# REVISTA CRITICA
# DE
# D E R E C H O
# INMOBILIARIO

Año XCIX • Noviembre - Diciembre • Núm. 806

# REVISTA CRÍTICA

DE

# DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

**D. Jerónimo González Martínez**

Dedicada, en general, al estudio
del Ordenamiento Civil y Mercantil,
y especialmente al Régimen Hipotecario

Año XCIX • Noviembre - Diciembre 2024 • Núm. 806

REVISTA BIMESTRAL

FECYT-177/2024
Fecha de certificación: 6 de octubre de 2014 (4ª convocatoria)
Válido hasta: 24 de julio de 2025

Todos los trabajos son originales.
La Revista no se identifica necesariamente con las opiniones sostenidas por sus colaboradores.

Dirección de la RCDI: Diego de León, 21.—28006 Madrid.—Tel. 91 270 17 62
www.revistacritica.es
revista.critica@corpme.es

© Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España
I.S.S.N.: 0210-0444
I.S.B.N.: 84-500-5636-5
Marca Comunitaria N.º 013296281

Imprime: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14
46010 Valencia

No está permitida la reproducción total o parcial de esta revista, ni su trata-miento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

# ÓRGANOS RCDI

**Presidente**

**Don Francisco Javier Gómez Gálligo**
*Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito a la DGSJFP*

**Secretario**

**Don Basilio Aguirre Fernández**
*Consejero de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*

**Comité editorial**

**Doña María Emilia Adán García**
*Decana del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*

**Don Francisco Javier Gómez Gálligo**
*Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito a la DGSJFP*

**Don Basilio Aguirre Fernández**
*Director del Servicio de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Secretario de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*

**Don Celestino Pardo Núñez**
*Consejero de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*

**Don Francisco Marín Castán**
*Consejero de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*

**Consejo Científico**

**Don Fernando Muñoz Cariñanos**
*Registrador de la Propiedad y Mercantil*

**Don José Manuel García García**
*Registrador de la Propiedad y Mercantil*

**Don Antonio Pau Pedrón**
*Ex Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*

**Don José Poveda Díaz**
*Ex Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*

**Don Juan Pablo Ruano Borrella**
*Registrador de la Propiedad y Mercantil*

**Don Juan Sarmiento Ramos**
*Registrador de la Propiedad y Mercantil*

**Don Carlos Lasarte Álvarez**
*Catedrático de Derecho Civil de la UNED de Madrid*

**Don Antonio Manuel Morales Moreno**
*Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid*

**Don Ángel Rojo Fernández-Río**
*Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid*

**Don Fernando Curiel Lorente**
*Registrador de la Propiedad y Mercantil*

**Don Francisco Javier Gómez Gálligo**
*Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito a la DGSJFP*

**Don Juan María Díaz Fraile**
*Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito a la DGSJFP*

**Don Fernando Pedro Méndez González**
*Ex Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*

**Don Vicente Domínguez Calatayud**
*Registrador de la Propiedad y Mercantil*

**Don Celestino Pardo Núñez**
*Registrador de la Propiedad y Mercantil*

**Don Eugenio Rodríguez Cepeda**
*Ex Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*

**Don Juan José Pretel Serrano**
*Registrador de la Propiedad y Mercantil*

**Don Alfonso Candau**
*Ex Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*

**Don Luis Fernández del Pozo**
*Registrador de la Propiedad y Mercantil*

**Don Cándido Paz-Ares Rodríguez**
*Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid*

**Don Gonzalo Aguilera Anegón**
*Ex Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*

**Don Basilio Aguirre Fernández**
*Registrador de la Propiedad y Mercantil*

**Doña Carmen Alonso Ledesma**
*Catedrática Emérita de Derecho Mercantil Universidad Complutense de Madrid*

**Don Andrés de la Oliva Sántos**
*Catedrático Emérito de Derecho Procesal Universidad Complutense de Madrid*

**Don Fernando de la Puente Alfaro**
*Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito a la DGSJFP*

**Don Joaquín Delgado Ramos**
*Registrador de la Propiedad y Mercantil*

**Don Manuel Espejo Lerdo de Tejada**
*Catedrático de Derecho Civil Universidad de Sevilla*

**Don Antonio Fernández de Buján**
*Catedrático de Derecho Civil Romano Universidad Autónoma de Madrid*

**Doña María Paz García Rubio**
*Catedrática de Derecho Civil Universidad de Santiago*

**Don Eugenio Gomeza Eleizalde**
*Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito a la DGSJFP*

**Don Vicente Guilarte Gutiérrez**
*Catedrático de Derecho Civil Universidad de Valladolid*

**Don Guillermo Jiménez Sánchez**
*Catedrático Emérito de Derecho Mercantil Universidad de Sevilla*

**Don Francisco Marín Castán**
*Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo*

**Doña Cristina Martínez Ruiz**
*Registradora de la Propiedad y Mercantil*

**Don Fernando Pantaleón Prieto**
*Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid*

**Doña María Ángeles Parra Lucán**
*Magistrada de la Sala Primera del Tribunal Supremo Catedrática de Derecho Civil Universidad de Zaragoza*

**Doña Juana Pulgar Ezquerra**
*Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid*

**Doña Encarnación Roca Trías**
*Magistrada del Tribunal Constitucional*

**Don Ignacio Sancho Gargallo**
*Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo*

**Don Ignacio Tirado Martí**
*Profesor de Derecho Mercantil Universidad Autónoma de Madrid*

**Don Ángel Valero Fernández-Reyes**
*Registro de la Propiedad y Mercantil*

**Doña Fátima Yañez Vivero**
*Catedrática de Derecho Civil UNED Madrid*

**Don Manuel Ballesteros Alonso**
*Registrador de la Propiedad y Mercantil*

**Doña Guadalupe Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos**
*Secretaria General del Consejo de Estado*

**Doña Piedad García-Escudero Márquez**
*Catedrática de Derecho Constitucional de la UCM y Letrada de las Cortes Generales*

**Doña Pilar Palazón Valentín**
*Registradora de la Propiedad*

**Don Juan Luis Gimeno Gómez Lafuente**
*Registrador de la Propiedad y Mercantil*

**Dña. María José de la Fuente y de la Calle**
*Letrada y Ex Presidenta del Tribunal de Cuentas.*

**Dña. María José García Valdecasas**
*Abogada del Estado y letrada del Tribunal Constitucional.*

**Dña. Esther Muñiz Espada**
*Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid.*

**D. Juan José Jurado Jurado**
*Registrador de la Propiedad y Mercantil.*

**Doña Maria Luz Sánchez-Jaúregui Lázaro**
*Registradora de la Propiedad y Mercantil*

**Doña María del Rosario Jiménez Rubio**
*Registradora de la Propiedad y Mercantil*

# SUMARIO / *SUMMARY*

*Págs.*

**ESTUDIOS/*STUDIES***

FANDOS PONS, Pedro: La obligación de archivo del Libro del Edificio en el Registro de la Propiedad. Propuesta de un desarrollo legal de esta obligación / *The obligation to file the Building Book in the Property Registry. Proposal for a legal development of this obligation* ..... 3107

GÓMEZ PERALS, Miguel: Protección de datos y registro de la propiedad: tanto monta, monta tanto / *Data protection and land registration so much, so much* ..... 3159

NASARRE AZNAR, Sergio y RODRÍGUEZ LIÉVANO, Mª Paula: Propiedad horizontal vs cooperativas de vivienda en cesión de uso: el éxito de un clásico moderno como inspiración de nuevas formas de organizar la vida en común / *Condominiums vs. housing cooperatives in cession of use: the success of a modern classic as an inspiration for new ways of organising communal living* ..... 3217

**DICTÁMENES Y NOTAS / *LEGAL OPINIONS AND NOTES***

SANDOVAL CARO, Encarnación: Los contratos administrativos y los contratos privados del sector público. Su calificación registral / *Administrative contracts and private public sector contracts. Registry qualification* ..... 3259

**RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL / *RESOLUTIONS OF THE GENERAL DIRECTORATE OF LEGAL SECURITY AND PUBLIC FAITH***

Resumen de Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. Coordinado por Juan José Jurado Jurado ..... 3297

*Págs.*

**ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / *JUDICIAL STUDIES***


1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

— Derecho al honor *versus* libertad de expresión en redes sociales. el comportamiento beligerante y agresivo de las comunicaciones en redes sociales / *Right to honor versus freedom of expression on social networks. the belligerative and aggressive behavior of communications on social networks*, por Elena FERNÁNDEZ DE LA IGLESIA ..... 3377

1.2. Derecho de familia

— El interés superior del menor y el canon de razonabilidad reforzada en situaciones de riesgo y desamparo: actuaciones de protección, acogimiento y adopción (I) / *The best interests of the minor and the canon of reinforced reasonableness in situations of risk and neglect: protection, foster care and adoption actions*, por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT ..... 3395

1.3. Derechos reales

— El estudio de la comunidad de bienes desde la Ley Hipotecaria y la doctrina y la *jurisprudencia* registrales (con especial atención a la naturaleza de la comunidad, y a los problemas implicados en su extinción) / *The study of the joint ownership from Property Registry regulation and doctrine and jurisprudence (with special attention to the nature of the community and the problems involved in its extinction)*, por Ángel JUÁREZ TORREJÓN ..... 3481

1.4. Sucesiones

— La vecindad civil como criterio determinante de la aplicación del pacto sucesorio balear de Definición, y el impacto del Derecho europeo en esta materia / "*Vecindad civil"/ "civil regional status" as a determining criterion for the implementation of the Balearic succession agreement called Definición and the impact of European law on this issue*, por Isabel LÓPEZ PEÑATE .. 3507

*Págs.*

1.5. Obligaciones y contratos

— Novedades jurisprudenciales respecto al régimen de cantidades anticipadas de la ley 57/1968 / *Jurisprudential developments regarding the regime of advanced payments under law 57/1968*, por Aitor MORA ASTABURUAGA ..... 3541

1.6. Responsabilidad Civil

— El concepto de vehículo de movilidad personal y la responsabilidad civil derivada de su circulación en la jurisprudencia / *The concept of personal mobility vehicle and civil liability arising from their driving in case law*, por María Remedios GARCÍA-VALLE PÉREZ ..... 3553

1.7. Concursal

— Vivienda familiar y concurso de acreedores tras la Ley 16/2022, de 5 de septiembre / *Family housing and bankruptcy proceedings after Law 16/2022, of September 5*, por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS..... 3593

2. MERCANTIL DERECHO DE SOCIEDADES

— La responsabilidad de los administradores y las cláusulas de indemnidad / *The liability of directors and indemnity clauses*, por Francisco REDONDO TRIGO 3617

3. URBANISMO

— Segregación de terreno en suelo urbano consolidado para su cesión gratuita con destino a vía pública e inscripción de obra nueva en construcción / *Segregation of land on consolidated urban land for free transfer to public road and registration of new construction work under construction*, por Vicente LASO BAEZA..... 3641

**RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / *BIBLIOGRAPHY INFORMATION***

PAZ ARES, Cándido. *Las falacias de la amnistia.* Editorial Comares. 276 páginas, por Manuel CASERO MEJIAS ..... 3655

MARTENS JIMÉNEZ, Isabel L. *Los arrendamientos de vivienda: Tipos, problemas y propuestas de modernización*, por Loreto Carmen MATE SATUÉ..... 3663

# ESTUDIOS

# La obligación de archivo del Libro del Edificio en el Registro de la Propiedad. Propuesta de un desarrollo legal de esta obligación

## *The obligation to file the Building Book in the Property Registry. Proposal for a legal development of this obligation*

por

PEDRO FANDOS PONS

*Registrador de la Propiedad y Mercantil*

RESUMEN: La Ley 13/2015, de 24 de junio introdujo una la obligación de archivar el Libro del Edificio en el Registro de la Propiedad, con el objetivo de poner a disposición de los adquirentes toda la información contenida en el mismo. Pero, esta declaración legal no ha ido acompañada del correspondiente desarrollo reglamentario, que regule como ha de cumplirse esta obligación por parte de los promotores de las construcciones y de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal. El objeto del presente artículo es la de proponer el régimen jurídico que deba regular el cumplimiento de esta obligación. Para ello, partiremos del necesario reconocimiento de la personalidad jurídica de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal y de la adecuada estructuración del documento que ha de archivarse en el Registro, para delimitar la forma en la que dicho Libro del Edificio debe archivarse en el Registro de la Propiedad y que su información pueda ponerse a disposición de los adquirentes del inmueble de una forma dinámica, comprensible y optimizada.

*ABSTRACT: Law 13/2015, of June 24, introduced the obligation to file the Building Book in the Property Registry, with the aim of making all the information*

https://doi.org/10.36151/rcdi.2025.806.01 

*contained therein available to purchasers. However, this legal declaration has not been accompanied by the corresponding regulatory development, which regulates how this obligation must be fulfilled by the promoters of the constructions and communities of owners under a horizontal property regime. The purpose of this article is to propose the legal regime that must regulate the fulfilment of this obligation. To do so, we will start from the necessary recognition of the legal personality of the communities of owners under a horizontal property regime and the appropriate structuring of the document that must be filed in the Registry, to delimit the way in which said Building Book must be filed in the Property Registry, so that its information can be made available to the purchasers of the property in a comprehensible and optimized way.*

PALABRAS CLAVE: Seguridad jurídica, Registro de la Propiedad, Libro del Edificio, archivo registral, información estructurada, modelo de información del edificio, personalidad jurídica, folio electrónico, soporte informático.

*KEY WORDS: Legal Certainty, Building Book, registry file, structured information, building information model, legal personality, electronic file, computer support.*

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN.—II. EL LIBRO DEL EDIFICIO. 2.1. Concepto. A) Es el documento técnico de las características físicas y técnicas del edificio. B) Tiene carácter obligatorio. C) Su fin último es ponerlo a disposición de los adquirentes. D) Es un documento abierto y no cerrado o inamovible. 2.2 Contenido. A) Obra Nueva. B) Edificio preexistente. 2.3. Regulación. A) En el plano sustantivo. a) En el plano estatal. b) En el plano autonómico. B) En el plano registral. 2.2. Delimitación de la obligación de entregar el Libro del Edificio. A) Elementos Personales. B) Elementos Reales. C) Elementos formales.—III. LA TÉCNICA DEL ARCHIVO REGISTRAL DEL LIBRO DEL EDIFICIO. 3.1. Registro de la Propiedad como oficina de información inmobiliaria. 3.2. La Comunidad de Propietarios, su personalidad jurídica y la custodia, conservación y actualización del Libro del Edificio. A) ¿Qué es la personalidad jurídica? B) La Comunidad tiene los elementos esenciales que integran la persona jurídica. C) Puede ser sujeto de derechos y obligaciones. D) Por razones de seguridad del tráfico jurídico. E) Su conexión con el régimen de publicidad no ofrece dificultad. a) La idoneidad del Registro de la Propiedad. b) La técnica registral de la inscripción de las comunidades de propietarios. 3.3. Desarrollo de la técnica registral de archivo del Libro del Edificio. A) La técnica del archivo. B) Naturaleza de la información contenida en el Libro del Edificio. C) El BIM como modelo de gestión de información del Libro del Edificio. a) Concepto. b) Características. D) El BIM registral.—CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

El terrible incendio de un edificio ocurrido en el barrio de Campanar de Valencia, el 22 de febrero de 2.024, en el que fallecieron 10 personas y ardieron 138 viviendas, cuyas causas aún no se han esclarecido totalmente, ha venido a revelar una serie de errores padecidos en la información que se ofreció a los adquirentes de la vivienda. La construcción iniciada en 2005 se concluyó en 2009. En 2007, la promotora presentaba la promoción como vanguardista y singular con fachadas revestidas con un innovador material denominado Alucobond, que es una marca comercial. Básicamente es un panel sándwich de poliuretano inyectado, diseñado para realizar cerramientos en la construcción, industrial y residencial, utilizándose como aislante térmico, acústico, impermeabilizante.

Algunos peritos señalaron, en un primer momento, como causa de la rápida expansión de las llamas, la utilización de poliuretano en la fachada del tipo "ventilada". Dicha fachada hizo de efecto chimenea, ayudando a propagar el fuego. El Colegio Oficial de Arquitectura Técnica de Valencia, sin embargo, negó en un comunicado que el edificio incendiado estuviese recubierto de ese material, pues el certificado final de obra indicaba que el aislante de esta fachada no era poliuretano, sino un aislante mineral de lana de roca.

Por otro lado, la empresa encargada de la fabricación del Alucobond emitió un comunicado negando la utilización de su marca comercial en el edificio incendiado. Textualmente, decía en el comunicado que: «*como fabricante responsable, es consciente del papel fundamental que desempeñan los materiales de construcción con respecto a la seguridad y, por lo tanto, apoya y respalda normas claras y estrictas en materia de protección y seguridad contra incendios».* Con respecto a las "fachadas ventiladas" manifestaban: «*Desde hace muchos años abogamos por fachadas ventiladas traseras resistentes al fuego que cumplan con la norma EN 13501-1 utilizando el retardante de fuego Alucobond® Plus (EN 13501-1 clase B-s1, d0) o el no combustible Alucobond® A2 (EN 13501-1 clase A2-s1, d0. Además, recomendamos encarecidamente el uso de materiales aislantes no combustibles. Esta combinación no muestra propagación de llamas ni aumentos críticos de temperatura».* Concluyendo: «*Tanto Alucobond® Plus como el aún más seguro Alucobond® A2 han superado todas las pruebas internacionales. Estas soluciones son adecuadas para proyectos de renovación o de nueva construcción para hacer que los edificios sean seguros. 3A Composites trabaja junto con reguladores de todo el mundo para mejorar la seguridad contra incendios en los edificios».*

Cualesquiera que fueren las causas, que se dirimirán en el juicio, ha habido una asimetría informativa, entre la publicidad comercial y el contenido del Libro del Edificio. Y, aunque por la fecha de la terminación de la obra en 2.009, no exis-

tía obligación de archivarlo en el Registro de la Propiedad, la ausencia de un régimen jurídico que regule el cumplimiento de esa obligación legal impuesta por el artículo 9 y 202 de la Ley Hipotecaria, no hubiera podido reducir esa asimetría informativa, con el consiguiente perjuicio para el adquirente, disminuyendo la seguridad económica del valor de inmueble adquirido. Ese es el objetivo del presente artículo, el diseño del régimen jurídico de esa obligación legal de archivo registral del Libro del Edificio.

## II. EL LIBRO DEL EDIFICIO

### 2.1. Concepto

Tras la reforma operada en la Ley Hipotecaria por la Ley 24/2015, se obliga a archivar en el Registro de la Propiedad el Libro del Edificio de la obra nueva declarada[1]. Para definir el Libro del Edificio debe atenderse al momento en el que se confecciona, según se haga con la edificación recién concluida, con los documentos que se integran en el proceso de entrega al promotor, o se refiera a una edificación preexistente a la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación 38/1999, de 5 de noviembre.

El Libro del Edificio en obra nueva se define como el documento técnico, impuesto por la Ley, que integra una serie de documentos que recogen la información sobre las características físicas y técnicas del edificio, incluyendo los planes en situación de emergencia desde su terminación, para ponerlo a disposición de los adquirentes y las actuaciones realizadas y que han de realizarse para el correcto uso y mantenimiento de dicho edificio.

El Libro del Edificio existente es el documento que recoge la información sobre las características físicas y técnicas de un edificio construido antes del año 2000 para garantizar la utilización adecuada del edificio y sus instalaciones, poder llevar a cabo la conservación del mismo y ejecutar obras posteriores de reforma, reparación o rehabilitación que se hayan fijado para mejorarlas, abriendo la posibilidad de solicitar ayudas públicas, con el objetivo final de mejorar la eficiencia energética de los edificios.

De estas definiciones podemos extraer las características que ha de reunir cualquier Libro del Edificio.

#### *A) Es el documento técnico de las características físicas y técnicas del edificio*

El Libro del edificio no contiene información de tipo jurídico, pero ayuda a conocer mejor la información sobre el contenido del objeto contractual, la cual

incide en el valor económico del mismo. Por ello, el legislador impone la obligación de poner esa información a disposición del posible adquirente del inmueble, para lograr el equilibrio contractual. Siendo un documento técnico, debe ser confeccionado por el arquitecto director de la ejecución de la obra, conforme al art. 7 de la Ley del Ordenación de la Edificación (LOE) 38/1999, de 5 de noviembre, que ha de ponerlo a disposición del promotor «*para la formalización de los correspondientes trámites administrativos*».

*B) Tiene carácter obligatorio*

Debe entregarse al promotor de toda edificación que se realice tras la entrada en vigor de la LOE el 6 de mayo de 2000, tanto para edificación residencial como industrial, salvo que esté excluido por una norma autonómica. El Libro del Edificio existente, cuya finalidad es fomentar la rehabilitación energética del parque edificatorio se configura como requisito para la solicitud de subvenciones de eficiencia energética a nivel de edificio y a nivel de barrio. Y en ese sentido se considera como obligatorio. Pero, al tener que pasar todos los edificios, con antigüedad superior a 50 años una inspección técnica, que se realiza mediante el Informe de la Estructura del Edificio (IEE), que es una de las partes integrantes del LEE, podemos decir que su confección es obligatoria, cuando se cumpla ese término, debiendo de ser también obligatorio su archivo registral.

*C) Su fin último es ponerlo a disposición de los adquirentes*

El fin perseguido con el Libro del Edificio de obra nueva es poner a disposición de los propietarios y usuarios información precisa para cumplir las siguientes funciones:

a) La utilización adecuada y segura de los espacios, elementos constructivos e instalaciones, para el mejor disfrute de los elementos privativos.
b) El mantenimiento y la conservación del edificio, con todas las actuaciones documentadas relativas a estas circunstancias.
c) La acreditación del cumplimiento de las obligaciones de los propietarios y los usuarios.
d) La correcta ejecución de eventuales obras de reforma, reparación o rehabilitación, con su consiguiente documentación.
e) El esclarecimiento de futuras responsabilidades por daños estructurales de la edificación, una vez terminada.
f) El resarcimiento de los daños materiales causados por daños, vicios o defectos constructivos u otras causas que estén aseguradas.[2]

En el caso del Libro del Edificio existente, es dar a conocer a la Administración el Informe de Evaluación del Edificio (IEE), documento que deben realizar todos los edificios cuya antigüedad sea superior a 50 años y con una periodicidad de 10 años. El IEE debe ser realizado por un técnico competente, el cual analiza y determina el estado de conservación del edificio, de su accesibilidad y del certificado de eficiencia energética. El IEE puede ser favorable o desfavorable. Si es desfavorable, habrá que subsanar las deficiencias y volverlo a realizar. Este LEE no es de obligatorio archivo en el Registro de la Propiedad, pues la legislación que lo regula no lo impone expresamente, pero dicho archivo debiera ser obligatorio, por las mismas razones que los es el del Libro del Edificio para la obra nueva.

*D) Es un documento abierto y no cerrado o inamovible*

El Libro del Edificio integra no solo la información sobre las características físicas y técnicas de la edificación, en su terminación, sino también sobre las mejoras y actuaciones que se vayan ejecutando, para el mejor uso y mantenimiento del edificio. Ello también es predicable del LEE, es decir, del referido a edificaciones terminadas antes del 6 de mayo de 2000, para aquellos promotores de actuaciones de rehabilitación que soliciten subvenciones públicas, o cuando el edificio deba pasar la inspección técnica, transcurridos 50 años de la fecha de la declaración de obra nueva. Es decir, no es una foto fija del edificio a determinada fecha, sino que debe ser actualizado periódicamente.

