a la muerte del testador carece de capacidad para heredar sin llamamiento expreso, lo obtiene si reúne tales caracteres al momento de cumplirse la condición y de tal debe reputarse la institución de heredero al momento de extinción del usufructo».
- 175** TS 22-11-91, EDJ 11098: Para entender esta sentencia debe tenerse en cuenta que contempla un supuesto de concurrencia de **hijo matrimonial y extramatrimonial**, antes llamado legítimo y natural, en un momento en que no existía igualdad y equiparación entre ambas clases de hijos. La mejora solo podía establecerse a favor de los hijos legítimos. Por ello el TS considera que: «Cuando, como en el presente caso ocurre, en la sucesión de que se trata sólo exista un hijo legítimo y un hijo natural reconocido conforme a derecho, se da un imposible legal, o una dificultad "de facto", para que la mejora surja, ya que para ello se requiere pluralidad de sujetos, en una o en varias generaciones supuesto que aquí no se da, sobre los que sea factible que recaiga, porque, por su propia naturaleza, presupone el ejercicio de un derecho electivo, por lo mismo que lleva envuelta, en su entraña, una idea de desigualdad, preferencia o comparación entre dos términos, uno más favorecido que otro, por llamamientos simultáneos o sucesivos, de tal manera que cuando esa facultad electiva no puede producirse, por existir únicamente un hijo y descendiente legítimo, la legítima del mismo, a fines de aplicación del mencionado párrafo del art.840 CC, aplicable a la sucesión en cuestión, viene conformada por los dos tercios de la herencia, que, según el también ya mencionado art.808, en su párrafo primero, en relación con el 806 del mencionado Cuerpo legal, constituye la legítima de los hijos y descendientes legítimos, y con base en ella ha de computarse la mitad que, según el párrafo segundo del mismo art.840, corresponde al hijo natural legalmente reconocido».
- 180** TS 9-2-98, EDJ 339: «nos hallamos ante una **institución de herederos** hecha a favor de los *nondum concepti*, conforme admite nuestra jurisprudencia que recoge la doctrina científica que no ve obstáculo alguno en que el *concepturus* sea declarado heredero, no ya sólo por la vía indirecta de la sustitución, sino también por la vía directa de la institución así frente al criterio prohibitivo del Derecho Romano y, en general, del Derecho europeo más afín, un sector importante de la doctrina civilística y la jurisprudencia de esta sala sostienen que es válido el citado llamamiento, no obstante, haya de exigirse como tal institución de herederos sometida a condición, que estos sujetos, expectantes deba existir (y ser capaces para suceder) en el momento del fallecimiento del usufructuario que es el momento en que se produce la delación respecto del mismo».
- 185** DGRN Resol 29-1-88: Admite un **legado** de estas características y analiza la situación jurídica en que se encuentra la herencia y lo legado de esta forma: «La interpretación de la cláusula debatida en su sentido literal y lógico muestra la voluntad de los testadores fue la de que en la tercera parte del legado parciario tuvieran el carácter de legatarios todos los hijos de su hijo Antonio, tanto los que ya vivían al tiempo de otorgar los testamentos y que son designados nominativamente, como los que a partir de esa fecha pueda tener su citado hijo Antonio, habiendo, pues, de esperarse al fallecimiento de éste para concretar el número

de los legatarios. Mientras tanto, se produce una especial **conurrencia de llamamientos** en relación, no con todo el legado parciario sino sólo con la parte de él a que son llamados los nietos, pues junto a llamamientos puros que confirman en esa parte derecho desde el momento mismo del fallecimiento del causante, si bien el alcance objetivo quede provisionalmente indeterminado, hay también llamamientos en favor de *nondum concepti*, los cuales, aunque por no revestir la forma prevista en el artículo 781, ha de ser examinados con la máxima cautela, son posibles en nuestro ordenamiento conforme a los artículos 745,1º, en relación con los artículos 29, 30, 758, 781 y 785 del Código Civil, siempre que los favorecidos sean, como ahora ocurre, identificables».

### 3. Premoriencia y conmoriencia

**Supuesto** En un accidente de aviación, provocado por su piloto al estrellar el avión contra Los Alpes, entre otras personas fallecen B, su hija C y D, hija de la anterior y nieta de B. B estaba divorciada y había otorgado testamento en el que instituye por sus herederos por partes iguales a sus cinco hijos, sustituidos vulgarmente por sus descendientes. C estaba casada con tres hijos, viviendo su esposo llamado E, sin que hubiese otorgado testamento y D era menor, soltera y sin hijos, viviendo su padre E. Se pregunta por la **determinación de los herederos** de las tres personas fallecidas y a quién corresponde la indemnización que la empresa aseguradora del vuelo debe satisfacer.