## 2.2. Contenido

En el contenido del Libro del Edificio hemos de diferenciar según se trate de una obra nueva o de edificio preexistente.

*A) Obra Nueva*

En el momento de la terminación, como se desprende de lo dispuesto en el art. 7 de la LOE, se integrará por:

a) El proyecto de la obra mediante el cual se definen y determinan las exigencias técnicas de la edificación, debiendo justificar técnicamente las soluciones propuestas de acuerdo con las especificaciones requeridas por la normativa técnica aplicable (art. 4 de la LOE). Como afirma la Resolución-Circular de la DGRN de 26 de julio de 2007, en su punto sexto al decir: «*en él (el Libro del Edificio) se integrarán el proyecto*», con toda

la información relativa a los requisitos básicos de la edificación, determinados en el art. 3 de la LOE, desarrollados por el Código Técnico de la Edificación, aprobado por RD 314/2006, de 17 de marzo relativos a la funcionalidad, a la seguridad y a la habitualidad del edificio (*vid. art. 3)*.

b) Las preceptivas licencias y demás autorizaciones administrativas procedentes, de conformidad con la normativa aplicable. Es decir, la licencia de obras y de primera ocupación.
c) El acta de recepción de la obra, que es documento que recoge el acto por el cual el constructor, una vez concluida la obra, hace entrega de la misma al promotor y es aceptada por éste (art. 6 de la LOE).
d) La relación identificativa de los agentes que han intervenido durante el proceso de edificación (art. 7 de la LOE). Conforme a los artículos 8 a 15 de la LOE son: el promotor, el proyectista, el constructor, director de la obra y el director de la ejecución de la obra, las entidades y los laboratorios de control de calidad de la edificación y los suministradores de productos.
e) Las instrucciones de uso y mantenimiento del edificio y sus instalaciones, de conformidad con la normativa aplicable. Y ello porque el edificio debe conservarse en buen estado de mantenimiento, mediante la realización de un plan de mantenimiento elaborado por técnico competente. Las operaciones programadas de mantenimiento del mismo y de sus instalaciones y de las inspecciones reglamentariamente establecidas, con su correspondiente documentación, a lo largo de la vida útil del edificio, se incorporarán al Libro del Edificio, que deberá reflejar todas las intervenciones, ya sean de reparación, reforma o rehabilitación realizadas, conforme al art. 8 del RD 314/2006, que aprueba el Código Técnico de la Edificación (CTE)
f) Una serie de certificados, como: el de terminación de la obra, acreditativo de que las obras se han ejecutado conforme al proyecto autorizado por la licencia administrativa correspondiente, avalando la correcta ejecución de las medidas relacionadas con el proyecto, su dirección, vigilancia e inspección, siendo el director de la obra y el director de la ejecución de la obra responsables de la veracidad y exactitud de dicho certificado (art. 17 de la LOE); el certificado del control de calidad relativo al control de la recepción en obra de productos, equipos y sistemas, para comprobar que las características técnicas de los productos, equipos y sistemas suministrados satisfacen lo exigido en el proyecto, conforme al art. 8 del CTE y el certificado de eficiencia energética realizado conforme al RD 390/2021, de 1 de junio por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios.

*B) Edificio preexistente*

Tras la identificación del edificio, su propietario, sus datos urbanísticos y del técnico redactor del libro, su contenido consta de cuatro partes divididas en dos grandes bloques (art. 50 del RD 853/2021).

a) El bloque I del estado del edifico y las buenas prácticas para su mantenimiento.

La parte primera de este bloque debe incorporar el Informe de Evaluación del Edificio (IEE) documento que deben realizar todos los edificios cuya antigüedad sea superior a 50 años y con una periodicidad de 10 años. El IEE debe ser realizado por un técnico competente e indica el estado de conservación del edificio, además de un análisis de la accesibilidad del mismo y del certificado de eficiencia energética. El IEE puede ser favorable o desfavorable. Si es desfavorable, habrá que subsanar las deficiencias y volverlo a realizar. Si ya tenemos un IEE en vigor, podremos aportarlo al LEE.

La parte segunda de este bloque se integra por el Manual de Uso y Mantenimiento. Este documento es el único que coincide con el contenido del Libro del Edificio convencional, para obra nueva. Se trata de una guía de buenas prácticas para el buen uso y el mantenimiento del edificio. También se deben recoger en él todas las actuaciones que se hayan hecho en el edificio o las incidencias que se hayan producido.

b) El bloque II se centra en las mejoras que podrían realizarse y en la recomendación de un plan de actuaciones futuras, especialmente de eficiencia energética.

La parte primera de este bloque analiza las actuaciones a realizar para adaptar el edificio al CTE o a otras normativas vigentes, con una valoración estimada, siendo dichas actuaciones no obligatorias, pero muy útiles para que los usuarios tomen conciencia de qué elementos se pueden mejorar y si es asumible su modificación.

La parte segunda consiste en la sugerencia de un plan de actuaciones para el edificio, enfocado en su optimización económica, tanto para no duplicar recursos como para obtener el máximo rendimiento económico de las subvenciones de eficiencia energética, que priorizan las actuaciones conjuntas, siendo recomendable que el técnico indique qué actuaciones son independientes y cuales deben realizarse en conjunto.

c) Por último, se redacta un resumen para que cualquier usuario del edificio lo pueda entender con vocabulario coloquial y sin usar tecnicismos.

## 2.3. Regulación

Como declaró la RDGSJFP de 26 de noviembre de 2020, en la regulación del Libro del Edificio en obra nueva diferenciamos dos tipos de normas, las sustantivas, de competencia estatal y autonómica y las registrales.

*A) En el plano sustantivo*

La obligación de entrega y custodia del Libro del Edificio se regula por una serie de normas de competencia estatal y otras de competencia autonómica.

a) En el plano estatal, la obligación se rige por la LOE 38/1999 para Libros del Edificio en Obra nueva. De ella se deduce que el Libro del Edificio es exigible para toda edificación, residencial o industrial (art. 2 de la LOE), cuya licencia de obras se haya solicitado después del 6 de mayo de 2000, fecha de entrada en vigor de la LOE, excluyendo las edificaciones cuya normativa autonómica no lo exija. El art. 7 de la LOE, impone al director de la obra la obligación de entregar al promotor el libro del edificio. El Código Técnico de la Edificación (CTE), aprobado por el RD 314/2006, de 17 de marzo, desarrolla lo previsto en la LOE, desarrollando el contenido del Libro del Edificio.

Para LEE, su confección, que condiciona la concesión de subvenciones públicas, se rige por el Real Decreto 853/2021, de 5 de octubre, por el que se regulan los programas de ayuda en materia de rehabilitación residencial y vivienda social del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, para fomentar la rehabilitación energética.

b) En el plano autonómico, las diversas legislaciones imponen la obligación de entregar al promotor o a la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal, el Libro del Edificio, así como su custodia y actualización, con alguna que otra particularidad, que pasamos a señalar:

1.— En Cataluña, el art. 25 de la Ley 24/1991, de 29 de noviembre, de Vivienda, que se adapta a los arts. 3 y 7 de la LOE, define el Libro del Edificio como «*el instrumento de información de la vida del edificio*», que debe estructurarse en apartados abiertos, en los que debe clasificarse, inscribirse y archivarse toda la documentación gráfica y escrita del edificio, desde el proyecto de las obras hasta el final de la vida útil del edificio, incluyendo entre otros particulares: la documentación básica de identificación del edificio y del régimen legal, así como las sucesivas modificaciones; la documentación final de la obra ejecutada y de las sucesivas obras de reforma o cambio de uso que se ejecuten; la documentación relativa a la conservación, uso y mantenimiento y la que generen la gestión del edificio y los controles técnicos periódicos obligatorios.

Ordena que el mismo sea entregado por los promotores a su propietario, y además «*en posteriores transmisiones, el libro debe entregarse siempre a los nuevos adquirentes. En caso de una comunidad de propietarios, debe entregarse el libro al presidente o presidenta, el cual debe hacer saber a los propietarios que lo tienen a su disposición*». En el punto 4 dispone que el promotor o propietario tienen obligación de depositar una copia del Libro del Edificio en el Registro de la Propiedad competente, pudiéndose presentar copia en soporte informáti-

co, dada su extensión y complejidad, donde quedará archivada permanentemente «*durante la vida útil del edificio*». Y ello para facilitar a cualquier persona con interés legítimo la información contenida en el mismo, siendo el Registro de la Propiedad el garante de la guarda, custodia y difusión la información del Libro del Edificio, preservando su historial, vicisitudes y actualizaciones, desde su archivo. Su regulación se ha considerado excesiva por algún operador jurídico[3].

2.— En la Comunidad de Madrid, el art. 13.1 a) de la Ley 2/1999, de 17 de marzo, añade como especialidad la incorporación o traslado de las anotaciones en el Libro de Órdenes, Asistencias e Incidencias, significativas para el conocimiento, descripción, conservación y mantenimiento de lo realmente ejecutado. Y además de ponerse a disposición del promotor, se depositará un ejemplar en el Ayuntamiento correspondiente, para poder obtener la licencia de primera ocupación. Además, el Libro del Edificio se irá completando o actualizando con la documentación técnica que posteriormente se redacte para llevar a cabo obras de ampliación, reforma o rehabilitación de todo el edificio o alguna de sus plantas, o de intervención en elementos comunes (art. 14 de la Ley 2/1999). Cuando se acredite al notario autorizante de la escritura de declaración de obra nueva la puesta a disposición del promotor del Libro del Edificio, este levantará la correspondiente acta de entrega (art.19 de la Ley 2/1999)[4].

3.— En Navarra, el art. 4 del DF 322/2000, de 2 de octubre delimita el contenido del Libro del Edificio, integrado por los siguientes documentos: 1) Datos Generales del Edificio; 2) Archivo de Documentos; 3) Proyecto y otros Documentos Técnicos; 4) Registro de Incidencias; 5) Registro de Operaciones de Mantenimiento y Rehabilitación. Además, contendrá los proyectos y documentos técnicos a que se refiere el art. 12 de la citada norma, siendo un documento vivo, que va desarrollándose a través del tiempo y complementándose con todas las incidencias y reformas experimentadas por el Edificio.

4.— En el País Vasco, el D 250/2003, de 21 de octubre dispone como novedad la de incluir las instrucciones para casos de emergencia o de siniestro que comprenden, como mínimo, los supuestos de incendio, fuga de aguas, explosión, atrapamientos en ascensores o movimientos estructurales. Además, conforme a su art. 13, el Libro del Edificio se ubicará en un armario de 0,50 m2 de superficie mínima en planta y de 1 m de altura, de materiales ignífugos y antihumedad, disponiendo de puertas dotadas de cerradura. Este armario o espacio estará ubicado en una zona o espacio común del edificio, de fácil accesibilidad, evitando cuartos húmedos o exclusivos de instalaciones.

5.— En la Comunidad Valenciana, la Ley 3/2004, de 30 de junio, de Ordenación y Fomento de la Calidad de la Edificación regula en sus artículos 21, 26, 31 y 32, y en la DA2ª, todos los pormenores relativos al Libro del Edificio, que se desarrollan por el Decreto del Consell 25/2011, de 18 de marzo, que aprueba

el Libro del Edificio para edificaciones destinadas a vivienda, nuevas o derivadas de una rehabilitación total o parcial o cambios de uso a vivienda de edificios destinados anteriormente a otros fines (art. 1), distinguiendo del Libro del Edificio total, el Libro del Edificio Rehabilitado, limitado a las obras de rehabilitación y la carpeta de la vivienda o local, con la información mínima con los datos del edificio y de la parte enajenada (art. 1).

Como novedad, el Libro del Edificio total se compone de una serie de impresos. Los cuatro primeros integrados en cuatro bloques. El primero con la información jurídico administrativa y los datos de identificación y descripción del edificio; el segundo con los datos de los actos administrativos y jurídicos documentados, licencias, escrituras, inscripciones, calificaciones, certificados, actas y autorizaciones; el tercero con los datos de los agentes de la edificación, incluyendo obras parciales o complementarias; y el cuarto con los datos de los seguros y garantías (art. 4 del D 25/2011), en soporte informático o papel, con el contenido mínimo del ar. 7 del citado Decreto.

El impreso quinto se refiere a los datos del proyecto final de obra, del libro de gestión de calidad de obra, del certificado de eficiencia energética del edificio terminado, del perfil de calidad obtenido, en su caso, y la relación de otros posibles documentos técnicos (art. 5 del D 25/2011), en soporte informático o soporte papel, con el contenido mínimo del art. 8 del citado Decreto.

El impreso sexto contendrá datos referidos a las operaciones de mantenimiento, ya sean las de conservación, inspección o intervención realizadas, con indicación del cumplimiento de las operaciones obligatorias dentro del programa de mantenimiento (art. 6 del D 25/2011), con el contenido mínimo del art. 9 del Decreto.

Todo edificio dispondrá de instrucciones de emergencia destinadas a los usuarios del edificio con el contenido mínimo que determina el art. 10 del D 25/2011.

Respecto a cada vivienda o local, se formará la carpeta de la vivienda o local con los datos del Libro del Edificio, de modo que el usuario conozca su existencia y disponga de los datos, instrucciones para el uso y mantenimiento e información para casos de emergencia, que no se formará si se entrega a cada propietario un ejemplar completo del libro del edificio (art. 11 del D 25/2011).

La elaboración del Libro del Edificio,corresponde al promotor, con la ayuda del director de la obra y el constructor (art. 13 del D. 25/2011) en soporte papel o soporte informático, antes de la primera entrega de llaves, o de transcurrir 6 meses, desde la fecha del acta de recepción de la obra, o la calificación definitiva de las viviendas de protección oficial. Y se entregará al propietario, si la edificación no está dividida horizontalmente. Si la edificación está dividida horizontalmente, se entregará a cada adquirente la carpeta de la vivienda o local, dejando

constancia de este hecho en la escritura de venta. Y constituida la Comunidad de Propietarios, se entregará un ejemplar del Libro del Edificio al presidente o secretario-administrador de la Comunidad, pudiendo ponerlo a disposición de los mismos en el Registro de la Propiedad correspondiente, levantándose acta de su recepción, dejando mediante acta notarial un ejemplar del Libro del Edificio en el Registro de la Propiedad competente (art. 12 del D. 25/2011).

El contenido del Libro del Edificio no es estático, sino que ha de ser actualizado, con las actuaciones realizadas en la edificación, siguiendo el programa de mantenimiento y las instrucciones de uso, cuya ejecución anual deberá aprobar la Comunidad de Propietarios, que designará la persona, con rango de secretario de la comunidad, encargada de la custodia y actualización del Libro del Edificio, que serán conformadas por el presidente de la comunidad y trasladadas al Registro de la Propiedad competente para su depósito. El secretario designado deberá custodiar el libro del edificio, actualizando la documentación, facilitando su consulta a los propietarios y aportando anualmente al libro del edificio un resumen justificando el cumplimiento de las obligaciones de mantenimiento y el programa de la anualidad siguiente. El presidente de la comunidad de propietarios, como responsable del libro del edificio, conformará las anotaciones de actualización, de las que se dará traslado al Registro de la Propiedad con una periodicidad quinquenal (art. 16 del D. 25/2011). Y conforme a la DA 2ª del citado Decreto, se incluirá también el informe de inspección técnica del edificio (ITE), que debe hacerse una vez que el mismo ha cumplido un periodo de vida útil de 50 años, incluyendo la información básica de mantenimiento que proceda.

6.— En Andalucía, el art. 7.1.f) del RD 218/2005, de 11 de octubre obliga a expresar a los transmitentes de vivienda, que se ha puesto a disposición de los adquirentes el Libro del Edificio. El art.27 c) del Decreto 60/2010, de 7 de mayo, que aprueba el Reglamento Andaluz de Disciplina Urbanística obliga al depósito del Libro del Edificio en el Registro de la Propiedad, incluso al auto promotor, excluyendo a las obras nuevas por antigüedad.

7.— En Murcia, el art. 15 de la Ley 8/2005, de 14 de diciembre para la calidad de la edificación de Murcia regula someramente las características del Libro del Edificio, que el promotor deberá entregar debidamente cumplimentado al adquirente. Su conservación, depósito, actualización y transmisión corresponderá a los propietarios del inmueble, pudiendo delegar su custodia en los Administradores de Fincas, siendo requisito indispensable para la concesión de la licencia de primera ocupación su depósito en el Ayuntamiento correspondiente. Pero, el Decreto 80/2001, de 2 noviembre, extiende la obligación del entregar el Libro del Edificio al arrendatario (art. 5).

8.— En Extremadura, el Libro del Edificio se regula en el D 165/2006, de 19 de septiembre por el que se determina el modelo, las formalidades y contenido

que debe tener el Libro del Edificio, imponiendo su art. 10 d) la obligación de entregar al comprador al transmitir, en caso de venta del edificio o unidad de ocupación, el Libro del Edificio, debiendo formalizar el acto de la entrega en el contrato, y en el acta suscrita por las partes conforme al modelo del Anexo III.

9.— En la Rioja, el art. 13 de la Ley 2/2007, de 1 de marzo de Vivienda de La Rioja señala el contenido principal del mismo y no se concederá la licencia de primera ocupación si no consta que el Libro del Edificio se ha depositado de forma completa en el Ayuntamiento correspondiente. Previamente, el D 38/2004, de 2 de julio reguló más exhaustivamente el Libro del Edificio en La Rioja, complementado por la O 6/2004, de 31 de agosto, de la Consejería de vivienda, Obras Públicas y Transportes, que aprueba los modelos de documentos a incluir en el Libro del Edificio.

10.— En Castilla La Mancha, la materia se regula por el art. 5 del Decreto 81/2007, de 19 de junio, de la Consejería de Vivienda y Urbanismo, con la particularidad de que cuando sea una propiedad horizontal, se entregará al presidente de la Comunidad y, de no estar constituida, al primer adquirente, recabando y archivando la documentación generada en el proceso por el resto de los agentes (art. 7.1 d). Dentro de las obligaciones de los propietarios, el art. 8 del Decreto, incluye el recibir el Libro del Edificio junto con su Acta de entrega. Además, los propietarios deberán completar y actualizar dicho Libro del Edificio a lo largo de su vida útil, con todas las intervenciones efectuadas, ya sean de reparación, reforma o rehabilitación. Y conforme al art. 10, si no se dispone del Libro del Edificio será imposible conseguir la Licencia de Primera Ocupación o Calificación Definitiva, pues en necesario aportar un ejemplar del mismo que quedará debidamente archivado en el expediente administrativo.

11.— En Galicia, los arts. 23 y 24 de la Ley 18/2008, de 29 de diciembre, de vivienda de Galicia distinguen en su contenido la información administrativa y la jurídica de la edificación, acreditándose esta última por nota simple del Registro de la Propiedad; la técnica derivada del proceso de edificación; el plan de mantenimiento y conservación del edificio, con las instrucciones de uso y mantenimiento y las directrices que se establezcan reglamentariamente para planificar las operaciones de mantenimiento del edificio y sus instalaciones y demás documentos que se determinen reglamentariamente.

Si el edificio declarado estuviese en régimen de propiedad horizontal, deberá ser entregado al que ostente el cargo de administrador de la comunidad de propietarios, interpretando la expresión como equivalente a la de presidente de la Comunidad. Además, todos los propietarios recibirán lo que la Ley gallega llama "*manual de su vivienda*", que incluirá los documentos reglamentarios, necesarios para su adecuado uso de conservación y mantenimiento. Los propietarios deben conservar y transmitir el Libro del Edificio, que deberá completarse y actuali-

zarse, con las incidencias y actuaciones de mantenimiento acometidas, así como las obras de conservación, reforma y rehabilitación en los términos previstos en el plan de mantenimiento y conservación del edificio. Los arrendatarios también deben conocer los extremos particulares del Libro, en sus aspectos de conservación e instrucciones aplicables en casos de emergencia.

12.— En Castilla-León se regula la materia en los arts. 20 y 21 de la Ley 9/2010, de 30 de agosto de derecho a la vivienda de Castilla y León, que puede extenderse en *"cualquiera que sea su soporte*", ya sea digital o analógico, lo que facilitará el depósito de dicho Libro en el acta notarial de depósito. Desde su entrada en vigor, los propietarios y el órgano de administración de los edificios, deberán consignar en el Libro del Edificio, como documento histórico de la vida del inmueble, todas las obras de reforma o rehabilitación realizadas y las tareas de mantenimiento, inspecciones técnicas y posibles incidencias del edificio, confeccionados por el secretario de la comunidad de propietarios, conforme al art. 13 de la LPH, pues es función de su cargo el *«levantar acta, certificar acuerdos y guardar la documentación, así como las demás cuestiones que la Ley le asigna»*, de ahí que se regula la consignación del mismo en un acta notarial.

13.— En Asturias, existen dos tipos de libros relacionados con la edificación, uno llamado "Libro de la Vivienda" y el otro "Libro del Edificio". El primero se regula en el RD 40/2007, de 19 de abril. Este Libro se pondrá a disposición de las personas que compran una vivienda, con toda la información precisa en soporte ordenado y completo que garantice el ejercicio de sus derechos (art. 6). Dicho RD se modificó por el D 122/2009, de 16 de septiembre, para permitir su formato digital, o en soporte papel, si el adquirente así lo desea.

El art. 3 del D. 41/2007, de 19 de abril estructura su contenido, modificado por el D 123/2009, de 16 de septiembre, siendo el *"instrumento de información al adquirente, consumidor, usuario o comunidad de propietarios, en su caso, sobre el edificio*" (art. 41).

El promotor o promotora deberá entregar el Libro del Edificio a la persona que lo adquiera en el acto de transmisión de la propiedad, en documento portátil en soporte no regrabable. Al formalizarse la entrega del Libro, se firmarán dos copias de un acta de recepción en la que constará la fecha de la entrega, así como la declaración de que el contenido del Libro entregado se ajusta a las determinaciones de este Decreto. Una se incorporará al propio Libro y la otra servirá al promotor o promotora como justificante de la entrega. Corresponderá al promotor o promotora del edificio el deber de custodiar el libro hasta la fecha de firma del acta de recepción (art. 6 del D 123/2009). El presidente de la Comunidad de Propietarios, o al adquirente del edificio debe recibir, custodiar y conservar el Libro, y transmitirlo a los futuros usuarios.

Las Comunidades Autónomas de Aragón, Baleares, Canarias y Cantabria y Canarias carecen de regulación específica relativa al Libro del Edificio.

*B) En el plano registral*

Esta obligación sustantiva se complementa, en el plano registral con la obligación de aportar el libro del edificio al Registro de la Propiedad en toda inscripción de declaración de obra nueva (art. 28 de la Ley del Suelo y arts. 202 y 9.a LH), sin más salvedad que los casos en que por la antigüedad de la edificación no fuera exigible la existencia de dicho libro, o que la misma no se exija por la legislación autonómica.

Así, el art. 9 a) de la LH señala como circunstancia de la inscripción la «*expresión del archivo registral del libro del edificio, salvo que por su antigüedad no les fuera exigible*». Y el art. 202 de la LH señala como requisito para que puedan inscribirse las obras nuevas: «*Salvo que por la antigüedad de la edificación no le fuera exigible, deberá aportarse para su archivo registral el libro del edificio, dejando constancia de ello en el folio real de la finca. En tal caso, cuando se trate de edificaciones en régimen de propiedad horizontal, se hará constar en el folio real de cada elemento independiente su respectiva representación gráfica, tomada del proyecto incorporado al libro*».

La novedad introducida por la Ley 13/2015, de 24 de junio es esencial y debe determinar que el Libro del Edificio sea un documento de información crucial para completar la configuración del Registro de la Propiedad, como Registro Electrónico. La tendencia legislativa que configura el Registro de la Propiedad como electrónico se inició con la Ley de Emprendedores 14/20013, de 27 de septiembre, continúo con la promulgación de la Ley 13/2015, que introdujo la primera circunstancia electrónica de la inscripción como la georreferenciación de la finca y la obligación de archivar el Libro del Edificio en soporte electrónico y culmina con la Ley 11/2023, de digitalización de las funciones notarial y registral. Por tanto, para inscribir la declaración de obra nueva debe aportarse el Libro del Edificio para su archivo en el Registro de la Propiedad, como medio elegido por el legislador para garantizar el cumplimiento de la obligación de poner el mismo a disposición de los futuros adquirentes. Incluso, prevé que parte del mismo, la representación gráfica del elemento privativo de un edificio en régimen de propiedad horizontal pueda incorporarse como circunstancia del asiento.

Completando esta obligación, el número 6º de la Resolución Conjunta de las DG del Catastro y de los Registros y del Notariado de 26 de octubre de 2015 ordena: «*En el caso de inscripción de edificaciones o instalaciones, habrá de remitirse también las coordenadas de referenciación geográfica de la porción*

*de suelo ocupada por las mismas, conforme al artículo 202 de la LH, así como la indicación de si el libro del edificio consta o no archivado en el Registro, y en caso afirmativo, incluyendo el enlace de acceso al correspondiente ejemplar electrónico*».

Así, el Libro del Edificio habrá de aportarse en soporte electrónico. Por ello, la DA 2ª, regula el formato en el que debe aportarse el Libro del Edificio, que debe ser «*un soporte informático, en formato PDF y autenticado por el promotor con su firma electrónica o por otro medio fehaciente*», que debe permitir, conforme a la DA 1ª: «*las funciones de selección y copiado de su contenido, y en particular de las referencias catastrales, códigos seguros de verificación y listados de coordenadas que consten en los documentos catastrales, así como tener respecto de las imágenes una resolución mínima de 200 pixeles por pulgada*».

Según la RDGSJFP de 17 de junio de 2019, no se impone una titulación pública para el Libro del Edificio por ser un documento de índole eminentemente privada, bastando para su depósito en el Registro de la Propiedad, bien con la firma electrónica del promotor, bien por otro medio fehaciente que acredite su intervención, como puede ser una instancia con firma legitimada notarialmente, o ratificada ante el registrador o, como ocurría en el supuesto de hecho, un acta notarial en la que ha comparecido el promotor. De igual modo, como declaró la citada resolución, dicho archivo puede integrarse por varios archivos, pues no hay norma alguna que exija su configuración como archivo único. Más bien la normativa lleva a la conclusión contraria, pues el Libro se configura legalmente (art. 7 de la LOE) como un conjunto de documentos gráficos y escritos, siendo posible que se integre por varios archivos informáticos.

Es criticable la redacción dada por la citada Resolución Conjunta. En primer lugar, por el hecho de que, al optar por una solución tecnológica determinada, como el formato PDF, no cumple con el principio de neutralidad tecnológica. Y ello por el peligro de que la solución quede obsoleta a consecuencia de la evolución de la tecnología. El archivo PDF es cerrado; su información no es tratable y su contenido no es actualizable, como exige la normativa estatal y autonómica que regula el Libro del Edificio. Ello nos aboca a acudir a otro tipo de soluciones abiertas que permitan dar efectividad al cumplimiento de la obligación de aportación del Libro del Edificio y su archivo registral, para poder poner a disposición de todo adquirente dicha información. Esta es esencial para el mejor conocimiento del posible objeto de inversión inmobiliaria. La previsión legal está necesitada de un completo desarrollo reglamentario, para que la medida pueda cumplir la finalidad que el legislador impone: eliminar asimetrías informativas y lograr el equilibrio contractual en una relación jurídica en la que una de las partes puede ostentar la condición de consumidor o usuario.

### 2.2. Delimitación de la obligación de entregar el Libro del Edificio

Como toda obligación, estamos ante una relación jurídica, por la cual una determinada persona, el acreedor, puede exigir de otra, el deudor, una determinada conducta. En la estructura de esa relación jurídica podemos distinguir una serie de elementos personales, reales y formales.

#### *A) Elementos Personales*

Son el acreedor, en una situación activa de poder y el deudor en una situación pasiva de deber. Pero, estas situaciones no se presentan de una manera pura, sino que el acreedor, a la entrega del Libro del Edificio, asume con su recepción una obligación de entrega al adquirente, que, a su vez, ha de entregarlo a los sucesivos adquirentes, por lo que estamos ante una relación jurídica de carácter bilateral.

a) En la posición de deudor, la conducta que se impone es la de entrega del documento denominado Libro del Edificio. En su cumplimiento diferenciaremos según cual sea el destinatario de la entrega.

En obra nueva, el primer obligado a la entrega del Libro del Edificio es el director de la obra, pues es quien tiene la capacitación y los conocimientos técnicos suficientes para su conformación, conforme al art. 12.3 a) de la LOE y elaborar y suscribir la documentación de la obra ejecutada para entregarla al promotor, con los visados que en su caso fueran preceptivos, conforme al art. 12.3 f) de la LOE.

En obra existente, solo están obligados a confeccionar el LEE los propietarios de edificaciones que quieran solicitar subvenciones para mejorar su eficiencia energética. Si se trata de viviendas unifamiliares aisladas o agrupadas en fila y edificios existentes de tipología residencial de vivienda colectiva, corresponderá la obligación a sus propietarios o usufructuarios

Si el edificio está constituido en régimen de propiedad horizontal la legitimación corresponde a la comunidad de propietarios. En caso de complejo inmobiliario a la agrupación de las comunidades de propietarios, en su caso. Si en el edificio no se ha otorgado el título constitutivo de la propiedad horizontal, corresponderá a la comunidad agrupada, aplicando el artículo 398 del CC, o bien a las sociedades cooperativas, en su caso (art. 51 del RD 853/2021). Al igual que en el caso de la obra nueva, el LEE debe realizarlo un arquitecto o un arquitecto técnico, previamente seleccionado por el promotor de las actuaciones, mediante el correspondiente contrato. Aunque algunos de sus documentos, como el certificado de eficiencia energética, puede redactarse por otros profesionales.

b) El acreedor en esta primera entrega es el promotor de la obra, conforme al art. 7 de la LOE, con capacidad para obligarse, siendo titular dominical de la

finca sobre la que se declara la obra nueva, por ser un acto de riguroso dominio que, como formalización de un acto real, requiere el consentimiento de todos los dueños[5].

Por ello, el art. 12 letra f de la LOE establece como obligación del director de la obra la de elaborar y suscribir la documentación de obra ejecutada para entregarla al promotor. Una vez efectuada dicha entrega, corresponde al promotor la formalización de los correspondientes trámites jurídico-administrativos, como los de otorgar bien la escritura de declaración de obra nueva terminada o el acta notarial de terminación de obra o solicitar, en su caso, la licencia de primera ocupación o la declaración responsable sustitutiva. Siendo la archivo del Libro del Edificio en el Registro de la Propiedad requisito para la inscripción de la obra nueva, expresando el asiento el hecho del archivo, es el promotor quien ha de aportarlo y entregarlo al Registro para su archivo, el cual no tiene otra finalidad que la puesta a disposición de los usuarios finales del edificio (art. 7.3 de la LOE), siendo obligación del promotor, conforme al art. 9.2 e) «*Entregar al adquirente, en su caso, la documentación de obra ejecutada, o cualquier otro documento exigible por las Administraciones competentes*». Entre esa documentación está el Libro del Edificio.

Por tanto, en esa segunda entrega, el acreedor de la obligación es el adquirente de la edificación, que al recibirlo adquiere también la obligación de su conservación, custodia y actualización. El deudor es el promotor de la obra, obligación que también se aplica al denominado auto promotor de una única vivienda unifamiliar destinada a uso propio. Así lo ha entendido la RDGSJFP de 26 de noviembre de 2020, pues se pretende tutelar los intereses no solo de los ulteriores adquirentes sino también los de los propios propietarios y los de las Administraciones Públicas, para facilitar el adecuado ejercicio de sus funciones. Por otro lado, a diferencia del seguro decenal, que tiene una duración temporal, el libro del edificio tiene vocación de permanencia.

En las segundas y sucesivas transmisiones también los adquirentes, acreedores en la segunda transmisión, se convierten en obligados a poner a disposición de los sucesivos adquirentes el Libro del Edificio, siendo acreedores de esa obligación, conforme al artículo 16.1 de la LOE, pues los propietarios están obligados «*a conservar en buen estado la edificación mediante un adecuado uso y mantenimiento, así como recibir, conservar y transmitir la documentación de la obra ejecutada y los seguros y garantías con que ésta cuente*».

La legislación autonómica, como hemos visto, contempla los supuestos en los que la configuración propiedad inmobiliaria es más compleja, imponiendo expresamente la obligación de conservación, custodia y actualización a las Comunidades de Propietarios de un edificio dividido horizontalmente. Ello requiere el cambio de régimen jurídico de la configuración de la comunidad de propieta-

rios, para que la obligación de archivo del Libro del Edificio pueda ser cumplida con las máximas garantías, como luego veremos.

*B) Elementos Reales*

La obligación de entrega del Libro del Edificio se aplica a toda edificación a la que se aplique la Ley de Ordenación de la Edificación, disponiendo su art. 2: «*2. Tendrán la consideración de edificación a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, y requerirán un proyecto según lo establecido en el artículo 4, las siguientes obras: a) Obras de edificación de nueva construcción, excepto aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta. b) Todas las intervenciones sobre los edificios existentes, siempre y cuando alteren su configuración arquitectónica, entendiendo por tales las que tengan carácter de intervención total o las parciales que produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural, o tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio. c) Obras que tengan el carácter de intervención total en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico, regulada a través de norma legal o documento urbanístico y aquellas otras de carácter parcial que afecten a los elementos o partes objeto de protección. 3. Se consideran comprendidas en la edificación sus instalaciones fijas y el equipamiento propio, así como los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio*».

Pero ello, como declaró la RDGSJFP de 19 de febrero de 2019 y 26 de noviembre de 2020, debe distinguirse entre normas estrictamente registrales, reguladoras del procedimiento registral (de competencia estatal), y normas materiales o sustantivas (de competencia autonómica), por lo que no será necesario aportar al Registro el Libro del Edificio en aquellos casos en que haya una norma autonómica que no lo imponga para un determinado tipo de edificación.

Por ello, las RDGSJFP de 7 y 29 de junio de 2017, 19 de febrero de 2018, 20 de septiembre de 2018 y la ya citada de 26 de noviembre de 2020 declararon que la obligación de entrega al promotor del Libro del Edificio es exigible en toda obra sujeta a la Ley 38/1999, que no haya sido declarada por antigüedad al amparo del art. 28.4 del Texto Refundido de la Ley del Suelo 7/2015, de 30 de octubre (TRLS). Por tanto, no se exige su aportación cuando dicha obligación no estaba vigente en el momento de terminarse la obra. También es exigible cuando la edificación es una nave industrial, conforme al artículo 2 de la LOE, salvo

que la normativa autonómica lo limite a las edificaciones destinadas a vivienda, como declararon las RDGSJFP de 9 de enero de 2017 y 8 de septiembre de 2019.

Tampoco hay obligación de aportarlo si la obra es de escasa entidad constructiva y sencillez técnica (art. 2.2.a de la LOE), extremos que habrán de ser acreditados mediante informe técnico, sin bastar la mera alegación del interesado o la apreciación, de oficio, por el registrador, según las RDGSJFP de 9 y 18 de enero de 2017.

El LEE requiere que el mismo esté finalizado antes del año 2000 y que al menos el 50 % de su superficie construida sobre rasante, excluida la planta baja o plantas inferiores si tiene o tienen otros usos compatibles, tenga uso residencial de vivienda (art. 52 del RD 835/2021).

### *C) Elementos Formales*

El Libro del Edificio es un documento con información técnica sobre las características físicas y materiales de la edificación. Como tal, tiene el carácter de documento privado. Pero, la obligación de entrega del mismo y su puesta a disposición de los futuros adquirentes se convierte en requisito para poder otorgar la escritura pública de declaración de obra nueva y su archivo en el Registro de la Propiedad, como requisito para poder inscribirla, por lo que siempre aparece como complementario de un documento público, cual es la escritura de declaración de obra nueva.

El artículo 28 del TRLS impone al notario para autorizar escrituras de declaración de obra nueva que se le justifique documentalmente el otorgamiento, expreso o por silencio administrativo, de las autorizaciones administrativas pertinentes y del cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios que son, según la Resolución-Circular de la DGRN de 26 de julio de 2007, el seguro decenal y el Libro del Edificio. Respecto a este último, la técnica de la incorporación al documento del Libro del Edificio o testimonio del mismo no es aconsejable por su extensión. Por ello, la citada Resolución Circular en su apartado séptimo dispuso que se deberá depositar ante cualquier notario un ejemplar del Libro del Edificio, acompañado de la certificación del arquitecto director de la obra de que ése es el Libro del Edificio y que le ha sido entregado al promotor, levantándose la correspondiente acta de depósito, con la única finalidad de acreditar documentalmente al Notario el cumplimiento de la obligación de entrega del Libro del Edificio por el director de la obra al promotor. Sin embargo, dicha acta de depósito no tiene carácter obligatorio para poder inscribir la obra en el Registro de la Propiedad, puesto que los arts. 9 y 202 de la LH no lo exigen, siendo de competencia estatal

la potestad legislativa que determina los requisitos que debe reunir la obra nueva para poder inscribirse en el Registro de la Propiedad. Por tanto, a efectos registrales, no es necesaria el acta notarial de depósito, que puede sustituirse por la mera manifestación del promotor[6], por su carácter de documento privado.

Vamos a tratar de desarrollar la técnica del archivo registral del Libro del Edificio, para que pueda darse efectividad al desiderátum del legislador estatal de ponerlo a disposición de los adquirentes y del autonómico de actualizar debidamente su contenido.

## III. LA TÉCNICA DEL ARCHIVO REGISTRAL DEL LIBRO DEL EDIFICIO

### 3.1. Registro de la Propiedad como oficina de información inmobiliaria

La razón de que sea, a nivel estatal, el Registro de la Propiedad la institución elegida para la divulgación de toda esa información sobre las características y técnicas de la edificación, arranca de una obligación legal que impone a los registradores el art. 81.2 del TRLDCI 1/2007, de 16 de noviembre, cuando dispone: «*Los notarios y los registradores de la propiedad y mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, informarán a los consumidores y usuarios en los asuntos propios de su especialidad y competencia*». Por tanto, desde el mismo momento en el que el art. 9 y 202 de la LH imponen la obligación de archivar el Libro del Edificio en el Registro de la Propiedad, es obligación del Registrador facilitar a todo el usuario de la vivienda la información sobre sus características técnicas, jurídicas y administrativas que resulten del Libro del Edificio, ya con respecto al ejemplar completo, o referente a los elementos privativos de un edificio en régimen de propiedad horizontal, en aquellas Comunidades cuya legislación diferencia la carpeta de elemento vivienda o local del Libro del Edificio General. Sin embargo, hoy en día esa obligación no se está cumpliendo, por el insuficiente diseño legal, o, mejor dicho, por la ausencia de una regulación que desarrolle este archivo registral.

¿Cuál es la razón por la que el legislador ha elegido el Registro de la Propiedad? A nuestro juicio, son las mismas razones por las que se ha elegido también a esta institución como punto de difusión de la llamada información geográfica territorial generada por las Administraciones Públicas, que delimitan el contenido del Derecho de Propiedad[7]. Las principales razones de ello son aprovechar la descentralización geográfica de las oficinas registrales y la costumbre de acudir al Registro para solicitar publicidad registral de la finca con la que se pretende establecer cualquier tipo de relación jurídica, al garantizar el Registro de la Propiedad la titularidad jurídica de la finca.

Por tanto, como institución dedicada a la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario, por ser un Registro de Derechos y habiéndole sido encomendada, por delegación del Estado, la prestación de la publicidad registral o exteriorización a terceros de la titularidad depurada y las cargas de la finca, el Registro debe prestar también toda aquella información de la que disponga, ya por medios tecnológicos o porque los tenga archivados en el Registro, que sea relevante para delimitar el contenido sustantivo del derecho de propiedad inscrito, o para mejorar la información sobre las características del objeto del derecho de propiedad, la finca registral, más allá de su descripción literaria y su posible georreferenciación inscrita. Con ello se disminuye la posibilidad de la existencia de asimetrías informativas, que provocan disfunciones en la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario.

### 3.2. La Comunidad de Propietarios, su personalidad jurídica y la custodia, conservación y actualización del Libro del Edificio

#### *A) ¿Qué significa la personalidad jurídica?*

La personalidad jurídica es una ficción legal creada por el legislador, para que determinadas colectividades puedan conseguir una serie de fines más allá de los límites físicos de la vida de los miembros que la componen, cumpliendo los requisitos legalmente establecidos, sin necesidad de un acto expreso de concesión de dicha personalidad jurídica, que suele conectarse al cumplimiento de unos requisitos de publicidad registral. Por tanto, el reconocimiento se convierte en elemento indispensable para el nacimiento de la persona jurídica (art. 35 del CC), en tanto en cuanto sin él solo habría una simple organización sin personalidad jurídica. La Comunidad de Propietarios en régimen de propiedad horizontal carece de ese reconocimiento legal, por lo que debería calificarse como organización sin personalidad jurídica, como una forma de organización más compleja de un derecho de propiedad por cuotas, o comunidad de bienes.

Sin embargo, entre los entes con personalidad jurídica, con una visión dinámica del sustrato que las conforma, que puede incluir la obtención de ganancias y la comunidad de bienes, con una visión estática del mejor aprovechamiento y disfrute de la cosa común existen una serie de diferencias, siendo las principales: la existencia de un patrimonio separado e independiente del de sus miembros para el cumplimiento de un fin; el de la existencia de una organización común que porta la voluntad de la persona jurídica, a través de sus órganos, que no existe en la comunidad de bienes; y un distinto modo de articular los intereses en juego, pues en la persona jurídica hay un interés que es distinto y superior del de cada miembro individualmente considerado, el cual no se da en una comunidad de bienes[8].

La propiedad horizontal se configura como una forma compleja de organización de la propiedad, que va más allá de la visión estática de la comunidad

de bienes. Más allá de que sea considerada como yuxtaposición de propiedades (STS 11 de octubre de 1978), o de una única copropiedad sobre todo el edificio, lo esencial en la propiedad horizontal, como resaltó la RDGSJFP de 3 de abril de 2.018 es la «*existencia de un único derecho de propiedad cuyo objeto es complejo: el piso, local o departamento privativo —un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente— y la participación inseparable en la titularidad de los elementos, pertenencias y servicios comunes del edificio. No se trata de dos propiedades yuxtapuestas, sino de un único derecho, de naturaleza especial y compleja*». Ese carácter complejo es el que justifica la necesidad de una organización autónoma, con sus propios fines y patrimonio, distintos de los de sus miembros, titulares de los elementos privativos, individualmente considerados.

La legislación autonómica, como hemos visto, contempla los supuestos en los que la configuración propiedad inmobiliaria es más compleja, imponiendo expresamente la obligación de conservación, custodia y actualización a las Comunidades de Propietarios de un edificio dividido horizontalmente. Así el Decreto del Consell de la Comunidad Valenciana 25/2011, de 18 de marzo, por ejemplo, impone a las Comunidades de Propietarios la obligación de designar una persona encargada de la conservación, custodia y actualización del Libro del Edificio, con rango de secretario de la comunidad. Y es obligación de la Comunidad de Propietarios aprobar la ejecución anual del plan de mantenimiento del edificio a realizar y las instrucciones de uso y su cumplimiento conformado por el presidente de la comunidad de propietarios debe incorporarse al Libro del Edificio, por parte del secretario de la comunidad, actualizando el archivo del mismo en el Registro de la Propiedad cada 5 años.

Sin embargo, tradicionalmente, se ha negado la personalidad jurídica de la Comunidad de Propietarios, configurada civilmente como una comunidad especial por el artículo 396 del CC, puesto que la misma no se reconoce expresamente en la Ley 49/1960, de 21 de julio de propiedad horizontal (LPH). Así lo han entendido también la RDGSJFP de 25 de mayo de 2005 o la de 3 de marzo de 2008. Esta última reconoce que el hecho de que carezcan de personalidad jurídica no impide que puedan practicarse determinados asientos a su favor, como el de una anotación preventiva de embargo, derivada de la capacidad procesal que le reconoce el art. 6 de la LEC. Por ello, la RDGSJFP de 4 de octubre de 2013 declaró: «*El reconocimiento legal de capacidad procesal de la comunidad de propietarios, así como las restantes facultades que se atribuyen a la junta de propietarios y a su Presidente, no implica que tal comunidad pueda adquirir bienes inmuebles como ente con personalidad jurídica independiente y ser titular registral de los mismos mediante el asiento de inscripción correspondiente*». Y como consecuencia de lo anterior, las RDGSJFP de 12 de febrero de 2016, 16 de enero

de 2017 y 26 de julio de 2017 reconocieron la posibilidad de que se inscribieran bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad en favor de la Comunidad de Propietarios, en ejecución de esas actuaciones procesales, que deriven de cualquier crédito a favor de la Comunidad, pero con carácter transitorio o accidental, por carecer de personalidad jurídica.

Precisamente, por esa carencia de personalidad jurídica, la RDGSJFP de 27 de mayo de 2021 no admitió la inscripción de un inmueble en el Registro de la Propiedad en favor de una comunidad de propietarios, en régimen de propiedad horizontal, que no derivaban de actuaciones procesales, sino de una dación en pago de un inmueble por una deuda en favor de la comunidad. También el Tribunal Supremo ha negado la personalidad jurídica de la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal en diversas sentencias, como la de 14 de mayo de 1992, donde el Alto Tribunal llega a afirmar que si bien la Comunidad de propietarios carece de personalidad jurídica, no por ello puede entenderse que actúa como una comunidad ordinaria de bienes, sino que se le debe considerar como un ente de proyección jurídica propia, que actúa a través de su representante, calificando la STS de 15 de mayo de 1995 dicha representación como una representación orgánica, otorgada con carácter especial por la LPH, y que implica la de todos los cotitulares del edificio. Por su parte, la STS de 6 de noviembre de 1995, declaró que la misma no puede ser titular registral, por carecer de personalidad jurídica[9].