200

**Opinión** El art.33 CC dispone: «Si se duda, entre dos o más personas llamadas a sucederse, quién de ellas ha muerto primero, el que sostenga la muerte anterior de una o de otra, debe probarla; a falta de prueba, se presumen muertas al mismo tiempo y no tiene lugar la transmisión de derechos de uno a otro» y el art.34 añade: «Respecto a la presunción de muerte del ausente y sus efectos se estará a lo dispuesto en el título VIII de este libro». Por su parte el art.194 CC dispone que: «Procede también la declaración de fallecimiento: "2.º De los que resulte acreditado que se encontraban a bordo de una nave cuyo naufragio o desaparición por inmersión en el mar se haya comprobado, o a bordo de una aeronave cuyo siniestro se haya verificado y haya evidencias racionales de ausencia de supervivientes"» y el 195 exige que: «Toda declaración de fallecimiento expresará la fecha a partir de la cual se entienda sucedida la muerte, con arreglo a lo preceptuado en los artículos precedentes, salvo prueba en contrario».

205

Conforme a los preceptos citados procede la **declaración de fallecimiento** de B, C y D, debiendo en la misma declararse la **fecha** en la cual el fallecimiento se produjo y lógicamente la hora, por lo que las tres personas se consideran fallecidas al mismo tiempo. De aquí resulta que aplicando el art.33 CC todas se presumen fallecidas al mismo tiempo, sin que haya lugar a la transmisión de derechos entre las mismas. Por tanto:

Partiendo de que de los cinco hijos de B solo ha fallecido C en el siniestro, a B le sucederán sus cuatro hijos y los dos nietos, sobrevivientes hijos de C, sin que puedan sucederle C, ni D por la conmoriencia. La herencia se dividirá entre cinco partes, cada hijo recibirá una y la restante para los dos nietos. Los hijos de C la suceden como consecuencia de la sustitución vulgar por ella ordenada, en base al artículo 774 del CC, pues aunque el artículo 774 solo se refiere a al caso en que el llamado muera antes que el testador o no quiera o no pueda aceptar la herencia, se considera incluida dentro de la premoriencia la conmoriencia.

A C la sucederá sus dos hijos (art.932 CC) y el viudo en la cuota legal usufructuaria (art.834 CC). C no recibirá tampoco nada en la herencia de su madre, por la conmoriencia.

A D le sucederá su padre en los bienes que tuviere (art.937 CC), sin que haya recibido nada de su abuela ni de su madre.

Respecto al seguro, los beneficiarios directos serán los que han sufrido el daño moral: hijos, padre y cónyuge, sin que forme parte de la herencia de las causantes.

#### 4. Domicilio y residencia de las personas físicas

- |            |   |     |
|------------|---|-----|
| <b>215</b> | Primer supuesto de hecho. Vecindad civil .....      | 225 |
|            | Segundo supuesto de hecho. Esfera contractual ..... | 230 |
|            | Tercer supuesto de hecho. Esfera familiar .....     | 265 |
- 220** La determinación del domicilio y la residencia de las personas físicas tienen trascendencia en los distintos ámbitos del Derecho, tanto en la esfera pública, como privada. Descendemos al casuismo en algunos supuestos concretos.
- 225 Primer supuesto de hecho. Vecindad civil** Nos remitimos a los supuestos de vecindad civil tratados en el capítulo 4 (nº 1505 s.).
- 230 Segundo supuesto de hecho. Esfera contractual 1. Arrendamiento.** El Sr. B, fallece en estado de viudo, estando domiciliado en una vivienda que había arrendado hacía dos años por plazo de diez años en condiciones bastantes favorables. A su **hija C** le interesaba **subrogarse** en este arrendamiento, para lo cual se empadrona en la vivienda y si bien es verdad que cuida de su padre, durmiendo incluso en ocasiones en la casa desde que se puso enfermo, donde ella vive habitualmente con su marido e hijos es en otra vivienda diferente. Al fallecer el padre, C pretende subrogarse en el arrendamiento. ¿Es ello posible?
- 235 Opinión** Tal y como resulta del art.16 LAU al fallecer el arrendatario se extingue el arrendamiento, salvo la posibilidad de subrogarse ciertas personas cumpliendo los requisitos legales. Entre las **personas con derecho a la subrogación**, según el apartado a) de dicho artículo, están los descendientes del arrendatario que en el momento de su fallecimiento hubiesen convivido habitualmente con él durante los dos años precedentes. Está habitualidad en la convivencia exige que C compartiera con su padre el domicilio, para lo que es necesario la habitualidad a la que se refiere la LAU, que no se da por el mero hecho del empadronamiento, ni porque cuidase con regularidad a su padre e incluso durmiese en su casa en algunas ocasiones. Hay que atender al domicilio real y éste era el que C vivía con su marido e hijos, que entre paréntesis era el legal (art.68 CC). Conforme a lo anterior, creemos que C no tiene derecho a subrogarse en el arrendamiento de la vivienda de su padre.
- 240 Jurisprudencia** AP Madrid 30-9-08, EDJ 327032: «Por cuanto tampoco ha resultado justificado que la Sra. A... hubiere tenido su **domicilio efectivo** –su morada permanente– en la **vivienda arrendada** y hubiere venido desarrollando en la misma una situación de vida en común con su madre, compartiendo el hogar de forma estable y permanente. El mero hecho de que la demandada estuviere empadronada en la vivienda arrendada objeto del litigio desde el día X –único hecho que puede acreditar el certificado obrante al folio 1– no resulta por sí solo suficiente para tener por acreditado, de modo categórico e irrefutable, ni que ése fuera el real y efectivo lugar de su residencia habitual, permanente e intencionada, ni, mucho menos, su convivencia con la inquilina en dicha vivienda. Debiendo recordarse, en este punto, que la convivencia que se configura como presupuesto fáctico de la subrogación supone, conforme a conocida y consolidada doctrina jurisprudencial, cuya cita pormenorizada resulta ociosa, vida en común –y fami-