También ha negado la personalidad jurídica de la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal la STC 115/1999 de 14 junio 1999, recurso 2289/1998, en la que declara: «*la opción de nuestro ordenamiento jurídico de no reconocer personalidad jurídica a las comunidades de propietarios de una propiedad horizontal. Por ello, aunque en la práctica y como licencia del lenguaje, las comunidades de propietarios de un edificio constituido bajo el régimen de la propiedad horizontal dicen actuar como demandantes y como demandados a través de su presidente, en virtud de la llamada «representación orgánica» que le reconoce el actual art. 13.3 de la LPH (antiguo art. 12 LPH) en rigor son los propietarios del edificio, en cuanto propietarios constituidos bajo el régimen de la propiedad horizontal, los que actúan a través de la figura del presidente de la Junta de propietarios que ostenta ex lege la representación de dichos propietarios en los asuntos que afectan a la Comunidad*».

Sin embargo, se puede observar una tendencia legislativa y doctrinal tendente al reconocimiento de la personalidad jurídica de la comunidad de propietarios. Así, el art. 9.4 del TRLS 7/2015 les permite ejecutar actuaciones obre el medio urbano y en el número 5 actuar con plena capacidad jurídica en todas las actuaciones relacionadas con «*el cumplimiento del deber de conservación, rehabilitación y mejora de los edificios, así como con la participación en la ejecución de*

*actuaciones de rehabilitación y en las de regeneración y renovación urbanas que correspondan»,* pudiendo *«constituirse en asociaciones administrativas para participar en los concursos públicos que la Administración convoque a los efectos de adjudicar la ejecución de las obras correspondientes, como fiduciarias con pleno poder dispositivo sobre los elementos comunes del correspondiente edificio o complejo inmobiliario y las fincas pertenecientes a los propietarios miembros de aquéllas, sin más limitaciones que las establecidas en sus correspondientes estatutos».* Es decir, si la comunidad de propietarios se constituye en asociación administrativa tiene personalidad jurídica, a efectos urbanísticos, conforme al art. 10 del TRLS. Pero, deben tener también una personalidad jurídica desde el punto de vista civil.

Por ello, a nivel doctrinal, se ha abierto una discusión sobre la conveniencia o no del reconocimiento de la personalidad jurídica de las comunidades de propietarios[10]. En el presente trabajo partimos de la opinión que se alinea con la necesidad de que el legislador reconozca expresamente la personalidad jurídica y de que conecte la concesión de esa personalidad jurídica a una publicidad, la registral, que clarifique, respecto a terceros, el régimen jurídico de una comunidad de propietarios, la cual puede realizar multitud de actos jurídicos, como celebrar contratos, contraer obligaciones o adquirir derechos, como cualquier otra persona física o jurídica. También la STS 1/2019, de 8 de enero, tras hacer un resumen de la posición de la DGSJFP y del mismo TS, destaca que ello es de sumo interés en el tráfico inmobiliario y de viva actualidad, por lo que, aunque no se pronuncia sobre el tema, puede vislumbrar una posición jurisprudencial favorable al reconocimiento de la personalidad jurídica de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal.

La importancia del Libro del Edificio y de las obligaciones encomendadas a la comunidad de propietarios, determina que el adecuado cumplimiento de la obligación de su archivo registral requiera de una reforma de la Ley de Propiedad Horizontal, para reconocer la personalidad jurídica de la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal, con la naturaleza de consorcio real, admitido por la doctrina española[11], reconociendo su naturaleza de entidad de tipo asociativo y de interés particular del art. 35.2.º del CC. Y ello con base en los siguientes argumentos:

### *B) La comunidad tiene los elementos esenciales que integran la persona jurídica*

a) La organización de la que se dota a la comunidad de propietarios por parte de la LPH es la propia de una persona jurídica, con un órgano deliberante, que es

la Junta de Propietarios, que debe reunirse una vez al año, al menos, debidamente convocada, con unas competencias que delimita el art. 14 de la LPH debiendo incluso aprobar los programas anuales de mantenimiento en alguna Comunidad Autónoma, como en Valencia[12], con el régimen de adopción de acuerdos que fija el art. 17, los cuales se consignarán en el Libro de Actas, pudiendo el secretario de la comunidad certificar los mismos, que además pueden impugnarse judicialmente.

También está dotada de unos órganos de gestión. y representación, como el presidente, que ha de ser uno de los propietarios y, en su caso, el secretario y el administrador, que pueden no ser propietarios. La naturaleza jurídica de la representación del presidente ha sido calificada como análoga a la orgánica[13]. Pero, la actuación del presidente debe limitarse, como declaró la STS de 20 de octubre de 2004, a la ejecución de los acuerdos de la Junta, cuya voluntad no puede verse suplida, corregida o anulada por la del presidente, pues su ámbito representativo no tiene un contenido "en blanco", que le legitimara en cualquiera de sus actuaciones. Por ello, esta representación del presidente de la comunidad no ampara toda actuación que realice, pues la LPH exige previo acuerdo expreso de la junta de propietarios para entablar determinadas acciones y realizar ciertas actuaciones, como la interposición de acciones judiciales para reclamar las cuotas impagadas de un propietario. Por ello, la STS 916/2024 de 27 de junio declara que el presidente de la comunidad de propietarios no tiene la facultad de reconvenir, y solicitar la nulidad y resolución de contratos previamente autorizados por la junta de propietarios, sin contar con una autorización expresa de esta. Por tanto, no puede sostenerse que la facultad de representación atribuida al presidente le permita decidir unilateralmente sobre asuntos importantes para la comunidad.

b) Dicha organización también tiene un fin distinto de los miembros que componen la persona jurídica, reconocido por la Ley, regular la vida interna y externa del edificio dividido horizontalmente, celebrando actos y contratos jurídicos, procurando el correcto uso, conservación y mantenimiento de las instalaciones y servicios comunes del edificio o complejo inmobiliario[14]. Por ello, la RDGSJFP de 25 de febrero de 2021 distingue entre acuerdos imputables a la Junta como órgano colectivo y que han de adoptarse conforme a la LPH, y aquellos actos que afectan individualmente al derecho de los propietarios, que requerirán su consentimiento en escritura pública y acceso registral, una vez cumplido el requisito del tracto sucesivo.

c) La organización tiene capacidad de actuar en el tráfico jurídico, con plena capacidad para celebrar contratos, adquirir derechos y contraer obligaciones con plenos efectos jurídicos, respondiendo de sus actos y de las consecuencias de los mismos. Si, como ha dicho el Tribunal Supremo, carece de personalidad jurídica, no puede entenderse que actúa como una comunidad ordinaria de bienes, sino como un ente de proyección jurídica propia, que actúa a través de su represen-

tante. Ese ente funciona prácticamente como una especie de sociedad informal, cuyo régimen de funcionamiento interno se contiene en el Libro de Actas de la Comunidad, que aunque sea un documento privado, se diligencia por el registrador de la propiedad competente, conforme al art. 415 del RH. Es ese momento el que debe aprovechar el legislador, regulando un régimen de publicidad de las vicisitudes de toda Comunidad de Propietarios, para conectar el reconocimiento de la personalidad jurídica vinculado a un régimen de publicidad, como el resto de las personas jurídicas.

d) La comunidad posee un patrimonio propio y separado del de sus integrantes, integrado por las aportaciones dinerarias anuales obligatorias de sus miembros, los titulares de los elementos privativos, pudiendo celebrar contratos de cuenta corriente con las entidades bancarias[15]. Además, pueden disponer de un fondo para la conservación o rehabilitación de los edificios, pueden recibir subvenciones, ser titulares transitorios de bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad, derivada de actuaciones procesales, debiendo reconocerse también su titularidad por otras vías, con el reconocimiento de su personalidad jurídica. También sería la titular de las infraestructuras de comunicaciones, producción de energía eléctrica para la reducción del consumo o incluso para participar con el excedente en el mercado de transacciones energéticas, cuando se reconozca legalmente. En conclusión, es titular de un patrimonio adscrito a un fin: velar por el correcto uso, mantenimiento y conservación del edificio, optimizando sus características, de modo que pueda incluso autoabastecerse de los recursos energéticos que pueda generar y vender el hipotético excedente generado por las infraestructuras instaladas en el edificio por los cuales ha obtenido la máxima calificación de eficiencia energética, derivada de una situación, que Vázquez Asenjo denominaría, etológica[16].

e) La organización debe tener una denominación o razón social que la identifique y disponer de un domicilio social, requisito que es de fácil cumplimiento en el caso de la propiedad horizontal, pues radica en un edificio, donde se puede localizar el domicilio social, estando integrada la denominación de la persona jurídica por el nombre de la calle y el número en el que se ubica, e incluso por el nombre que se le haya dado a la edificación, en su caso.

Por tanto, el único elemento esencial que requiere para tener personalidad jurídica es el de carácter legal, el reconocimiento del Estado, puesto que el elemento sustrato de la persona jurídica está plenamente cumplido.

### *C) Puede ser sujeto de derechos y obligaciones*

La doctrina civilista, en principio, negó la capacidad de la comunidad de propietarios para ser titular de derechos y obligaciones[17], por carecer de perso-

nalidad jurídica, pues esta no se reconoce en ninguna norma legal. Pero, en la jurisprudencia se inició una línea favorable a su consideración como sujeto de derechos y obligaciones, lo que reconoce, sin ambages, la STS de 8 de marzo de 1991, aunque las mismas carezcan de personalidad jurídica. Y ello es indiscutible, porque las comunidades de propietarios pueden celebrar contratos, como los de suministro de electricidad, gas o energía eléctrica, independientes de los concertados por los propietarios de los elementos privativos, pueden abrir cuentas corrientes; tienen obligaciones de carácter fiscal, según el RD 828/2013, de 25 de octubre, respecto del IVA o las obligaciones de declarar las operaciones con terceros. Todo ello ha abierto una opinión favorable en la doctrina a su reconocimiento como sujeto de derechos y obligaciones[18].

Esa tendencia se confirma por el art. 22 de la LPH, que reconoció de manera explícita a las comunidades de propietarios como titulares de obligaciones al recoger que «*la comunidad de propietarios responderá de sus deudas frente a terceros con todos los fondos y créditos a su favor. Subsidiariamente y previo requerimiento de pago al propietario respectivo, el acreedor podrá dirigirse contra cada propietario que hubiese sido parte en el correspondiente proceso por la cuota que le corresponda en el importe insatisfecho*». Siendo esta la responsabilidad patrimonial universal de todo deudor, proclamada por el artículo 1911 del CC

*D) Por razones de seguridad del tráfico jurídico*

Las razones pragmáticas que llevaron al legislador a no reconocer la personalidad jurídica de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal se han visto hoy superadas por la creciente importancia de los actos jurídicos que esta puede realizar, que requieren el cambio legislativo, una vez que ya se les ha reconocido personalidad jurídica, como asociación administrativa, para el reconocimiento de su personalidad jurídica civil.

Reuniendo todos los requisitos esenciales para que la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal tenga personalidad jurídica, distinta de la de los propietarios de los elementos privativos, se les reconoce personalidad jurídica como asociación administrativa en el art. 9 de TRLS, cuando quieran solicitar subvenciones o participar en las actuaciones de rehabilitación o regeneración urbana. Siendo ello así, ningún inconveniente hay para reconocerle la personalidad jurídica civil cuando quieren comercializar los excedentes de recursos derivados de las posible infraestructuras que puedan instalar en los elementos comunes para la reducción de consumos de gas, agua o electricidad, mejorando la eficiencia energética de sus edificios, como presupuesto esencial para que la

comunidad de propietarios puede convertirse en participante del emergente mercado de transacciones de recursos energéticos, cuya estructura y funcionamiento trataremos de explicar en otro artículo, como garantía para el resto de participantes, que podrán conocer la exacta situación de aquellos con quienes contratan.

El régimen de muchas comunidades de propietarios, que hoy están en un limbo jurídico, se vería clarificada. Existen en la práctica subcomunidades de propietarios formadas por elementos privativos, que ya forman parte de otra subcomunidad. Libros de Actas perdidos, pleitos judiciales por la falta de claridad en la toma de acuerdos de la Junta, propiedades horizontales inoperantes por la ausencia de sus propietarios.

### *E) Su conexión con el régimen de publicidad no ofrece dificultad*

El Ordenamiento Jurídico Español siempre conecta el reconocimiento de la personalidad jurídica de una persona jurídica a la publicidad registral, es decir a su inscripción en un Registro determinado. Así sucede, por ejemplo, con las sociedades de capital, que adquieren su personalidad jurídica, como anónimas o limitadas, en el momento de su inscripción en el Registro Mercantil.

De igual modo, la comunidad de propietarios adquirirá su personalidad jurídica cuando se inscriba en un Registro Jurídico. En este caso, el Registro de la Propiedad electrónico, lo que requerirá una reforma del Reglamento Hipotecario, una vez modificada la LPH, con el precepto que reconozca expresamente su personalidad jurídica, mediante su inscripción en el Registro de la propiedad. Dicha inscripción, que ha de tener carácter obligatorio, permitirá a la comunidad de propietarios ser titular registral de bienes inmuebles, con carácter definitivo y no transitorio, como ahora, para poder cumplir con lo dispuesto en el art. 11 del RH.

El reconocimiento de la personalidad jurídica de esta comunidad, mediante reconocimiento legal, conectada a la publicidad registral plantea varias cuestiones:

#### a) La idoneidad del Registro de la Propiedad

Podría pensarse que el otorgamiento de personalidad jurídica a las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal debería conectarse con la publicidad registral de las mismas en un Registro de Personas Jurídicas, como es el Registro Mercantil, que debería conectarse con el Registro de la Propiedad. Lógicamente, en un Registro en soporte electrónico, dicha conexión debe superar el rudimentario criterio utilizado por el art. 383 del RH, en virtud del cual, no podrá inscribirse ningún bien inmueble o derecho real en favor de la sociedad

mercantil, sin que previamente esté inscrita en el Mercantil. Hoy, mediante la interconexión de los Registros de la Propiedad y Mercantil, hoy ya en soporte electrónico, que permite al registrador de la propiedad comprobar la inscripción previa con una simple consulta electrónica[19].

Sin embargo, esa lógica de negocio que subyace en el Registro de la Propiedad, como derecho real, del cual, la propiedad horizontal no es más que un régimen complejo de titularidad consorciada e integración en la persona jurídica solo por el hecho de ser propietario de una finca registral, como elemento privativo de la propiedad horizontal, con asignación de la correspondiente cuota sobre los elementos comunes, nos hace abogar por la conexión de la personalidad jurídica de esa comunidad de propietarios con la publicidad en el Registro de la Propiedad. Lo esencial, en este caso, no es la aportación patrimonial del socio, como ocurre en las sociedades de capital, sino la titularidad del elemento privativo, que en cierto modo es el que ostenta la condición de "socio", y que siendo una finca registral, lo coherente es que todo lo relativo al régimen de propiedad horizontal y su información se integre en el Registro de la Propiedad, a pesar de que se originaría una personalidad distinta de la de los propietarios de elementos privativos, lo que podría convertirlo en esencia propia un Registro de Personas. Defendemos la idoneidad del Registro de la Propiedad[20] con base en los siguientes argumentos:

1.— La pertenencia a la comunidad de propietarios se ostenta por la titularidad de una finca registral determinada, uno de los elementos privativos, lo que conlleva una serie de obligaciones y derechos *ob rem*[21]. Por tanto, nos situamos en el concepto de una persona jurídica sin inscripción constitutiva, no como sociedad mercantil, sino como sociedad civil. La inscripción de una sociedad civil en el Registro Mercantil se reconoce por la DA 8ª de la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas. Pero, a efectos de inscribir bienes en el Registro de la Propiedad, si no están inscritas en el Mercantil, pueden acreditar su constitución, representación y régimen de administración y disposición mediante la presentación de la escritura pública de constitución del régimen de propiedad horizontal. Pero, la inscripción se producirá a nombre de los socios, indicando su cuota en la sociedad, la denominación de esta, su representación y régimen de administración y disposición[22]. Sin embargo, lo que defendemos es la inscripción a nombre de la comunidad de propietarios debidamente identificada, como sujeto con personalidad jurídica. Es decir, adquirirán su personalidad jurídica con la inscripción en el Registro de la Propiedad, en un folio especial en el que constarán todas las vicisitudes por las que atraviese la misma.[23]

2.— La conexión de la comunidad de propietarios con el Registro de la Propiedad territorialmente competente no es una novedad legislativa, puesto que las comunidades de propietarios ya se dirigen a los mismos para solicitar la legali-

zación de los Libros de Actas de la Comunidad, conforme al art. 415 del RH, de igual modo que las sociedades de capital acuden al Registro Mercantil a depositar sus cuentas anuales.

3.— El folio abierto a la finca matriz no desaparece, a diferencia de lo que ocurre en el Catastro, donde la finca matriz desaparece y todas las referencias catastrales de los elementos privativos del edificio o complejo nos llevan a la parcela catastral en el que se ubicaba la parcela matriz. Y no desaparece porque en el folio registral de la finca matriz es donde están inscritos los estatutos y se describen los elementos comunes.

4.— La actividad de la comunidad de propietarios es una actividad civil, teniendo incluso la condición de consumidor, como ha reconocido la STS 201/2021, de 13 de abril y está siempre vinculada a la adecuada utilización, mejora y conservación de los elementos comunes, instalaciones y servicios del edificio. Es, por tanto, un patrimonio adscrito a un fin, dotado de una organización dirigida a lograr la mayor eficiencia en la gestión y mejora del edificio en su conjunto.

5.— La idoneidad de ese Registro se refuerza con el actual formato electrónico, tras la entrada en vigor de la Ley 11/2023, acudiendo a la técnica tradicional del múltiple folio registral, uno para la finca matriz, con sus elementos comunes, otra para cada elemento privativo con su cuota y un tercero para la comunidad de propietarios que ha de velar por el correcto, uso, utilización, conservación y mejora de los elementos comunes. Estos tres folios gozarían de una conexión umbilical, tanto literaria como electrónica[24], posibilitando el tratamiento integrado de la información relativa a la misma, facilitando el tráfico jurídico, puesto que el registrador podrá saber, por ejemplo, con una sola consulta al estado contable depositado en ese folio electrónico especial, si el elemento privativo objeto de tráfico jurídico está al corriente del pago de los gastos de comunidad en el momento de la venta, sin necesidad de que se acredite con un certificado del secretario de la comunidad.

### b) La técnica registral de la inscripción de las comunidades de propietarios

La técnica registral, como hemos dicho, no puede ser otra que el de la pluralidad de folios registrales[25], con un folio matriz compuesto de un folio principal donde consta la descripción de los elementos comunes y los estatutos y otro especial complementario, donde constan las vicisitudes de la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal, que, con su apertura e inscripción primera, adquirirá personalidad jurídica. En la técnica registral distinguiremos

la de las comunidades de propietarios que se constituyan en el futuro de las ya constituidas.

Respecto de las que se constituyan en el futuro, su inscripción será obligatoria. Por ello, deberán inscribirse en el Registro de la Propiedad, dentro del mes siguiente a su constitución, mediante solicitud o instancia privada del presidente de la comunidad de propietarios, solicitando su inscripción y la legalización del primer libro de actas, acompañada del acta de constitución de la misma, en la que junto con los acuerdos adoptados, constarán debidamente identificados el número de finca registral de la matriz y los de los elementos privativos que se incluyen en la comunidad; los propietarios de las mismas con las circunstancias exigidas por la legislación hipotecaria, que deberán coincidir con las de los titulares registrales de los elementos privativos. También se identificará a las personas del presidente de la comunidad, el secretario y la persona designada para la custodia y actualización del contenido del Libro del Edificio, archivado en el Registro de la Propiedad. También la identidad del administrador de la finca, en su caso, cuando sea persona distinta del secretario de la comunidad. El acta estará firmada por el secretario de la comunidad, con el Visto Bueno del presidente.

Las comunidades de propietarios ya constituidas podrán solicitar la inscripción en cualquier momento y, en todo caso, al solicitar la legalización de un nuevo Libro de Actas, acompañando la misma documentación que en el caso anterior. Y si fuere asociación administrativa, conforme a la Ley del Suelo, se identificará debidamente, para expresar dicha circunstancia en el folio electrónico de la comunidad de propietarios.

Calificada la instancia por el registrador, para comprobar que se cumple con el contenido indicado y no hay ningún obstáculo que surja del Registro, se abrirá un folio electrónico auxiliar a la finca registral matriz. Esta circunstancia se hará constar por nota al margen de la inscripción de la división horizontal en el folio registral de la finca matriz.

En dicho folio electrónico auxiliar se harán constar en un primer asiento todas las circunstancias que resulten de la instancia privada de solicitud de inscripción de la comunidad de propietarios y de legalización del primer Libro de Actas. En segundas y posteriores inscripciones se harán constar todas las vicisitudes por las que atraviese la comunidad, como los cambios en la identidad de los cargos de presidente, secretario y administrador de la comunidad, si los mismos no estuvieren presentes en el sesión se acompañará certificación del secretario de la comunidad de que han sido notificados del asiento, adjuntando prueba de dicha notificación; también se hará constar un domicilio electrónico del presidente, a efectos de notificaciones; las actas de las reuniones de la Junta General, que se celebren en el año, con los acuerdos adoptados; los estados contables con expresión de los socios que estén al corriente de las cuotas y de los que son deudores

de la comunidad, por lo que han sido privados de su derecho de voto; la aprobación o modificación de las ordenanzas de régimen interno, para su depósito en el Registro de la Propiedad. Por tanto, en este folio especial se deberá practicar, al menos, un asiento anual. La documentación, que es de carácter privado, podrá presentarse de cualquiera de las maneras previstas por la legislación hipotecaria. Si es en soporte papel, la firma deberá ratificarse ante el registrador, o legitimarse notarialmente y si es en soporte electrónico deberá venir con la firma electrónica reconocida del secretario-administrador de la comunidad, con facultad certificante. A tal efecto, el registrador de la propiedad, como responsable de la unidad de tramitación de su Registro es prestador de servicios de certificación y podrá dar firma electrónica reconocida al presidente o al secretario de la comunidad para que pueda presentar la documentación por vía telemática.

El folio electrónico auxiliar se cancelará mediante solicitud en instancia privada, acompañando el acta de extinción de la propiedad horizontal, con expresión de la causa de extinción, que ha de ser una de las previstas en el artículo 23 de la LPH.

### 3.3. Desarrollo de la técnica registral de archivo del Libro del Edificio: Las bases de la reforma

#### *A) La técnica del archivo*

La técnica del archivo no es desconocida en la legislación hipotecaria, puesto que el art. 342 del RH dispone que los registradores también podrán expedir, a petición de los interesados certificaciones de los documentos que conserven en su archivo y respecto de los cuales pueden considerarse como archiveros naturales. Es decir, que, junto a la posibilidad de expedir certificaciones de asientos, también pueden expedir certificaciones de documentos archivados, aunque sean privados (art. 410 del RH).

Así lo han reconocido las RDGSJFP de 14 de noviembre de 2016 o la de 9 de abril de 2.024, entre otras, cuando declaran que, por aplicación analógica del art. 342 RH,, conforme al cual debe el registrador certificar de aquellos documentos que conserve en su archivo y respecto de los cuales pueda considerársele como su archivero natural, está obligado el registrador a proporcionar al promotor del expediente del art. 199 de la LH, si éste lo solicita, las alegaciones de los colindantes que se hayan opuesto a la inscripción de la georreferenciación de su finca. Esta obligación tiene un alcance meramente informativo. En el caso del Libro del edificio, existiendo obligación legal de archivarlo en el Registro de la Propiedad territorialmente competente, el registrador es su archivero natural y puede expedir información del mismo al adquirente de cualquier parte de la edificación.

Tras la entrada en vigor de la Ley 11/2023, el archivo del edificio no puede tener otro formato que el archivo electrónico. Y esa obligación va más allá que la obligación de aportar el Libro del Edificio en formato PDF, que es un formato cerrado en el que la información contenida en él no es tratable, para que pueda conformarse una certificación estructurada de la información contenida en el documento archivado. Para ello la tecnología debe proveer las aplicaciones que permitan desarrollar la prestación de esta información de modo ágil, comprensible y automatizado.

### *B) Naturaleza de la información contenida en el Libro del Edificio*

La primera cuestión que se plantea es la relativa a la naturaleza de esa información del Libro del Edificio. Dicha información no es jurídica y por tanto no se trata de una información registral. Por ello, el legislador utiliza la técnica del archivo y no la de la inscripción. Ello implica que la información contenida en el Libro del Edificio no está sujeta a la calificación registral, más allá de que el registrador pueda poner de manifiesto la falta de alguna de las partes del Libro del Edificio, con arreglo a la legislación aplicable, pero no calificará su contenido, porque carece de los conocimientos técnicos para ello.

Por tanto, la información contenida en el Libro del Edificio no generará asiento registral alguno en el folio real electrónico de la finca, sino en el folio electrónico auxiliar, a través del sistema electrónico que gestione ese folio electrónico auxiliar.

### *C) El BIM como modelo de gestión de información del Libro del Edificio*

La actual regulación de la obligatoriedad del archivo registral del Libro del Edificio es insuficiente y no ofrece al registrador las herramientas necesarias para que pueda cumplir la función asignada por la legislación. Para ello, es esencial que el legislador desarrolle reglamentariamente esta obligación legal, superando la opción de archivar el formato PDF, sustituyéndolo por un modelo de gestión de la información, ágil, dinámico y predictible, que permita el registrador tratar y estructurar la información para adecuar el producto a la legalidad vigente, a la solicitud del interesado y todo ello, a través de soluciones automatizadas, sin intervención manual repetitiva.

A nivel tecnológico, esa técnica ha de estar basada en el principio de neutralidad tecnológica, que garantiza la independencia en la elección de las alternativas tecnológicas por los ciudadanos y por las Administraciones Públicas, así como la libertad de desarrollar e implantar los avances tecnológicos en un ámbito de libre mercado. A estos efectos las Administraciones Públicas utilizarán están-

dares abiertos, así como, en su caso y de forma complementaria, estándares que sean de uso generalizado por los ciudadanos. Por otro lado, la información que debe archivarse en el Libro del Edificio tiene contenido literario o estático, pero puede tener también un contenido gráfico, de carácter dinámico o actualizable.

El primer tipo de información requiere del diseño de una base de datos, que debiera corresponder al Colegio de Registradores, en colaboración con el de Arquitectos, Arquitectos Técnicos y de Administradores de Fincas, con las Asociaciones de Promotores y Constructores, respetando la estructura y contenido diseñado por la LOE y el CTE, con el refrendo de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. Dicha base de datos deberá permitir el archivo de los documentos PDF, requeridos por la Ley, que emitan los agentes y proveedores de materiales de los edificios, los cuales acreditan la veracidad del campo de información introducido. Para ello, el formato de Libro del Edificio deberá estructurarse además en un documento XML, que permita el archivo electrónico de la información en la plantilla derivada de la estructura que determina la LOE y el CTE.

La persona encargada de la gestión del Libro del Edificio ya sea el propietario promotor, o el designado por la comunidad de propietarios para actualizar y gestionar el mismo podrá acceder al Libro del Edificio mediante su firma electrónica reconocida, pudiendo cumplimentar los datos en cada campo de información, junto con el certificado técnico acreditativo de la información aportada. El registrador territorialmente competente archivará electrónicamente la información con su firma electrónica reconocida.

El segundo tipo de información requiere de la incorporación de una nueva tecnología que permita la generación de esa información dinámica. Dado el estado de la tecnología actual, el modelo más adecuado es el del *Building Information Model* (BIM), que es obligatorio desde 2018 para edificaciones públicas, como se desprende del artículo 4 del RD 1515/2018, de 28 de diciembre. En el presente artículo defendemos también su instauración en la edificación privada, especialmente cuando sea de tipología residencial, para poder cumplir con eficiencia la obligación de archivo registral del Libro del Edificio.

a) Concepto

BIM son las siglas de *Building Information Modeling* que podemos definir como la representación digital y tridimensional de las obras de construcción y los servicios relacionados, capaz de gestionar una masa de datos, información y documentos para definir, hasta el más mínimo detalle en el sistema más complejo y jerárquico, una obra construida, permitiendo disponer de una cantidad de información fiable y transferible

b) Características

1.— Es un sistema de información. Los modelos BIM van más allá de la geometría y representación visual del edificio. Incorporan datos detallados sobre los componentes del edificio, como especificaciones, propiedades, características, relación entre elementos e incluso requisitos de mantenimiento, como fuente de verdad centralizada y actualizada para cualquier proyecto de construcción, que se basa principalmente en la colaboración de los diferentes sujetos intervinientes, como los promotores, arquitectos, constructores, propietarios, a los que hemos de añadir a los registradores, como instrumento encargado de la difusión. Todos ellos han de colaborar en el diseño de un modelo BIM estandarizado para todos los edificios, que contenga toda la información relevante, estática y dinámica, de la edificación. Por decirlo de otro modo, es un SIG individualizado de la edificación, con sus lógicas diferencias, dada la diferencia del objeto.

2.— Es un sistema de colaboración fluida, para crear y gestionar información a lo largo de todo el ciclo de vida de un proyecto de construcción o infraestructura, a través de un modelo 3D inteligente, que proporciona una representación digital de todos los aspectos del activo construido, permitiendo un diseño y planificación más ágiles, variando la forma en que se crea e interactúa con el edificio o infraestructura, mejorando el enfoque sobre la gestión de proyectos y aumentado la implicación de las partes interesadas en la toma de decisiones informadas en las primeras fases del proyecto; una reducción en los errores y un ahorro de gastos, al trabajar con información detallada desde el principio, mitigando riesgos y evitando costosas repeticiones durante la fase de construcción, mejorando la estimación de costes del proyecto, al integrar los datos de costes directamente en el modelo, con seguimiento del proyecto en tiempo real, identificando oportunidades de ahorro y minimizando el riesgo de sobrepasar el presupuesto.

3.— Los objetos BIM son los componentes que integran el modelo 3D, cuyo verdadero poder reside en sus propiedades paramétricas referidas a la capacidad de un objeto para ajustar sus características en función de nuevos parámetros de entrada o predefinidos. Cuando se realizan cambios en determinadas especificaciones o propiedades de un objeto BIM, el objeto se actualiza automáticamente en todo el modelo. Esto garantiza la coherencia y la precisión de todo el proyecto. Gracias a la adopción de sensores IoT conectados a una o más consolas de monitorización, puede realizarse un seguimiento constante del funcionamiento de las plantas y los sistemas, detectando rápidamente los fallos, interviniendo para evitar el desperdicio y optimizar el consumo de energía, lo que permite procesar las estadísticas en tiempo real. Mediante el análisis de la naturaleza histórica de las averías y el mantenimiento realizado, es posible llevar a cabo un procesamiento de mantenimiento predictivo, una actividad que contribuye a

reducir el tiempo de inactividad de la planta, limitando los costes de no uso y de las intervenciones de emergencia.

4.— Es un sistema que promueve la sostenibilidad habilitando a las organizaciones para diseñar y construir edificios energéticamente eficientes y sostenibles, analizando datos como el material, el consumo de energía y el impacto medioambiental y gestionando eficientemente las instalaciones de la edificación durante la fase de explotación y mantenimiento de la estructura, capturando información detallada sobre los componentes y sistemas de una estructura, gestionando los activos y planificando el mantenimiento, para optimizar el rendimiento del edificio a lo largo del tiempo. En este sentido puede ser esencial en la confección del Plan de mantenimiento y conservación anual del edificio, que debe aprobar la comunidad de propietarios en cada principio de año, como exige, por ejemplo, la legislación valenciana.

5.— Todos los participantes en el proyecto, plenamente integrado, trabajan alineados en un único modelo 3D federado. Esto permite la colaboración y el intercambio de información en tiempo real, trabajando con estándares de datos abiertos, que posibilita una interoperabilidad fluida, mejora la coordinación, la toma de decisiones y los resultados de los proyectos y mediante la firma electrónica reconocida del registrador se posibilita su archivo electrónico en el Registro de la Propiedad, para que su información se pueda difundir a tercero de forma ágil, rápida, estructurada, interpretable y automatizada. Para ello, puede utilizarse la metodología *blockchain*, para certificar los procesos y eventos sin necesidad de una tercera autoridad, lo que permite a los actores agregar la información, insertada adecuadamente en el modelo, para abordar los procesos de toma de decisiones de manera más eficiente y efectiva. Pero, toda esa información del modelo, de la que proponemos su incorporación al Libro del Edificio, convirtiendo a la metodología BIM en la gestora del mismo, como documento abierto y dinámico, debe archivarse en el Registro de la Propiedad, interviniendo el registrador no como autoridad calificante, sino como *minero,* o intermediario público y no privado del *blockchain* creado, que acredita el hecho del archivo electrónico, mediante su firma electrónica reconocida.

### *D) El BIM registral*

a) El BIM registral se configura como un sistema de información de las características técnicas y físicas de la edificación, que completarán la información jurídica necesaria para la seguridad jurídica inmobiliaria, que tradicionalmente presta el Registro de la Propiedad, junto con la información generada por las Administraciones públicas que delimiten el contenido sustantivo del derecho de

propiedad inscrito. Con ello se ofrece en un solo punto toda la información necesaria para lograr el consentimiento informado en una acción de inversión tan importante como es la inmobiliaria. Con ese sistema integral de información registral se minimiza la posibilidad de asimetrías informativas, a las que tan sensible es el tráfico inmobiliario. Toda la información dinámica del consumo de recursos se volcará en el sistema de información geográfica registral del Distrito Hipotecario y en el Geoportal, como requisito para poder participar en el mercado de transacciones de recursos energéticos, que trataremos de desarrollar en otro artículo. El SIG registral del Distrito Hipotecario y el Geoportal Registral se configuran como el tablero o punto de relación entre los posibles demandantes y oferentes de recursos energéticos, como agentes intervinientes de ese posible mercado de recursos energéticos, donde los que ahorren pueden vender a los que despilfarren. Para ello, será preciso que la finca registral tenga una georreferenciación indubitada e inscrita.

b) Es también un sistema de colaboración fluida, pues en el diseño del BIM registral participarán las diferentes corporaciones implicadas, como el Colegio de Registradores, el de Arquitectos y el de Administradores de Fincas y las Asociaciones de Promotores y Constructores.

c) El objeto BIM es la edificación, representada en 3D, con sus propiedades paramétricas, independientemente de que la representación gráfica de cada piso o local pueda inscribirse en el asiento de cada elemento privativo, como dispone el art. 202 de la LH. Siendo el objeto BIM la edificación, sujeta al ámbito de aplicación de la LOE, debemos distinguir dos tipos de objetos:

1. Los edificios de nueva planta, para los cuales, el BIM registral como herramienta de gestión del archivo registral del Libro del Edificio, se abrirá en el momento de la solicitud de inscripción de la declaración de obra nueva, terminada o en construcción y división horizontal, en su caso, dejando constancia, cuando se solicite la legalización del primer libro de actas de la identidad de la persona encargada de su mantenimiento y actualización.
2. Los edificios ya existentes, dentro de los cuales podemos distinguir a su vez:
   — Los que tengan archivado el Libro del Edificio, en soporte papel, o en soporte PDF, para los cuales el nuevo formato de Libro del Edificio se abrirá cuando soliciten el diligenciado de un nuevo Libro de Actas en el Registro de la Propiedad y cumplan con los requisitos de publicidad registral, que se exijan por la Ley a la Comunidad de Propietarios. En el sistema de información geográfica registral, podrá identificarse mediante leyenda las edificaciones que vayan cumpliendo la obligación del archivo electrónico y no solo literario del Libro

del Edificio. Esta circunstancia debe configurarse como requisito sine qua non para que la comunidad pueda participar en el mercado de transacciones energéticas, cuando el mismo tenga reconocimiento legal.

— Los que, por su antigüedad, no tengan archivado el Libro del Edificio, podrán crearlo, en su nuevo formato, en cualquier momento que consideren oportuno y, obligatoriamente formarán el LEE, cuando hayan de pasar el Informe de Evaluación de los Edificio, que es obligatorio cuando el edificio cumpla 50 años, desde su terminación. A este efecto, el Registro territorialmente competente podrá comunicar mediante alertas informáticas tanto a la Comunidad que esté obligada a realizar el IEE y conformar el LEE y a la Administración competente comunicará que edificaciones estarán sometidas anualmente a dicha inspección, a principios de cada año.

d) Es un sistema que promueve la sostenibilidad habilitando a las organizaciones para diseñar y construir edificios energéticamente eficientes y sostenibles. Así, la información de los sensores IoT conectados dentro de cada objeto BIM podrá consultarse en el sistema de información geográfica registral del Colegio de Registradores, el cual podrá diferenciar el consumo positivo o negativo con puntos georreferenciados con leyenda en distinto color, según sean ahorradores o no ahorradores de recursos energéticos.

e) Todos los participantes en el proyecto, plenamente integrado, trabajan alineados en un único modelo 3D federado, permitiendo la colaboración y el intercambio de información en tiempo real, trabajando con estándares de datos abiertos y el intercambio de recursos, mediante *Smart Contracts*, con la firma electrónica de los contratantes, que podrán presentarse telemáticamente en los Registros de la Propiedad, para generar los correspondientes asientos electrónicos en el libro auxiliar de cada comunidad de propietarios. Para ello, deberán crearse una nueva figura de derecho subjetivo real, que permita la transmisión de un nuevo objeto de contenido patrimonial, derivado del comportamiento de un grupo de personas, como situación etológica, hablamos del derecho real de aprovechamiento ambiental, que será objeto de estudio en el siguiente artículo de esta serie.

## CONCLUSIONES

I.— El Registro de la Propiedad, como institución encargada de la seguridad del tráfico jurídico, por delegación del Estado, presta la función pública de

publicidad registral, como esencial, siendo responsable de la información que publica. Pero, para minimizar las asimetrías informativas ha de prestar o difundir otra información, de la cual no es responsable: la que delimita el contenido sustantivo del derecho de propiedad, elaborada por las distintas Administraciones Públicas con competencia sobre el territorio y la que delimita las condiciones físicas y jurídicas del objeto del derecho de propiedad, cuando sobre el mismo exista construida una edificación.

II.— Dicha información complementaria no tiene el carácter de publicidad registral, pues no deriva del folio real electrónico de la finca, ni de los asientos practicados en él, sino que deriva de procedimientos tecnológicos, como la técnica de la asociación de información territorial, derivada del concepto de interoperabilidad con el que opera la Directiva INSPIRE, o la técnica del archivo electrónico en el caso del Libro del Edificio, en un formato electrónico, abierto, estructurado y modificable.

III.— Como información no registral, no está sujeta a la calificación registral. Su exactitud será responsabilidad de los autores de la misma. Ahora bien, la falta de alguna de las partes del Libro del Edificio, dado el estado de la legislación actual, puede configurarse como defecto subsanable en la inscripción de la obra nueva que se solicite. Es decir, el registrador puede calificar la integridad, pero no el contenido de la información contenida en el Libro del Edificio.

IV.— La técnica del archivo registral del Libro del Edificio requiere de una modificación normativa, que ha de partir del reconocimiento de la personalidad jurídica de las comunidades de propietarios, para dotar de publicidad a su régimen jurídico y dotar de seguridad a quienes formulan contratos con la misma. Para ello, el reconocimiento de su personalidad ha de conectarse con el Registro de la Propiedad territorialmente competente, mediante la apertura de folio real electrónico auxiliar al de la finca matriz, donde constan los Estatutos de la Comunidad y se describen los elementos comunes.

V.— La técnica del archivo registral del Libro del Edificio ha de superar el escenario de archivos de documentos PDF, de carácter cerrado y no tratable, por la utilización de archivos dinámicos, como los XML y otras nuevas tecnologías como el BIM, como Libro del Edificio inteligente y actualizable, con capacidad de medición del consumo de recursos energéticos. Para ello deben estar certificadas todas las instalaciones que se van incorporando al edificio, en cumplimiento del plan de mantenimiento, conservación y mejora de la eficiencia energética.

VI.— Las nuevas necesidades sociales y el deseo del legislador de mejora de la eficiencia energética requieren de un esfuerzo de los juristas delimitando nuevos conceptos, cuales pueden ser los derechos reales de aprovechamiento energético, los *Smart Contracts* reales, los mercados de transacciones de recursos energéticos MERTRA, como estructura de mercado, como mecanismo óptimo

para gestionar la escasez de los recursos energéticos. De todo ello, trataremos de ocuparnos en posteriores artículos.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
— STC de 14 de junio de 1999

SENTENCIAS DELTRIBUNAL SUPREMO
— 11 de octubre de 1978
— 8 de marzo de 1991
— 14 de mayo de 1992
— 15 de mayo de 1995
— 6 de noviembre de 1995
— 20 de octubre de 2004
— 8 de enero de 2019
— 13 de abril de 2021
— 27 de junio de 2024

RESOLUCIONES
— 25 de mayo de 2005
— 26 de julio de 2007
— 3 de marzo de 2008
— 4 de octubre de 2013
— 12 de febrero de 2016
— 14 de noviembre de 2016
— 9 de enero de 2017
— 16 de enero de 2017
— 18 de enero de 2017
— 7 de junio de 2.017
— 29 de junio de 2017
— 26 de julio de 2017
— 19 de febrero de 2018
— 3 de abril de 2018
— 20 de septiembre de 2018
— 19 de febrero de 2019
— 17 de junio de 2019
— 8 de septiembre de 2019
— 26 de noviembre de 2020
— 25 de febrero de 2021
— 27 de mayo de 2021
— 9 de abril de 2024

ABREVIATURAS
BIM: Building Information Model
CC: Código Civil
CTE: Código Técnico de la Edificación

D: Decreto
DA: Disposición Adicional
DG: Dirección General
DF: Decreto Foral
IEE: Informe de la estructura del Edificio.
LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil
LEE: Libro del Edificio Existente
LH: Ley Hipotecaria
LOE: Ley de Ordenación de la Edificación
LPH: Ley de Propiedad Horizontal
MERTRA: Mercado de Transacciones
RD: Real Decreto
RDGSJFP: Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.
RH: Reglamento Hipotecario
SIG: Sistema de Información Geográfica
STC: Sentencia del Tribunal Constitucional
STS: Sentencia del Tribunal Supremo
TRLS: Texto Refundido de la Ley del Suelo

## BIBLIOGRAFÍA

Alonso Pérez, M. T. (2024): «Es necesario reconocer personalidad jurídica a las comunidades de propietarios organizadas en régimen de propiedad horizontal», *RCDI* N.º. 802, p. 639 a 642.

Badenas Carpio, J. M. (1998): «*La representación de la propiedad horizontal*». *Actualidad Civil*, Sección Doctrina, 1998, Ref. VIII, pág. 155, tomo 1, Editorial LA LEY. p. 155-182.

Barranco Aguayo, A. M. (2024): «Capítulo V: El titular registral: concepto y supuestos especiales de titularidad» en Manual de Derecho Inmobiliario Registral, Aranzadi, p. 157.

Corral Dueñas, F. (1986). «*Pérez Pérez, E. El consorcio real en el Derecho positivo español*», Tesis doctoral. Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, Madrid, *RCDI* núm. 587, p.219-223.

De Angulo Rodríguez, J. (2015): *La modernización de los Registro*, Comares, p. 100.

Delgado Juega, L.: «El archivo del Libro del Edificio en el Registro de la Propiedad. Doctrina DGRN y Legislación de la Comunidad de Madrid», Seminario del 10 de enero de 2018, www.registradoresdemadrid.org.

Díez Picazo y Ponce de León, L (2012): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial.* Tomo VI. Madrid: Civitas, p. 110.

Díez Picazo Ponce de León, L y Gullón Ballesteros, A. (2016). *Sistema de Derecho Civil, V. I.* Madrid: Tecnos, p. 424.

Enrich Guillén, D. (2010): «Aspectos jurídicos de la inexistencia de contrato del servicio de limpieza en una Comunidad de Propietarios». https://noticias.jurídicas.com.

Fandos Pons, P.: «La ecoetiqueta de la finca registral» en el 9º CONAMA, *el reto es actuar*,www.premioconama.org/conama9/download/files/AEs987984756_doc_Pfandos.pdf.

Fernández del Pozo, L. «*La publicidad registral de las normas de régimen interior (art. 6 de la LPH)», RCD*I, nº. 656, enero-febrero 2000, p. 87.

García García, J. M. (1997): «Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado. Resolución de 21 de febrero de 1995. BOE de 12 de abril de 1995*», RCDI* N.º 640, p. 1121 a 1129.

García Mayo, M. (2021): *Tratado de Derecho Inmobiliario Registral, dirigido por Del Rey Barba, S, y Espejo Lerdo de Tejada, M.,* Tirant lo Blanch, p. 1838.

González Hernández, I. (2022): *Tratado de Derecho Civil t. X, la fe pública registral,* dirigido por Joaquín Rams Albesa, *Dickinson*, p. 364-365.

Gutiérrez de tehrán y Menéndez Castañeda, A. (2003): (Dir.). *Libro del Edificio*. (Dir.). Fundación Estudios Calidad Edificación. Asturias, p. 2.

Magro Server, V. (2011): «¿Se reconoce ahora a las comunidades de propietarios personalidad a raíz del Real Decreto 8/2011, de 1 de julio?». *ELDERECHO. COM.* https://elderecho.com/se-reconoce-ahora-a-las-comunidades-de-propietarios-personalidad-juridica-a-raiz-del-real-decreto-82011-de-1-de-julio— (2011, febrero). ¿Tienen personalidad jurídica las Comunidades de Propietarios? https://elderecho.com/tienen-personalidad-juridicalas-comunidades-de-propietarios.

Marino Vila, M (2007): «Sobre la obligación de acreditar la entrega del Libro del Edificio en el acta notarial de terminación de obra (o escritura de declaración de obra nueva terminada)» en notarios y registradores.com

Martin Granizo, M. (1985) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (Dirigidos por Manuel Albaladejo),* Tomo V Vol. 2º, arts. 392 a 429, Edersa, 1985.

Mateo Villa, I. (2016): Comentarios a la Ley Hipotecaria, directos Andrés Domínguez Luelmo, Aranzada, p. 184 y 185.

Muruaga Navarro, P. (2023): «Personalidad jurídica de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal y la inscripción a su favor de bienes en el Registro de la Propiedad: 13 del Rue Percebe*», RCDI* N.º 795, p. 13 a 65.