liar- con el titular arrendaticio, compartiendo el hogar de forma estable y permanente y con el ánimo de instalar allí de manera definitiva su domicilio, esto es, habida cuenta de lo prevenido por el art.40 CC, de establecer allí, de modo efectivo y permanente, el lugar de su residencia habitual, que, como precisó, entre otras, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1991, EDJ 10851, es independiente de la vecindad administrativa o de la inscripción en el padrón municipal».

**2. Domicilio en el contrato.** El Sr. B vende a C un cuadro por importe de doce mil euros. Se formaliza la venta en un documento privado, en el que consta el domicilio de B y C y se establece que el pago del precio deberá hacerse en la cuenta corriente de un determinado banco y la entrega del cuadro en el domicilio de C. Este posteriormente cambia de domicilio. ¿Dónde deberá entregar B el cuadro? **245**

**Opinión** Encontramos aquí dos clases de domicilios: el de las personas físicas y el señalado para el pago del precio. Dos artículos del CC debemos tener en cuenta. El art.1171 que es general para el lugar donde debe hacerse el pago de las obligaciones y el art.1500 específico para el pago del precio en la compraventa. El primero de ellos dispone: «El pago deberá ejecutarse en el lugar que hubiese designado la obligación. No habiéndose expresado y tratándose de entregar una cosa determinada, deberá hacerse el pago donde ésta existía en el momento de constituirse la obligación. En cualquier otro caso, el lugar del pago será el del domicilio del deudor». Por su parte, el art.1500 para la compraventa añade: «El comprador está obligado a pagar el precio de la cosa vendida en el tiempo y lugar fijado por el contrato. Si no se hubieren fijado, deberá hacerse el pago en el tiempo y lugar en que se haga la entrega de la cosa vendida». **250**

El pago del precio del cuadro tiene un domicilio fijado para ello que es el de la cuenta corriente del banco. Sin embargo, ello no ocurre para la entrega del cuadro, pues el hecho que se haya puesto un domicilio como de los otorgantes eso no significa que sea el del pago. Este debe hacerse en el domicilio que realmente sea del acreedor en el momento que la cosa haya de entregarse y si ha cambiado no cumple B acudiendo al domicilio fijado en el contrato, máxime si le consta el cambio, deberá indagar el domicilio real y si ello no es posible o le fuese más gravoso para el cumplimiento quedará liberado con la consignación, en los términos del art.1175 CC (4).

Lo anterior aconseja que en todo contrato se deje muy claro cuál es el domicilio en que deben cumplirse las prestaciones de las partes o incluso ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones derivadas del mismo y ello no solo para determinar la competencia de los Tribunales de Justicia que es un tema diferente. En el tema procesal además es esencial evitar la indefensión de las partes por notificaciones incorrectas o infructuosas a los domicilios

**Jurisprudencia** AP Asturias 9-1-02: «Obvio es que lo esencial del domicilio es servir de lugar para el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones de una persona (art.40 CC), y por ende al mismo debe dirigirse cualquier comunicación con relevancia jurídica, bien entendido que lo ha de ser al domicilio real y vigente en dicho momento. Por ello, el hecho de su designación en el contrato no tiene otra finalidad que su constancia y conocimiento a los efectos de las posibles comunicaciones o notificaciones "inter partes" a las que pueda dar lugar o puedan derivar de la relación contractual. De ello se deduce que en caso de alteración de domicilio por cualquiera de las partes haya de ser comunicado a la otra, o cuando menos tal circunstancia ha de ser conocida por ella. Si en el caso de autos, independientemente de que le hubiere sido comunicada, la entidad bancaria conocía el domicilio de D.ª Eva Elena en el momento del envío de la carta, era a éste al que debería habersele remitido y no al que aún constandingo en el contrato ya no era el lugar de su residencia; entenderlo de otro modo equival-

**255**

dría a dejar en manos del acreedor la posibilidad de hurtar al deudor el necesario conocimiento de la cantidad exigible tal y como requiere la legislación, al obtener así una notificación negativa buscada de propósito».

- 260** AP Asturias 17-10-02: «El nuevo orden procesal instaurado por la LEC de 7 Ene. 2000 es tributario y respetuoso de la copiosa doctrina sentada por el TC respecto de la importancia y relevancia de los **actos de comunicación** y así: primero, declara la nulidad de todo acto que no se practicase conforme a la Ley y pudiera causar indefensión siempre que ésta no fue atribuible a la propia conducta del destinatario del acto (art.166.1 y 2); segundo, en orden a los actos de citación y emplazamiento a juicio, que son los que aquí interesan, dispone que se harán por remisión "al domicilio de los litigantes" (art.155.1 LEC) cuya determinación no puede ni debe hacerse por remisión al art.51 de la Ley Rituaria, relativo a la competencia territorial, sino en razón de lo dispuesto en el CC (art.40 y 41) y de la normativa específica que en cada caso y respecto de las muy diversas clases de personas jurídicas o entes sin personalidad establezca su norma reguladora; tercero, sobre el demandante recae la carga procesal de la designación de ese domicilio (art.155.2) y quien, de acuerdo con el deber de lealtad procesal deberá desarrollar la oportuna y razonable labor de indagación recurriendo a los archivos y registros públicos oportunos (art.156.2), carga frente a cuyo cumplimiento no debe el juzgador mantener una actitud pasiva (ad exemplum STC 174/90) sino razonablemente exigente (según así se deduce, también, de poner en relación lo dispuesto en el núm 1 del art.156 con su número 2 y la obligación del demandante de señalar el domicilio del adverso y cuantos datos conozca del mismo y que "puedan ser de utilidad para su localización" art.155.2.2.); cuarto, que en contrapartida y para beneficio del demandante, autoriza la Ley, la posibilidad de designar varios domicilios...; quinto, que cuando la comunicación tuviere por objeto la personación en juicio, la realizada mediante remisión no se entenderá suficiente sino consta la recepción por el interesado (art.155.4 LEC), supuesto en el cual la comunicación será por medio de entrega al destinatario en la sede del Tribunal o en su domicilio (art.161)».

- 265** **Tercer supuesto de hecho. Esfera familiar** Disposición sobre la **vivienda habitual**. El matrimonio formado por B y C viven con sus hijos en una casa en Madrid, **privativa** de C, gran parte del año, pero al trabajar B en Sevilla otra parte importante del año viven con los referidos hijos en esta ciudad, en otra vivienda privativa de B. Este pretende vender la vivienda de Sevilla. Se pregunta si necesitará el consentimiento de C.

- 270** **Opinión** Es precepto clave el art.1320 CC, según el cual: «Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial». Es difícil contestar a la pregunta planteada, porque en el caso contemplado la **duplicidad de los domicilios** no lo es por razones legales o administrativas. Alguna DGRN Resol, como la de 13-6-18, considera que la vivienda habitual es en la que se está la mayor parte del año, lo que puede valer para distinguir entre el domicilio principal y la segunda vivienda en la que se está en tiempo de vacaciones, pero en otros supuestos no creo que sea el elemento definitivo. Pensemos que los hijos estudian en una población, estando la madre con ellos y teniendo otro domicilio en el que está el padre. El tiempo mayor se está en el primero, pero el familiar es el segundo. A nuestro juicio la clave está en que ha de tratarse del domicilio familiar, aquél que de común acuerdo han fijado ambos cónyuges, a la que habitualmente van, lo que no significa que lo hagan permanentemente, pero sí que tenga la vocación de ser el hogar familiar, no el temporal por razones de trabajo,