Pérez Miralles, J.A. (2017). «Atribución de personalidad jurídica a las comunidades de propietarios en el régimen jurídico de la propiedad horizontal». Actualidad Civil. Derechos reales e hipotecario, núm. 1, p. 30-45.

Pérez Pérez, E. (1986). *El consorcio real en el derecho positivo español.* Madrid: Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, p. 85 y ss.

Poveda Díaz, J. (1982). *Los elementos procomunales en la propiedad horizontal,* Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid]. E-Prints Complutense.

Roca Sastre, R. M., Roca Sastre Muncunill, L., y Bernà i Xirgo, J. (2008): *Derecho Hipotecario*, *tomo V*., Bosch, p. 10.

Wichmann Rovira, G. V. (2007): «Las declaraciones de obra nueva en la nueva terminada en la nueva Ley 8/2007, de Suelo», entrada de 30 de julio de 2007, notariosyregistradores.com.

## NOTAS

[1] Como dice Mateo Villa I., (2016), "*no se trata de un requisito de la inmatriculación, sino del concreto asiento de declaración de obra nueva*", entiendo el autor que se exigirá a todo edificio cuya solicitud de declaración de obra nueva se presente en el Registro tras la entrada en vigor de la Ley 13/2015, pero que también podrá archivarse respecto a edificios cuya declaración de obra nueva es anterior, pero se presente el mismo voluntariamente, op. cit., p. 184.

[2] Gutiérrez de tehrán y Menéndez Castañeda, A. (2003): (Dir.). *Libro del Edificio*. (Dir.). Fundación Estudios Calidad Edificación. Asturias, p. 2.

[3] Así lo ha entendido Wichmann Rovira al entender que «*no parece adecuado pensar que una Ley dictada en el ámbito de la competencia del Estado en materia civil y para regular la igualdad en las condiciones básicas del ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales por razón de la vivienda, pretenda, desviándose de su finalidad y fundamento constitucionales, dar carta de naturaleza civil a las obligaciones administrativas que —en ejercicio de sus propias competencias y con distinto fundamento constitucional— pueden imponer las Comunidades autónomas y, menos aún, que ello pueda dar lugar a una posible regulación autonómica, por vía indirecta, de los requisitos básicos de los instrumentos y registros públicos. En efecto, si admitimos que "la acreditación documental del cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios", se refiere a los requisitos establecidos por la regulación autonómica de la edificación de naturaleza administrativa, habrá que aceptar que por la vía de un simple Decreto —como, por ejemplo, ha ocurrido en Castilla La Mancha— y sin el título competencial adecuado desde el punto de vista constitucional, cada Comunidad autónoma podrá imponer obligaciones a los agentes de la edificación que, amparándose en la cobertura legal del artículo 19 según la interpretación propuesta, alcanzarán la categoría de obligaciones civiles —ya que el Estado en la Ley del Suelo y en esta materia regula exclusivamente aspectos civiles de su competencia (D.F.1ª número 3)— debiendo acreditarse su cumplimiento notarial y registralmente, y pudiendo dar lugar su incumplimiento, si se sigue el razonamiento hasta el final, no sólo a una sanción administrativa, sino incluso a una acción civil. Como ello es claramente contrario a la finalidad y fundamento constitucional de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, hay que entender que el Estado no ha querido desviarse de sus competencias en esta materia y, por tanto, los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación a que se refiere el artículo 19, son aquellos que derivan de la legislación estatal y tienen carácter civil, es decir, el mismo carácter que tienen las normas de los artículos 17,18 y 19 de la Ley del Suelo. Por tanto, el único requisito que se impone para autorizar escritura de declaración de obra nueva terminada en toda España es el seguro decenal establecido por la Ley 38/1.999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, que tiene el mismo fundamento constitucional, como resulta de la Disposición Final Primera de esta última Ley*».

[4] Según Delgado Juega*: 1.— La Comunidad de Madrid exige el Libro del Edificio para cualquier edificación y cualquiera que sea el promotor por lo que debe exigirse su archivo en el Registro de la Propiedad. 2.— Tratándose de edificaciones sujetas al régimen de propiedad horizontal, el Libro del Edificio tiene una doble finalidad: protección de los usuarios de la edificación e incorporación al folio de cada departamento independiente de su representación gráfica, requisito de naturaleza estrictamente registral. 3.— Cuando se trate de edificaciones declaradas por antigüedad (supuestos del artículo 28.4 del Texto Refundido de la Ley del Suelo) no es necesario el archivo. Sin embargo, si es necesario el seguro decenal salvo que hayan transcurrido más de diez años desde la recepción de la obra. El artículo 20 de la Ley de*

*Ordenación de la Edificación no establece excepción alguna para la exigencia del seguro decenal (la Resolución de 23 de octubre de 2017 confirma este criterio) 4.— Cuando se pretenda la inscripción de la obra nueva con arreglo al artículo 28.1 de la Ley del Suelo será exigible depósito a menos que por la antigüedad de la edificación no lo fuera. Tratándose de la Comunidad de Madrid se excluyen aquellas edificaciones cuyos proyectos se hayan visado antes del día 29 de agosto de 1999, fecha de entrada en vigor de la Ley 3/1999 de 17 de marzo. 5.— El hecho de que haya trascurrido el plazo de prescripción de acciones para el restablecimiento de la legalidad urbanística no excluye el archivo si la inscripción de la obra nueva pretende realizarse al amparo del artículo 28.1 del Texto Refundido de la Ley Suelo. Sólo en el supuesto en que el interesado solicite expresamente la inscripción con arreglo al artículo 28.4 se dispensará el archivo. 6.— Todo lo dicho es aplicable tanto a escrituras de declaración de obra nueva terminada como a actas de finalización de obra. 7.— Debe excluirse el archivo, con arreglo al artículo 2.2 a) de la Ley de Ordenación de la Edificación, para aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta. Debe acreditarse el primer extremo por certificación de técnico».*

[5] Así lo ha defendido García García, J. M. (1997) en: Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado. Resolución de 21 de febrero de 1995. BOE de 12 de abril de 1995, p. 1121 a 1129, diferenciando el acto jurídico de terminación de la obra nueva que, como tal, es de riguroso dominio y debe otorgarse por los dos cónyuges casados en régimen de gananciales, esté la finca inscrita a nombre de los dos, o a nombre de uno solo de ellos con carácter ganancial o para su sociedad de gananciales, o con carácter presuntivamente ganancial. O bien, por todos los comuneros, en el caso de que la finca pertenezca proindiviso a varios propietarios, por ser un acto de alteración de los del artículo 397 del CC.

[6] Marino Vila, M (2007) concluye: «*1.— El acta de depósito no se efectúa en protección de los intereses del adquirente, dada la inexistencia de éste en ese instante. Además, en el caso de autopromoción individual para uso propio no existirá adquirente. 2.— El acta de depósito implica una obligación para el promotor no establecida por norma de rango legal, no hallándose contemplada ni en el artículo 9.2 de la Ley de Ordenación de la Edificación, ni en la Ley del Suelo. 3.— La tenencia por el promotor del Libro del Edificio implica la previa recepción de la obra, dado que el acta de recepción ha de formar parte de aquél, y, asimismo, implica la previa entrega del citado Libro por el director de la obra. 4.— El único perjudicado por la falta de entrega del Libro del Edificio por el director de la obra es el propio promotor, por cuanto lo precisa para cumplir la obligación impuesta por el artículo 7.3 de la LOE. Por ello, y en virtud del artículo 6.2 del Código Civil, una declaración en el sentido expuesto equivale a su renuncia a la formalización del acta de depósito. 5.— La Ley admite la exoneración de la obligación de contratar el seguro decenal al auto promotor individual de una única vivienda para uso propio, dado la inexistencia de intereses de terceros en tanto no se efectúe una venta, por lo que igual criterio habrá de seguirse con relación a la formalización por el promotor del acta de depósito del Libro del Edificio, dado que tal acta no se establece en protección de los intereses de terceros. 6.— De la propia Resolución-Circular se deduce esta posibilidad, pues en su punto octavo dice que el notario debe hacer constar ... la existencia del Libro del Edificio y su disponibilidad para cumplir con la obligación de entrega a los futuros usuarios. Es decir, la obligación que impone al promotor el artículo 7.3 de la LOE, de la que he hablado en el apartado segundo letra b). Este punto octavo no impide que ello puede hacerse constar por manifestación del promotor, la cual habrá de considerarse sustitutiva del acta de depósito*».

[7] En este sentido, como ya dijimos en la ponencia sobre la ecoetiqueta de la finca registral dada en el IX CONAMA: « *Los ciudadanos acuden todos los días a las oficinas de los Registros en busca de información jurídica, se trata de aprovechar esa costumbre para facilitarle también la información ambiental, asociándola a la base gráfica de la finca registral, para delimitar lo más perfectamente posible el derecho de propiedad que se desarrolla sobre cada finca registral, conjugando el contenido esencial del derecho de propiedad, como derecho subjetivo privado, con su función social, que produce una ingente cantidad de información territorial sobre como los distintos propietarios han de ejercitar las facultades de su dominio».* Este argumento es perfectamente aplicable a la información sobre las características técnicas y administrativas de la edificación, que deben ser conocidas por los adquirentes para minimizar las asimetrías informativas, que generan costes de transacción y que tanto repelen a la seguridad del tráfico jurídico. Por ello, decíamos: «*la oportunidad de que sea el Registro de la Propiedad el que otorgue este sello de calidad, se explica por las siguientes razones: • Distribución geográfica de las oficinas registrales. Las oficinas registrales se encuentran diseminadas por todo el territorio nacional, con lo que suelen tener un conocimiento directo de la situación en que se encuentran las fincas registrales y las políticas territoriales que gravitan sobre ellas, siendo especialmente cercanas a la Administración local creadora de ingente información territorial que se puede asociar a las fincas registrales de su término municipal, a través de convenios de colaboración entre las mismas y los Registros de la Propiedad competentes. • Punto de encuentro entre Administración y administrados titulares de derechos de propiedad particular. El Registro de la Propiedad siempre ha sido un punto equidistante en la relación Administración-Administrado, que permite aumentar la efectividad de las políticas territoriales de la Administración, a la vez que también puede proteger al Administrado de las actuaciones arbitrarias. • Calificación registral independiente. Esa equidistancia entre Administración y Administrado tiene como arma que la garantiza, la independencia en la calificación registral de que gozan los Registradores y que es la base esencial del éxito del sistema registral español. • Posibilidad de identificar la finca físicamente, como otras administraciones, pero exclusividad en el control de la materia jurídica de la finca, determinando la seguridad del derecho. La capa de información jurídica es otra de las capas de información que puede prestarse sobre el territorio por lo que no podemos confundirlas con otras capas de información no jurídica, que pudiendo referirse al mismo sector del territorio, tienen finalidad distinta de la garantizar la seguridad jurídica inmobiliaria*». El legislador siguió este camino en la Ley 13/2015, que da nueva redacción al art. 9 de la LH, que en el segundo párrafo de su letra a) dispone: «*cuando conste acreditada, se expresará por nota al margen la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente, con expresión de la fecha a la que se refier*a». Y la DA 5ª de la citada Ley 13/2015, en su número 1 dispone: *«Los municipios, en el plazo de tres meses desde la publicación de esta Ley, pondrán a disposición de los Registradores, para su incorporación a la aplicación informática auxiliar a que se refiere el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, un acceso mediante servicio de mapas web a todos los planes urbanísticos generales y de desarrollo, debidamente georreferenciados y metadatados, así como a sus modificaciones aprobadas definitivamente y en vigor».* Es decir, el legislador opta por utilizar el Registro como oficina de difusión de aquella información administrativa que pueda delimitar el contenido esencial del derecho de propiedad inscrito, ya sea a través de la publicidad registral, cuando conste acreditada su calificación (art. 9 de la LH), ya sea mediante procedimientos tecnológicos, asociando la información gráfica a la georreferenciación de la finca, mediante la interoperabilidad de las informaciones administrativa y registral (DA 5ª de la Ley 13/2015). Con el archivo registral del Libro del Edificio todas las edificaciones nuevas

o existentes que dispongan de él, podrán difundir toda la información sobre sus características físicas y técnicas, que permitirán realizar las auditorias necesarias, pudiendo otorgarse a las que cumplan los requisitos que la Ley determine, un sello de calidad de la finca, georreferenciada de modo indubitado y con una titularidad jurídica depurada, una regularidad urbanística, una eficiencia energética y una rehabilitación planificada y ejecutada.

[8] Sobre el concepto de persona jurídica y su diferenciación con el concepto de comunidad de bienes ver De Castro Bravo, F. (1984) La persona jurídica, Civitas.

[9] Según Mateo Villa, I. (2016), op. cit., p. 185, que la inscripción se puede practicar en favor de personas físicas o jurídicas, o en favor de sujetos sin personalidad jurídica propia, o patrimonios separados, cuando sean legalmente susceptibles de ser titulares de derechos y obligaciones, tras la reforma operada en el art. 9 de la LH por la Ley 13/2015, que expresamente alude a la posibilidad de practicar anotaciones preventivas de demanda y embargo a favor de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal. Ello parece indicar que esos asientos derivan de la capacidad procesal de la misma, situándola como equivalente a un ente carente de personalidad jurídica.

[10] Contraria a ese reconocimiento de la personalidad jurídica se muestra Alonso Pérez, M. T., argumentando que no hay norma legal que la reconozca, las dificultades con las que se puede encontrar la Comunidad pueden solventarse por el régimen diseñado por el legislador de la Ley de Propiedad Horizontal, la posible inscripción de un inmueble a nombre de la Comunidad de Propietarios tiene carácter transitorio se supera si se entiende que pertenece a cada propietario en proporción a su cuota de participación; la posible celebración de contratos por parte de la comunidad de propietarios no requiere el reconocimiento de la personalidad jurídica de la comunidad de propietarios, por el régimen de adopción de los acuerdos que diseña el art. 17 de la LPH y porque «*el hecho de que se atribuya personalidad jurídica a estas asociaciones administrativas no va acompañado de la posibilidad de adoptar los acuerdos por una mayoría más reducida de copropietarios que la que contempla la LPH porque, si bien establece este precepto la posibilidad de adoptar acuerdos por mayoría simple de cuotas de participación, exceptúa tal mayoría en función de si en otras normas se establece otro quorum; esta remisión hay que entenderla hecha al artículo 17 LPH y, en consecuencia, en lo referente a la formación de la voluntad de la comunidad, ningún cambio supone este precepto porque las mayorías por las que deben adoptarse los acuerdos no sufren ninguna variación*». Además, «*el acceso a la financiación por parte de las comunidades de propietarios para facilitar la realización de obras en los edificios no se verá favorecido por el hecho de que se les reconozca personalidad jurídica porque ello no hará desaparecer el inconveniente consistente en la dificultad que tienen las comunidades de propietarios para garantizar el pago de la deuda, al no disponer normalmente de inmuebles en propiedad que puedan gravarse con hipoteca y porque, en base al régimen de responsabilidad por deudas del artículo 22 LPH, el prestamista debería dirigirse, ante la insuficiencia de fondos y créditos de los que sea titular la comunidad, contra cada copropietario obligado, con la incertidumbre que genera el variado nivel de solvencia de cada uno de ellos*».

Frente a ella, Pérez Miralles, J. A. entiende que «vista la evolución a lo largo de los años, ha sido constante la necesidad forzada de ir solucionando los problemas derivados de dicha falta de atribución a medida que se iban presentando». También Muruaga Herrero P., con cuya opinión nos alineamos, afirma: «*A lo largo de este trabajo hemos ido comentando cuáles eran los elementos que toda organización de personas debía tener para que el ordenamiento jurídico le reconociese personalidad jurídica: organización, gestión y representación mediante unos órganos, existencia de un fin u objeto lícito, capacidad para actuar y responder de sus actos, existencia de un patrimonio separado e independiente del de sus miembros e identificación en*

*el tráfico jurídico. Así, podemos afirmar que todos ellos concurren en las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal*». También Badenes Carpio recuerda que cuando el art. 13 de la LPH le confiere al presidente la representación de la comunidad, ello se hace en la siguiente perspectiva: «*1.— La representación del presidente no tiene lugar para suplir la falta de capacidad del principal, sino en beneficio de una mejor dirección de la comunidad. 2.— La actuación del presidente está sometida a la voluntad de la comunidad acordada en junta de propietarios. 3.— La gestión representativa del presidente además de venir sometida a responsabilidad, puede ser removida antes de que concluya naturalmente su mandato*».

[11] El consorcio real ha sido definido por Pérez Pérez, E. como la «*asociación de personas físicas o jurídicas, libremente creada o impuesta obligatoriamente, para la satisfacción en común de una necesidad propia de estas personas*», señalando Corral Dueñas, siguiendo a la doctrina italiana, sus características:« *i) la existencia de unos intereses comunes a un grupo de titulares de bienes inmuebles, erigiéndose tales intereses en el elemento fundamental y esencial para la posible existencia del consorcio, así como razón primordial para su creación; ii) es necesario que tales titulares sean los propietarios de bienes inmuebles o de elementos de carácter inmobiliario de manera exclusiva; iii) se requiere que todos esos titulares ostenten, al mismo tiempo, la cotitularidad de unos bienes que podrán ser utilizados por todos ellos, es decir, cuyo uso es común a todos los titulares de los bienes privativos; iv) se precisa que la existencia de los bienes de uso común sea inherente a la existencia de los bienes exclusivos de los titulares, es decir, es necesario que el destino de los bienes de uso común sea inseparable del destino de los otros bienes; y v) es necesario que se proceda a establecer entre todos los titulares unas normas que permitan la administración y gestión del consorcio que se ha creado»*.

[12] Si como decía Díez Picazo, L., la primera de las notas que debe ser predicada por cualquier organización de individuos para que se le pueda considerar persona jurídica es la existencia misma de una organización consolidada articulada mediante una serie de órganos que adopten las decisiones de gestión y representación de la organización y posean funciones propias de gobierno del ente al que pertenecen, dichas características se cumplen en la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal.

[13] Para Badenas Carpio, J. M, la representación de las comunidades de propietarios como orgánica supondría atribuir a la propiedad horizontal una situación semejante a la personalidad jurídica en tanto en cuanto las comunidades y sus representantes pueden ostentar la titularidad de derechos y obligaciones, por ello dice Magro Server, V. *«es, precisamente, esta aptitud para ser sujetos de relaciones jurídicas las que les confiere cierta personalidad*». Así, para Díez Picazo Ponce de León, L., «*se trata de una representación orgánica que debe entenderse como una representación de carácter típico, de manera que sin especiales conocimientos de los poderes o de las facultades que no constarán en ningún sitio, los terceros pueden tener la certidumbre de que tratan con la comunidad*».

[14] Como dice Pérez Miralles, J. A, el fin es un requisito fundamental y esencial, sin el cual la persona jurídica no puede existir, e inevitablemente se extingue, ya que el fin es la razón de su vida jurídica. Por ello el art. 39 del CC dispone que la personalidad jurídica se extingue cuando el fin se haya realizado o cuando sea imposible llevarlo a cabo. En nuestro caso, ello se produciría en los supuestos de extinción de la propiedad horizontal del art. 23 de la LPH.

[15] No comparte esta opinión Poveda Díaz, J., quien mantiene que la propiedad horizontal no puede poseer personalidad jurídica al carecer de un fin propio distinto de las personas que la componen y al carecer de bienes que conformen un patrimonio propio. Respecto del fin propio, considera que en la comunidad de propietarios no existe ningún fin distinto del de los propietarios «y lo único que se pretende es hacer compatible ese fin de cada partícipe, con el mismo

derecho que tienen los demás». Sin embargo, hoy no podemos mantener esta opinión, puesto que uno de los fines que tiene la comunidad de propietarios, por sí misma, es la de la adecuada conservación y rehabilitación de las instalaciones del edificio, con la consiguiente actualización del Libro del Edificio, que el propietario del elemento privativo ha de poner a disposición de los futuros adquirentes, cosa que no podrá hacer si la comunidad no actualiza su contenido. Por otro lado, en lo que respecta a la existencia de un patrimonio propio de la comunidad, también niega de manera rotunda Poveda Díaz, J., la posibilidad de que la comunidad pueda ser titular de patrimonio alguno: «Si su patrimonio viene constituido por el edificio ¿cuál es entonces el objeto del derecho de cada uno de los partícipes?». A nuestro juicio, el patrimonio de la sociedad no está formada por los elementos comunes que pertenecen en copropiedad a los titulares de los elementos privativos, pues como declaró la RDGSJFP de 3 de abril de 2018, el régimen de propiedad horizontal se caracteriza por la existencia de un único derecho de propiedad cuyo objeto es complejo: el piso, local o departamento privativo —un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente— y la participación inseparable en la titularidad de los elementos, pertenencias y servicios comunes del edificio. No se trata de dos propiedades yuxtapuestas, sino de un único derecho, de naturaleza especial y compleja. Su patrimonio está integrado por las aportaciones dinerarias de los socios, el fondo de conservación o rehabilitación, los posibles inmuebles de los que pueda ser titular y cuya enajenación puede ayudar a sufragar los costes de mantenimiento, conservación y rehabilitación y las posibles subvenciones públicas que pueda recibir.

[16] La aplicación de la teoría etológica se halla en el comportamiento repetitivo de una determinada persona. Ese comportamiento ha de cumplir unos requisitos para poder calificarlo como etológico, siendo esencial que el mismo sea susceptible de generar riqueza, que le va a dotar de una vertiente jurídico-patrimonial, a través de un proceso por el cual el sujeto desarrolla una actividad sobre determinada materia, en este caso en el uso de recursos naturales, cuyo resultado conlleve beneficios de los que debe participar el sujeto generador de la misma. Sobre el particular, ver: Vázquez ASENJO, O. G. (2023*): Régimen jurídico de las situaciones y los derechos etológicos,* Aranzadi.

[17] Así Martín Granizo, M., comentando el art. 13 de la LPH rechazaba dicha personalidad al entender: «*Las consideraciones en que nos apoyamos para rechazar la tesis de que la junta de propietarios como órgano del régimen de p. h. esté dotada de personalidad jurídica, son las siguientes: a. Las comunidades de propietarios no pueden ser incluidas en el círculo de las asociaciones, corporaciones y fundaciones, únicos entes sociales que, según el Código civil, pueden merecer la consideración de «personas jurídicas», previo el cumplimiento de los requisitos pertinentes. b. Dichas comunidades no están legalmente reconocidas. c. Les falta, por tanto, uno de los requisitos esenciales para tener «personalidad jurídica» (art. 35 del C. c). d. Carecen de verdadero «sustrato» y, por tanto, del elemento caracterizador de los entes corporativos, asociacionales y fundacionales».*

[18] Así entiende Enrich Guillén que, aunque carezcan de personalidad jurídica, la falta de reconocimiento de su capacidad de obrar impediría el fin último de esta institución y serviría de escudo frente a terceros, es decir, su falta de consideración de personalidad jurídica no la hace abstracta ni indefinida.

[19] Entre el Registro de Personas y el de Bienes es evidente, como dice De Angulo Rodríguez, J., «*que las diferencias que existen entre cada uno de ellos hace necesario mantener su diversidad, desde el punto de vista sustancial o material, pero también es patente que puede mejorarse notablemente su gestión y su eficiencia si el tratamiento de ciertos aspectos comunes a los distintos tipos de registro se realiza de forma integrada, especialmente en el ámbito*

*formal en materia de procesos —la llamada lógica de negocio que subyace en todos y cada uno de los tipos de registro— y, sobre todo, en lo referente a la aplicación de la tecnologías de la información y comunicaciones*». (op. cit. p. 130)

[20] Como dice Fernández del Pozo, L., (op. cit. p. 87) «*No se ha reparado suficientemente en que, abriendo el Registro de la Propiedad a los estatutos de la comunidad (y, como veremos, a las NRI), estamos ya, parcialmente al menos, desnaturalizando la institución (59). Al menos en parte, y de una manera imperfecta, el Registro de la Propiedad funciona como un Registro de personas. Sin entender esto se corre el riesgo de mal interpretar lo que quiere decir «oponibilidad de los estatutos a tercero». Esa oponibilidad no es la de un Registro de la Propiedad sino la propia de unos estatutos inscritos en un Registro de personas, en un Registro Mercantil, por ejemplo. Este mal entendimiento de la publicidad de los estatutos está en el origen de esa errada, y extendida, opinión de quienes sostienen que el tercero del artículo 5 LPH es el tercero hipotecario del artículo 34 LH: un tercer adquirente de derecho real que inscribe su derecho*». Por ello, defiende el autor, no solo la inscripción de los Estatutos de la Propiedad Horizontal en el Registro de la Propiedad, sino también la de las ordenanzas de régimen interno, a que se refiere el art. 6 de la LPH, cuya oponibilidad no está expresamente excluida por la Ley. Siguiendo esa línea argumental, defendemos que la constancia registral adecuada de esas ordenanzas de régimen interno es el folio auxiliar, especial electrónico, que debe abrirse como accesorio a la inscripción de la finca matriz en el Registro de la Propiedad. Con ello se garantiza la obligatoriedad y posibilidad de conocimiento de esas normas de régimen interno. Y, aunque ciertamente, rigen para una persona jurídica, lo que podría desnaturalizar el Registro de la Propiedad, que no es de personas, la pertenencia a esa hipotética persona jurídica va tan esencialmente ligada a la titularidad de una finca registral, que es elemento privativo de la propiedad horizontal, que determina que la ubicación adecuada de ese folio especial sea el Registro de la Propiedad y no otro.

[21] Como dice González Hernández, I. (2022) (op. cit. p. 364-365), «*en el orden jurídico civil, se entiende por titularidad, la cualidad predicable de casa una de las personas vinculadas a una relación jurídica como consecuencia del a atribución de las diversas situaciones de poder o deber que nacen de aquella. En el orden registral, la titularidad es la cualidad predicable del sujeto de derecho, que aparece designado en el Registro como portador de un derecho, facultad o expectativa sobre un inmueble inscrito*». Para ser titular registral se requiere, dice el autor, personalidad jurídica, conforme al art. 11 del RH y una adecuada identificación del titular registral. Ambos requisitos se cumplen, de facto, con la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal, El autor la configura como comunidad funcional, con tratamiento registral específico (p. 370), pero la seguridad jurídica sale reforzada con el reconocimiento de su personalidad jurídica, para lo que solo se requiere el reconocimiento legal.

[22] Así lo entiende Barranco Aguayo, A. M. (2024) (op. cit. p.157).

[23] Ello es consecuencia, como dice García Mayo M. del carácter complejo de que tiene la propiedad horizontal, que excede del concepto clásico de comunidad (op. cit. p. 1838).

[24] Como dice De Angulo Rodríguez J. (op. cit. p. 100): «Quizás la mayo ventaja que un sistema registral electrónico e integrado aportaría, desde el punto de vista de los costes de transacción y como consecuencia directa de la transparencia que dicho sistema electrónico integrado proyecta sobre el mercado inmobiliario, sería la de proveer de información completa, inmediata y segura a todos los agentes intervinientes —tanto desde el punto de vista de la oferta como de la demanda—, con lo que, por ejemplo, se acercaría al mercado al modelo ideal de competencia perfecta, permitiendo a todos los potenciales consumidores y oferentes de los bienes o servicios, objeto de mercado —incluidos, por supuesto, los financieros colaterales—

alcanzar un conocimiento completo y seguro acerca de las condiciones en que la totalidad de los demás agentes intervinientes en el mismo mercado». Finalidad que es la que, precisamente se persigue con el archivo registral del Libro del Edificio, la eliminación de la asimetría informativa respecto a las características técnicas del objeto del derecho y de las normas que regulan la vida de la comunidad y el uso de los elementos comunes y servicios, es decir, los Estatutos y las Ordenanza de Régimen Interno.

[25] Como dice Roca Sastre, J. L., este sistema de pluralidad de folios registrales supone que se abra: por una parte, un folio principal o matriz, referido a la finca en su conjunto, en el que se dará publicidad a las distintas vicisitudes de la misma; por otra parte, folios filiales para cada elemento que compone la finca global y que son considerados como fincas independientes, reflejándose en estos otros folios el historial jurídico particular de cada una de estas fincas. La apertura de un folio electrónico especial para la comunidad de propietarios se haría para completar y ordenar la información del folio registral de la finca matriz, relativa a la propiedad horizontal y a la comunidad de propietarios que la gestiona, donde constarán todas las vicisitudes relativas a la misma.

*Trabajo recibido el 14 de septiembre de 2024 y aceptado para su publicación el 18 de noviembre de 2024*

# Protección de datos y registro de la propiedad: tanto monta, monta tanto

# *Data protection and land registration so much, so much*

por
MIGUEL GÓMEZ PERALS
*Profesor de Derecho Civil*
*Universidad de La Laguna*

RESUMEN: Este estudio pretende comparar la normativa hipotecaria y protectora de datos personales (de sus conceptos y principios). Es necesaria la (protectora) aprobación de una normativa positiva sustantiva que posibilite una profunda y efectiva coordinación entre ellas. Debe regular las formas de publicidad y los tipos de datos a publicar, para no infringir la normativa europea.

El Registro de la propiedad debe combinar su función social de publicidad inmobiliaria con la protección de los datos personales, teniendo presente las nuevas tecnologías (*big data*, inteligencia artificial).

Aunque muchos datos personales (sexo, capacidad) no son estrictamente necesarios para la publicidad de terceros, son útiles para la labor previa de calificación registral. Los títulos para justificar el tratamiento de estos datos son el consentimiento del titular y el cumplimiento de una misión de interés público por el Registro.

Las formas de publicidad más frecuentes (nota simple y certificación registral) se realizan con medios electrónicos (web institucional, e-mail) y exigen la interoperabilidad entre oficinas públicas (registros, notarias, tribunales, administración pública).

https://doi.org/10.36151/rcdi.2025.806.02 

El solicitante de información registral necesita un interés legítimo, directo y patrimonial. Estas cuestiones son extensibles a otros Registros (Mercantil, Bienes muebles, Civil, etc) y también produce conflictos entre particulares. Debe evitarse la comercialización para un mercado de datos paralelo y controlarse el acceso masivo por colectivos profesionales interesados (entidades financieras, periodistas, detectives, gestores inmobiliarios,…).

En definitiva, es muy deseable el equilibrio entre la seguridad jurídica inmobiliaria y la privacidad de los titulares de datos personales y por ello su regulación positiva próxima.

*ABSTRACT: This study aims to compare mortgage law and personal data protection law (of their concepts and principles). A substantive positive regulation is needed to enable a profound and effective coordination between them. It should regulate the forms of publicity and the types of data to be published, so as not to infringe European regulations.*

*The Land Registry should combine its social function of publicising real estate with the protection of personal data, bearing in mind new technologies (big data, artificial intelligence).*

*Although many personal data (sex, capacity) are not strictly necessary for the publicity of third parties, they are useful for the prior work of registry qualification. The grounds for justifying the processing of these data are the consent of the data subject and the fulfilment of a public interest mission by the Registry.*

*The most frequent forms of publicity (simple note and registry certification) are carried out by electronic means (institutional website, e-mail) and require interoperability between public offices (registers, notaries, courts, public administration).*

*The applicant for registry information needs a legitimate, direct and patrimonial interest of the applicant. These issues can be extended to other registers (Mercantile, Movable Property, Civil, etc.) and also lead to conflicts between private individuals.*

*In short, a balance between legal certainty in real estate and the privacy of personal data subjects is highly desirable.*

PALABRAS CLAVE: Publicidad inmobiliaria, datos personales, protección de intimidad.

*KEY WORDS: Real estate publishing, personal data, privacy protection*

*SUMARIO:* I. ESTADO DE LA CUESTIÓN.—II. APLICACIÓN DE LOS CONCEPTOS Y PRINCIPIOS DE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS A LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA.—III. DATOS PERSONALES EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—IV. BASES DE LEGITIMACIÓN DEL TRATAMIENTO DE DATOS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—V. FORMAS DE PUBLICIDAD EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—VI. EL REQUISITO PARA SOLICITAR INFORMACIÓN REGISTRAL: EL INTERÉS CONOCIDO.—VII. CRITERIOS PARA LA PROTECCIÓN DE DATOS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: EL JUICIO DE PONDERACIÓN.—VIII. TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES EN OTROS REGISTROS. EN ESPECIAL EL REGISTRO MERCANTIL Y CIVIL.—IX. CONCLUSIONES.—X. BIBLIOGRAFÍA

## I. ESTADO DE LA CUESTIÓN

La función social de publicidad formal inmobiliaria pudo coordinarse desde un principio con la defensa de la privacidad del titular registral mediante la exigencia de un interés conocido en el consultante. Pero el último reto está siendo la informatización exigida por el avance tecnológico y el desarrollo de la inteligencia artificial, entre otros factores (MARTINEZ DE LA CUEVA, 2021, 1).

El Registro de la Propiedad habrá de seguir cumpliendo su misión originaria[1] reforzando también la protección de los datos de las personas que figuran en sus folios. Y la tarea urge, pues supone un imperativo constitucional y del Derecho de la Unión Europea tras la aprobación de la normativa básica en estas materias (RAGA SASTRE, 2019, 278)[2].

En el ámbito registral es preciso replantear un sistema de publicidad, anticuado en su diseño legal, porque no responde ni a la realidad tecnológica actual, ni a los potenciales riesgos, en especial respecto a la protección de derechos o intereses cuya emergencia ha sido muy posterior a la creación del Registro (ROCA TRIAS, 2016,15)[3]. Por ello, la informatización tiene una doble vertiente, interior (funcionamiento y libros registrales) y exterior (protección de datos) (GUICHOT REINA, 2016, 1890)[4].

Varios factores concurren en este escenario. Por una parte, la ingente información personal que consta en los Registros de la Propiedad y la enorme variedad de fines para los que se la recaba por particulares y autoridades (VIVAS TESON, 2018, 129)[5]; por otra, la creciente conciencia social respecto del derecho a la autodeterminación informativa y los que derivan de su tratamiento,

reflejo de la trascendencia para la libertad individual y la democracia (ROCA TRÍAS, 2016, 18)[6].

También destaca dicho autor el roce —incluso el choque— entre los derechos a la intimidad (principalmente) y el principio de publicidad[7]. Por su parte, VIVAS TESÓN (2018, 139) considera que la función registral de publicidad no convierte al Registro en una fuente de información de acceso público como pueda serlo, vg, el Boletín Oficial del Estado[8].

La propia legislación española de protección de datos, en la Ley de 1992 excluía implícitamente de su ámbito de aplicación a los Registros de la Propiedad. Pero al transponer la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (ya derogada), la LOPD de 1992 amplió su ámbito de aplicación a algunos archivos públicos (los tratamientos y ficheros no automatizados, *ex* art. 2.1; GÓMEZ GÁLLIGO, 2009, 3540).

Dicha exclusión se compensaba con la adopción de una serie de Protocolos entre el Colegio de Registradores y la Agencia Española de Protección de Datos[9] que potenciaban la publicidad económica o patrimonial pero estableciendo ciertas restricciones a la petición masiva de datos o a la relativa a todo el patrimonio de determinadas personas físicas; así como numerosas resoluciones, circulares e Instrucciones de la hoy DGSJFP extractadas útilmente por GÓMEZ GÁLLIGO (2009, 35350)[10].

Según dicho autor, en esa línea continuó la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre sobre esta misma materia que admitió implícitamente (no los excluye tácitamente su art. 2.2) tales Registros, lo que supone su sujeción a la normativa protectora de datos[11].

Actualmente según el art. 2.3 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (en adelante LOPD 2018), "los tratamientos a los que no sea directamente aplicable el Reglamento (UE) 2016/679[12] por afectar a actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea, se regirán por lo dispuesto en su legislación específica si la hubiere y supletoriamente por lo establecido en el citado reglamento y en la presente ley orgánica[13].

Sin embargo, las tornas se invierten en la práctica, porque la escasa o nula regulación "específica" de la materia de protección de datos en el ámbito registral obliga a tener muy en cuenta, con preferencia, dicha normativa "supletoria", la de protección de datos; es decir en la práctica la normativa subsidiaria se convierte en principal (HERRERO OVIEDO, 2021)[14].

En este sentido, se pronuncia el *Manual de protección de datos,* pues tras reconocer que los derechos fundamentales de los ciudadanos son del máximo interés comunitario, el legislador comunitario ha optado por ceder cortésmente su regulación al legislador estatal del territorio del Registro[15].

Además se presenta cierta anomalía respecto de la jerarquía normativa pues del contraste de los arts. 81 y 53 CE resulta inapropiada la regulación de un derecho fundamental (como el de la protección de datos) por ley ordinaria. Por otra parte no es admisible una remisión en bloque de la LOPD al RUEPD pues en todo caso lo que autoriza el Considerando 8 de éste es a remisiones parciales (DOMÍNGUEZ CALATAYUD (2021)[16].

En cualquier caso, la regulación registral no puede considerarse una excepción de la LOPD, pues el derecho fundamental a la protección de datos no tiene excepciones. En realidad, no se trata de exceptuar, sino de compatibilizar armónicamente una y otra normativa ponderando los derechos concurrentes (intimidad, protección de datos, información veraz, tutela judicial efectiva, etc.)[17]. De ahí el compromiso corporativo de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles con el cumplimiento del Reglamento General de Protección de Datos[18].

Por todo ello parece justificado el interés del estudio de esta materia para una aplicación sistemática y coherente entre ambos sectores (Protección de datos y Registro de la Propiedad), partiendo de que sus respectivos principios inspiradores y conceptos estén al menos coordinados, sin perjuicio de su respectiva especificidad sectorial.

## II. APLICACIÓN DE LOS CONCEPTOS Y PRINCIOS DE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS A LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA

Lo que ocurre es que la publicidad inmobiliaria relativa en principio a datos jurídicos reales comporta con frecuencia inexorablemente la publicidad de datos de carácter personal de los titulares de las fincas. Así, podemos ir destacando las circunstancias de los asientos que afectan más directamente a los datos personales y posteriormente determinar cuáles deben incorporarse a las notas simples y certificaciones expedidas.

En el primer aspecto, el acceso de los propios datos al Registro, de forma general se reconoce en el art. 9 LH ya que los asientos del Registro contendrán la expresión de las circunstancias relativas al sujeto[19], objeto y contenido de los derechos inscribibles.

Para un análisis más detallado seguiremos el tenor del art. 51 RH. Regla Novena.— La persona a cuyo favor se practique la inscripción y aquélla de quien

proceda el bien o derecho que se inscriba se determinarán conforme a las siguientes normas:

a) Si se trata de personas físicas, se expresarán el nombre y apellidos; el documento nacional de identidad; si es mayor de edad o, en otro caso, la edad que tuviera, precisando, de estar emancipado, la causa; si el sujeto es soltero, casado, viudo, separado o divorciado y, de ser casado y afectar el acto o contrato que se inscriba a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, el régimen económico matrimonial y el nombre y apellidos y domicilio del otro cónyuge; la nacionalidad y la vecindad civil del sujeto si se acreditan o manifiestan; y el domicilio con las circunstancias que lo concreten.

GÓMEZ GÁLLIGO (2009, 3538) señala algunos datos personales (relativos al titular registral) que no interesan directamente a la publicidad inmobiliaria: datos identificativos (nombre y apellidos, NIF/DNI), fecha y lugar de nacimiento, edad, nacionalidad, filiación, domicilio (salvo a efectos de notificación), estado civil, incluso algunos datos que pueden reflejar directa o indirectamente una situación de vulnerabilidad[20]. La Circular 1/2003, sobre el modo de expedir la publicidad formal y otros autores, como MARTÍNEZ GARCÍA y MIQUEL LASSO DE LA VEGA (2021, 469) matizan esta delicada cuestión[21].

Los autores siguen concretando situaciones que no parecen ser de adecuada publicidad, como el objeto de las anotaciones preventivas (vg., en la de querella no es necesario indicar el delito), o algunos asientos caducados (anotaciones de embargo por impagos ya atendidos, GÓMEZ GÁLLIGO, 2009, 3538; MARTINEZ ESCRIBANO, 2020, 6), o el contenido del Libro de *incapacitados* (útiles solo a efectos de calificar los actos dispositivos del titular)[22].

El registrador facilitará dicha información con más frecuencia en los supuestos de solicitudes en virtud de mandamiento judicial, peticiones de la Administración o de funcionarios en el ejercicio de sus competencias, que en el caso de particulares, dando la posibilidad del recurso pertinente al solicitante (conforme al art. 228 LH)[23].

VIVAS TESÓN (2018, 134) advierte que el Registro de la Propiedad, en cuanto registro de títulos necesita comprobar la validez de las operaciones inmobiliarias inscritas; además tienen entrada numerosos datos netamente personales sin consentimiento del titular de los mismos (como, v.g., los identificativos del cónyuge del adquirente de los que puede deducirse su orientación sexual —hetero u homosexual— y es más propio del Registro civil, o de un representante legal indicativa del ejercicio de su capacidad jurídica e indirectamente de su salud física y especialmente mental del mayor de edad). Sin embargo, al contenerse en el documento que accede al Registro, obran también en los folios registrales. En puridad, el consentimiento a la recogida y tratamiento de datos de quien acude

al Registro para ingresarlos en sus ficheros solo es válido respecto a la persona que consiente y a cuyo favor se practica el asiento, pero no para el tratamiento y cesión de la información personal a un tercero, salvo que se acredite que se cuenta con su consentimiento inequívoco o el de su representante (v. gr., en caso del ausente ex art. 89 RH los documentos deberán otorgarse por el representante nombrado al efecto)[24].

Respecto al domicilio, téngase en cuenta que la letra e) de esta Regla Novena precisa: "En cualquier momento, el titular inscrito podrá instar directamente del registrador que por nota marginal se hagan constar las circunstancias de un domicilio a efectos de recibir comunicaciones relativas al derecho inscrito"[25].

Mención especial merece el dato del domicilio del titular registral. No parece que la regla general sea su inclusión en dicha notas, al no estar previsto expresamente entre los datos aludidos por los arts. 222.5 LH ni 332.5 RH, salvo la previsión de librarse nota simple relativa a determinados extremos solicitados por el interesado (222.5 in fine)[26].

Por el contrario, parece que este dato deberá constar en la información solicitada por las autoridades judiciales y administrativas, pudiendo resultar la negativa registral, en el primer caso al menos, contraria a lo dispuesto en el artículo 118 CE (deber de colaboración con la Justicia) con la advertencia recomendable de que el (domicilio) indicado puede no coincidir con el actual del titular (vg. cuando se trata solo de un domicilio a los meros efectos de recibir comunicaciones relativas al derecho inscrito, MARTÍNEZ GARCÍA y MIQUEL LASSO DE LA VEGA,2021, 468)[27].

c) Se expresarán también, en su caso, las circunstancias de la representación legal o voluntaria, las personales que identifiquen al representante, el poder o nombramiento que confieran la representación y, cuando proceda, su inscripción en el Registro correspondiente.

d) Cuando las circunstancias de la persona constaren en otro asiento del mismo folio registral, podrá consignarse en el nuevo asiento sólo el nombre y apellidos si se trata de persona física … y, … la referencia, para las demás circunstancias, al asiento anterior, expresando las variaciones que resulten de los documentos presentados.

Como vemos, la regulación hipotecaria también prevé la actualización de tales datos. Se trata, por tanto, de un arrastre de datos personales, con posibilidad de constancia de su variación, similar al previsto respecto de los datos estrictamente jurídico-reales.

Pero incluso en la solicitud de publicidad con carácter literal dicha información debe excluirse en determinados supuestos en aras de la protección de la seguridad e integridad de las personas o los bienes (ex art. 222.11 LH) (VIVAS TESÓN, 2018, 153)[28].

ROCA TRIAS (2016, 26) respecto de la información patrimonial y la protección de dicha integridad personal, menciona dos ejemplos: el de un ministro o posibles víctimas de terrorismo[29], y el de mujer víctima de violencia de género; supuestos susceptibles de una amplia extensión a otros similares[30].

Examinados los datos más relevantes a efectos del Registro de la Propiedad, trataremos de aplicar el filtro de los principios de la protección de datos a la función registral. Así, con referencia al RUEPD (arts. 5 y concordantes) los datos deben ser tratados conforme a los siguientes principios y criterios:

a) "licitud, lealtad y transparencia en relación con el interesado".

b) "limitación de la finalidad": (los datos han de ser) recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con ellos, salvo con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos)[31];

c) "minimización de datos" (adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados): los datos que se inscriban en el registro deben ser los estrictamente necesarios para cumplir la finalidad registral, no siendo posible inscribir datos que no guarden relación con el objeto de la inscripción ni con lo prescrito en la propia legislación registral. Es evidente que ante esta situación es ejercitable el derecho de supresión (aún parcial) por parte del titular de los datos (art. 15 LOPD, en relación al art. 17 RUEPD). A este respecto es esencial el principio de proporcionalidad[32] entre datos inscribibles y publicables (VIVAS TESÓN, 2018, 152 y MANRIQUE PLAZA, 2010)[33].

Según VIVAS TESÓN (2018, 152 nota 84) en el Registro de la Propiedad encontramos, con frecuencia, datos personales que no pueden ser revelados a terceros sin consentimiento del afectado (preferimos no calificarlos de "sensibles" o especialmente protegidos para diferenciarlos de los contemplados propiamente como tales por el art. 9 RUEPD, es decir, los relativos a la ideología, religión, creencias, afiliación sindical, vida sexual, origen racial o étnico y salud), datos que por regla general no se han recogido en estos Registros, sin perjuicio de su futura posibilidad. Sí es el caso de otra información como el estado civil de emancipación o la obtenida indirectamente, como el origen étnico o racial derivado de su nombre y apellidos, o la afinidad política o sindical del representante de una determinada asociación o fundación (art. 9.2, letra d).

d) "exactitud"; actualizados: se adoptarán todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen sin dilación los datos personales que sean inexactos con respecto a los fines para los que se tratan. A nuestros efectos nos interesa aludir a la posible inimputabilidad de la inexactitud al responsable del tratamiento[34] y a la potestad de verificación de las Administraciones Públicas respecto de los datos personales que obren ya en su poder[35].

Sobre la actualización de datos debe tenerse en cuenta lo previsto respecto a la actualización de libros en el art. 248 LH y concordantes del RH, con especial referencia a la presentación telemática y libros auxiliares (vg. de Entrada) y cuya redacción se ha simplificado extraordinariamente con la nueva Ley 11/2023, de 8 de mayo. En todo caso se trata de una aplicación concreta del derecho de rectificación que ostenta el titular de los datos (art. 14 LOPD, en relación con art. 16 RUEPD).

e) "limitación del plazo de conservación" (durante no más tiempo del necesario o por periodos más largos siempre que se traten exclusivamente con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1).

A nuestros efectos, tal plazo de conservación de los datos vendrá determinado por el plazo legal de conservación de los documentos que los contienen. Como la normativa de protección de datos no establece plazos de vigencia concretos deberá atenderse a la finalidad para la cual fueron recabados tales datos, conforme a la normativa sectorial aplicable (vg. cartas de pago de diferentes impuestos) y a los periodos propuestos por el CORPME, sin perjuicio de la decisión del registrador. Un criterio de conservación mínimo por razón de la protección de datos pudiera ser el de tres años (salvo que en el caso se indique un plazo inferior) por ser el plazo máximo de prescripción de las sanciones en esta materia (art. 78 LOPD), sin perjuicio de las posibles responsabilidades que nacieran de dichos documentos[36].

Respecto de las solicitudes de publicidad formal registral, el plazo será de 3 años (según la Norma 6ª de la Instrucción de 17.2.98); para duplicados de certificaciones y notas simples expedidas a particulares, 5 años, (*ex* art. 1964 Cc, por remisión del art. 311 LH),…[37].

f) integridad y confidencialidad: seguridad adecuada de los datos personales, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental, mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas apropiadas[38].

Respecto de todos estos principios se preceptúa una responsabilidad proactiva, es decir, la aptitud del responsable de demostrar el cumplimiento de estos principios (art. 5.2 RUEPD como señala GIL GONZÁLEZ, 2022, 221)[39].

En definitiva, es respecto al principio de minimización de datos (art. 5.1,c RUEPD) donde se plantea la cuestión de si todos los datos personales que acceden al Registro son necesarios; En opinión de algunos autores son demasiados En congruencia con ello, y como conclusión provisional, no deben recabarse más datos personales de los necesarios para los fines registrales (VIVAS TESÓN, 2018, 152; GUICHOT REINA, 2006,1876, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, 2020, 5)[40].

## III. DATOS PERSONALES EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Sin perjuicio de la remisión respecto de la definición de datos personales[41] y datos no personales[42] a su respectiva normativa, la doctrina considera que los datos contenidos en el Registro de la Propiedad quedan sujetos al régimen de protección de datos porque aunque básicamente referidos —por su propia finalidad— a información jurídica inmobiliaria, están asociados a una persona (normalmente el titular del derecho o gravamen) y, por tanto, constituyen datos personales, al menos en un sentido amplio (y necesariamente, *a fortiori*, cuando aluden a una acepción estricta, es decir, a datos especialmente sensibles) (GUICHOT REINA, 2006, 1869 y ROCA TRÍAS, 2016, 24)[43]. De esta manera solo despersonalizados, técnicamente, "seudonimización*"* (vid. su definición legal en art. 4.5 RUEPD, vg., a fines estadísticos), dejarían de tener tal carácter de personales. Según MARTÍNEZ ESCRIBANO (2020, 6) son datos personales "en función de las circunstancias": los relativos a la propiedad, en el caso de referirse al patrimonio inmobiliario de una persona, su capacidad económica, su nivel de endeudamiento; en concreto, si tiene deudas garantizadas con hipoteca, el título por el que ha adquirido un bien (ex art. 51 regla novena RH), porque ello revela, por ejemplo, si ha habido una donación, o si alguien ha instituido heredero a otra persona[44].

En el mismo sentido VIVAS TESÓN (2018, 137)[45], en relación a los que denomina "datos personales de contenido patrimonial" (incluidos los relativos a su identidad económica) considera que muchos de los datos que contienen los asientos son personales (de la persona física)[46], según el concepto amplio de los mismos utilizado por nuestro Tribunal Constitucional, y cita su Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, en su FJ 6º [47].

Precisamente la distinción entre datos personales en sentido amplio y estricto está fundada en la diferencia entre privacidad e intimidad. En esencia, la privacidad es más amplia que la intimidad, porque aquélla incluye todas las facetas de una persona, mientras que la intimidad se refiere al núcleo más privado de la persona[48] (ROCA TRÍAS, 2016, 19; con más precisión GIMENO SENDRA, 1999, 776).

En definitiva, la jurisprudencia del TEDH rechaza una interpretación restrictiva del término "vida privada" del art. 8 CEDH a efectos de la protección de datos (MARTÍNEZ ESCRIBANO, 2020, 7)[49].

En relación al Catastro, mientras la legislación hipotecaria se limita a una remisión a la normativa de protección de datos sin concretar cuáles son los datos protegidos cuya comunicación a terceros requiere el consentimiento del afectado, en materia catastral, sí se produce esa determinación (VIVAS TESÓN, 2018, 138)[50], sin perjuicio de la homologación de la plataforma de intercambio de in-

formación con el Catastro por RDGRN de 2 de agosto de 2016. En el apartado Primero de esta disposición se preveía que deberán declararse a dicha Agencia (AEPD) los correspondientes ficheros para la gestión del IDUFIR. En efecto, el número de finca es considerado como dato de carácter personal según la propia la AEPD, no solo por su inclusión en el tenor del art. 4.a RUEPD sino en coherencia con el art. 8 LH: "*Cada finca tendrá desde que se inscriba por primera vez un número diferente y correlativo"* [51].

Respecto de los denominados datos sensibles ya contemplados en el citado art. 51.9 RH, MARTÍNEZ ESCRIBANO (2020,5) considera que estos datos deberían quedar englobados en alguna de las categorías especiales de datos personales, contempladas en el art. 9 RUEPD, que restringe su tratamiento si bien con ciertas excepciones, que no son frecuentes en el ámbito registral, vg, interés vital del interesado (letra c), interés público esencial (letra g), sanitario (letra i) o laboral (letra h)[52].

Incide en este tema una cuestión de rango legal quizá explicable porque tanto la Ley Hipotecaria como el Reglamento Hipotecario son muy anteriores a la normativa sobre protección de datos. Reconoce que el problema es que curiosamente la norma que indica la necesidad de incluir tales datos en la inscripción no es la Ley Hipotecaria, sino su reglamento, por lo que es necesaria una elevación a rango legal, además de establecer, como indica el art. 9.2 LOPD, requisitos adicionales relativos a su seguridad y confidencialidad (MARTÍNEZ ESCRIBANO, 2020, 10, con remisión a VIVAS TESÓN, 2018, 126)[53].

La preocupación que siempre se ha mostrado en sede registral en relación con la materia de protección de datos se ha orientado principalmente a la dimensión práctica, aunque no se haya conseguido trasladar todavía al plano legislativo más allá de referencias puntuales.

Continuando con la aplicación de los conceptos de la protección de datos al ámbito registral, la doctrina también coincide en considerar al propio Registro de la Propiedad como un "archivo o fichero", con independencia de su estructuración con arreglo al criterio de folio real, y no personal, como el Registro Mercantil, o más claramente el Civil (ROCA TRÍAS, 16 y 17 que se remite a DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN 1995, 299; VIVAS TESON, 2018, 130 y GUICHOT REINA, 2006, 1883)[54].

También hay consenso en la doctrina respecto a considerar tratamiento de datos, entre otras operaciones, tanto la práctica de asientos registrales como la posterior publicidad de los mismos[55]. En cuanto al almacenamiento de información registral de carácter público a través de servicios de *cloud computing*, normalmente se desaconseja su contratación por su frecuente exposición a riesgos adicionales[56].

Entre los tratamientos llevados a cabo en el Registro de la Propiedad hay que diferenciar entre los de carácter *público y privado*. Se entiende por públicos

los efectuados en base al ejercicio de las potestades públicas del registrador. Los segundos, en cambio, están referidos a la gestión privada e interna del propio Registro y para los cuales la aplicación del RGPD es directa y plena[57]. Ello sin perjuicio de la consideración del Registro de la Propiedad como Administración Pública a efectos del establecimiento de sanciones por parte de la AEPD[58].

Respecto a los sujetos intervinientes, destaca *el Registrador de la propiedad como responsable del tratamiento*. Así se desprende del art. 222.6 LH: "Los Registradores, al calificar el contenido de los asientos registrales, informarán y velarán por el cumplimiento de las normas aplicables sobre la protección de datos de carácter personal", y del art. 274 LH: "Cada Registro de la propiedad estará a cargo de un Registrador,… Los Registradores de la Propiedad tienen el carácter de funcionarios públicos para todos los efectos legales"[59].

Por su parte GUICHOT REINA (2006, 1886) parece partir del concepto de *usuario* para referirlo al personal dependiente del responsable del fichero (registrador) y que realiza el tratamiento por cuenta de éste y bajo su organización; diferente del concepto de *tercero interesado*, sujeto ajeno al ámbito de dependencia del registrador y que solicita información registral por los medios admitidos al efecto (VIVAS TESÓN, 2018,132 y MARTINEZ ESCRIBANO, 2020, 8)[60].

En concreto y según se indica en la información sobre política de privacidad del CORPME[61] respecto al tratamiento de datos, éste Centro será responsable y encargado (excepto en los casos en los que se indique otro responsable) en especial, del fichero automatizado *Servicio de Sistemas de Información — Seguridad Informática.* La base jurídica del tratamiento es la suscripción por parte del usuario un contrato de servicios (consentimiento, que se presume por la mera solicitud de los servicios). De manera general se ampara en la solicitud por parte del Usuario de los servicios puestos a disposición a través de la Web o, en su caso, en el consentimiento que se le solicite para finalidades determinadas, y que podrá retirar en cualquier momento.

Los usos y fines concretos del tratamiento son la gestión de usuarios que soliciten servicios registrales a través de Internet o servicios de certificación prestados por el CORPME y la correspondiente facturación para su pago. Transcribimos algunos de sus párrafos:

"Tales datos (mínimos pero incluida la dirección IP del usuario) serán comunicados a los Registradores para la prestación de dichos servicios registrales solicitados, y en su caso al Registro Mercantil Central, así como a la Agencia Estatal de Administración Tributaria y otras Administraciones Públicas".

(En principio) los datos personales facilitados por el usuario no serán comunicados a terceros, salvo que ello sea necesario para la prestación de los servicios solicitados o cuando el usuario hubiera aceptado expresamente su comunicación.

En ambos supuestos, el Usuario será debidamente informado de dicha posibilidad antes de proceder a la comunicación de sus datos personales.

El Usuario garantiza que los datos facilitados son ciertos, haciéndose expresamente responsable de las posibles consecuencias que tuvieran causa en la falsedad de dicha información (será diferente la mera inexactitud); mientras el usuario no cancele expresamente sus datos personales se entenderá que están vigentes. (En su propia protección) se le informa que no debe proporcionar datos personales que no sean solicitados o no sean relevantes para las finalidades de los servicios previstos, no haciéndose el CORPME responsable de cualquier dato excesivo o no relevante al objeto del servicio. (Lógicamente) la negativa a facilitar los datos marcados como obligatorios impedirá la contratación de los servicios; son los datos mínimos obligatorios, que son los estrictamente necesarios para poder cumplir con las finalidades antes mencionadas, en especial con la identificación del usuario y apreciación de su interés legítimo para el acceso a la información, así como para la facturación de los servicios".

El usuario deberá proporcionar su número de tarjeta con la finalidad de poder proceder a prestar los servicios solicitados (y se le comunica que) este dato se transmite directamente al proveedor de pasarela de pagos *Ingenico eCommerce Solutions* que es quien procede al almacenamiento seguro.

CORPME ha adoptado las medidas técnicas y organizativas necesarias para garantizar la confidencialidad, seguridad e integridad de los datos personales facilitados, así como para evitar su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizados, de acuerdo con el nivel de protección acorde a la legislación de protección de datos".

Se indica el contacto para el ejercicio de los derechos de protección de datos (referidos con el acrónimo ARCOPOL) y con el delegado de Protección de Datos del CORPME (dpo@corpme.es) sin perjuicio de la posible reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos.

## IV. BASES DE LEGITIMACIÓN DEL TRATAMIENTO DE DATOS EN EL REGISTRO

Respecto a las bases de la licitud de ese tratamiento, revisando el listado de causas de legitimación ("condiciones" de tal licitud, ex art. 6.1 RUEPD) vemos que los categorías más próximas a nuestro ámbito son los apartados a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos; y el apartado e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento.

Respecto de la letra e) la admisión de este criterio dependerá de la asimilación del Registro de la Propiedad como parte de Administración pública, pudiendo responder afirmativamente, al menos en el ámbito de su función registral[62].

Respecto de la letra c), la referida obligación legal aplicable al responsable del tratamiento, con apoyo constitucional es la seguridad jurídica inmobiliaria, como concreción de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Se alude a una ley que podrá determinar las condiciones generales y especiales del tratamiento, los tipos de datos objeto del mismo así como las cesiones que procedan y las medidas adicionales de seguridad u otras establecidas en el capítulo IV del Reglamento (UE) 2016/679 (Responsable y encargado del tratamiento)

No obstante, los diversos criterios de licitud pueden considerarse aplicables a diferentes supuestos registrales[63], es decir, no son excluyentes. Con la seguridad jurídica inmobiliaria pueden concurrir circunstancialmente otros títulos previstos en el art. 6 RUEPD, como el de la letra b (*ejecución de un contrato en el que el interesado es parte* (vg. inscripción de hipoteca); o quizá más tangencialmente, letra f (el tratamiento necesario para la satisfacción de intereses legítimos, con cierta restricción)[64].

Nos centraremos en del tratamiento basado en el consentimiento del afectado. El art. 6 LOPD exige, por su parte, una manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que aquél acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa (no es necesario que sea verbal o por escrito), el tratamiento de datos personales que le conciernen. Además, en caso de pluralidad de finalidades de tratamiento, debe constar de manera específica e inequívoca que dicho consentimiento se otorga para todas ellas (núms. 1 y 2)[65].

Dicho consentimiento del titular (de los datos) se prevé en el art. 7 RUEPD. Después de apelar al principio de proactividad del responsable (apdo. 1) y a la limitación a la finalidad del tratamiento (apdo. 2) se alude a la posibilidad del titular de retirar dicho consentimiento en cualquier momento (apdo. 3). En nuestro caso podemos referirnos al consentimiento prestado para la práctica de la inscripción. El art. 250.1 pfo 3 (tras la reforma de 2023) es tajante en ambos sentidos: "Presentado un título se presumirá la solicitud de inscripción de todo el documento salvo desistimiento o solicitud de inscripción parcial del interesado o su representante o de la autoridad presentante".

Por el contrario, en materia registral la retirada de dicho consentimiento se relaciona con el desistimiento de la inscripción. Al respecto dicho art. 7 (transcrito en cursiva en lo que interesa) matiza: *la retirada del consentimiento no afectará a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento previo a su retirada.* Por tanto, la retirada no tiene efectos retroactivos; por eso quizá el Registrador debe guardar traza de los consentimientos obtenidos y en su caso, de las solicitudes y correspondientes concesiones de revocación. Y continúa: *Antes de dar*

*su consentimiento, el interesado será informado de ello. Será tan fácil retirar el consentimiento como darlo* (entendemos, por su sencillez y gratuidad).

Lógicamente, se tratará de un supuesto de revocación si la base del tratamiento ha sido el consentimiento previo, pero no en otro caso que se corresponde más propiamente a un caso de oposición al tratamiento.

En efecto, según el art. 433 RH, durante la vigencia del asiento de presentación, el presentante o los interesados podrán desistir, total o parcialmente, de su solicitud de inscripción, debiendo constar por nota al margen del asiento de presentación correspondiente. Dicho desistimiento podrá admitirse, salvo perjuicio de tercero; tratándose de documentos judiciales o administrativos, el desistimiento deberá ser decretado o solicitado por la Autoridad que los expidió[66].

Por su parte, según el nuevo art. 250 LH (tras Ley 11/2023), respecto de los documentos presentados de forma electrónica, bastará para considerarlos retirados, si no hubieran sido despachados, la firma y remisión del formulario electrónico de solicitud de devolución que estará disponible en la sede electrónica del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España (250.1 pfo 2º LH) confirmando la dicción del RH (250.2 LH).

Sin embargo, en este punto la doctrina está dividida. Unos son partidarios del fundamento del consentimiento (art. 6.1.a. RUEPD), pues parece claro que el consentimiento del interesado se desprende de acudir al Registro solicitando que se practique la inscripción; consentimiento no solo al tratamiento de datos sino a su publicidad como es connatural a dicha institución[67].

Aceptando el consentimiento, VIVAS TESÓN (2018, 133) matiza la conveniencia de que el notario, al autorizar una escritura pública cuyo contenido resulte inscribible, informe de que la mera intervención de la persona en el documento conlleva su consentimiento implícito para que cualquiera de los legitimados solicite su acceso al Registro como es práctica habitual en nuestro sistema y suele preverse tal inscripción en el mismo otorgamiento de la escritura[68].

Para otros autores el consentimiento del interesado no permite cubrir todos los supuestos. Al menos algunos parecen claramente excluidos o excluibles. Para MARTÍNEZ ESCRIBANO (2020,9) es evidente que el consentimiento de la parte del contrato que solicita la inscripción no alcanza —no necesariamente al menos— a la otra parte contratante, cuyos datos personales inevitablemente también accederán al Registro o los del cónyuge del titular registral (en algunos regímenes matrimoniales el acto dispositivo requiere el consentimiento de ambos cónyuges, no así en otros)[69].

Al menos respecto del titular inscrito, coincido plenamente con esta autora en que recabar un nuevo consentimiento para cada uno de los fines o sus derivaciones que implica el funcionamiento del Registro de la Propiedad es absolutamente inoperativo. Además las dificultades interpretativas de la finalidad con que

se ha otorgado el originario y cada uno de los subsiguientes "consentimientos" se acentúan piramidalmente para el registrador.

Tampoco parece el consentimiento del titular el fundamento del tratamiento de sus datos (lógicamente para la protección de sus derechos) cuando el interesado en su conocimiento es un tercero (vg., un acreedor que busca información registral sobre inmuebles de su deudor que pueda embargarle), que por hipótesis no pretende generalmente la protección del derecho del titular inscrito sino el propio de dicho tercero, a lo más la seguridad del tráfico jurídico general[70].

Parece que pueda servir de contrapeso la previsión de comunicación a dicho titular de aquellas solicitudes de información por tercero, que no es lo mismo que la prestación de su consentimiento a proporcionar dicha información prevista por la Instrucción de 1998[71].

Respecto a los titulares menores de edad, por los que han actuado sus representantes legales o en caso de emancipación las personas que le presten asistencia, ha de tenerse en cuenta el art. 7 LOPD[72].

En relación a otros derechos a la protección de datos, distinto aunque conexo con la revocación es el derecho de oposición; en esencia justificado por motivos relacionados con la situación particular del titular de los datos, cuando éstos sean objeto de *tratamiento,* salvo excepciones. Igualmente todo interesado puede rechazar las decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado de sus datos, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar[73].

Otro nuevo derecho es el derecho de limitación en el tratamiento de los datos personales que realiza el responsable, si bien su ejercicio presenta dos vertientes desde el punto de vista del interesado, pues puede suponer la suspensión de dicho tratamiento en determinadas circunstancias pero al mismo tiempo el interesado podrá pedir su conservación si necesita hacer constar su tratamiento a los efectos del *ejercicio o la defensa de reclamaciones* (art. 18.2 RUEPD al que se remite el art 16 LOPD).

Otra cuestión conexa es el de las limitaciones legales, necesarias y proporcionadas, a estos derechos reconocidos a los interesados, a través de medidas legislativas, para salvaguardar (art. 23.1,e)… *objetivos importantes de interés público general de la Unión o de un Estado miembro, en particular un interés económico o financiero importante de la Unión o de un Estado miembro, inclusive en los ámbitos fiscal, presupuestario y monetario…* Orrillamos en este trabajo la referencia del precepto a la sanidad pública y la seguridad social.

Pensemos, entre otros supuestos, en la normativa sobre blanqueo de capitales. Precisamente el art. 34.1 LOPD prevé la designación de un delegado de protección de datos, entre otros muchos supuestos, para cuando se trate de (letra j): *entidades responsables de ficheros comunes para la evaluación de la solvencia*

*patrimonial y crédito o para la gestión y prevención del fraude, del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo*.

En este caso el tratamiento de datos se someterá a la normativa de protección de datos de carácter personal, si bien no se requerirá el consentimiento del interesado para el tratamiento de datos que resulte necesario para el cumplimiento de las obligaciones de información a que se refiere el Capítulo III (de las obligaciones de información) de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo[74].

## V. FORMAS DE PUBLICIDAD EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

En el reconocimiento progresivo de los medios de publicidad formal desde la Ley de 1861 hasta (al menos) el Reglamento hipotecario de 1947 que admite la nota simple informativa sin garantía (elevada a rango legal por Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones generales de la contratación)[75], se observa una disminución de la exhibición a la fotocopia, como resulta de Resoluciones, Circulares e Instrucciones en la materia, evolución que culmina, de momento, en la reciente Ley 11/2023, de 8 de mayo[76], que introduce novedades en el art. 222 LH.

En definitiva, la manifestación del contenido de los asientos registrales tendrá lugar por nota simple informativa o por certificación y su emisión en soporte electrónico y la respectiva garantía electrónica (art. 222.2, pfo 1º y 222.9 LH). GÓMEZ GÁLLIGO (2009,3543) y GUICHOT REINA (2006, 1885) resaltan, respecto de la publicidad formal, el carácter extractado y predeterminado del contenido de la nota simple, previsto en el art. 222 LH y desarrollados por el RH (modificación por RD 1867/1998, de 4 septiembre de 1998), la libertad de elección de registrador través del que solicitar información registral en relación al FLOTI (Fichero Localizador de Titularidades Inscritas, 222.8 LH), también denominado Índice General Informatizado de Finchas y Derechos, 398.c RH) y la web del Colegio de Registradores con casilleros para finalidades predeterminadas, prohibición de acceso directo y de comercialización (332.2 RH)[77], compensado con el asesoramiento profesional del registrador e indicación del valor jurídico de cada uno de los medios, con posible acceso telemático (lo que conlleva la obligatoria interconexión entre registros, 332.8 RH) dejando constancia en sus archivos de la identidad del solicitante y del motivo de la solicitud (332.9 RH).

Respecto a la identificación del solicitante de información, según el art 222 bis. 2 de la LH (no modificado por la Ley 11/2023), se efectuará mediante los apellidos, nombre y número de identidad de las personas físicas y razón social o denominación de las personas jurídicas, número de su código de identificación y dirección de correo electrónico hábil a efectos de notificaciones. En todo caso, la

solicitud deberá estar suscrita con la firma electrónica reconocida del solicitante, de la persona jurídica o del representante de ésta[78].

Cuestión muy diferente, en las antípodas, pues no se trata de solicitantes de información sino de afectados por ella (o por su falta), es la de la identificación de los destinatarios interesados en las notificaciones por medio de anuncios y publicaciones de actos administrativos[79]. En concreto, respecto de los procedimientos del Título VI de la LH (De la concordancia entre el Registro y la realidad jurídica (vg., arts. 199 y 203), se indica que "la notificación se hará de forma personal si fuera posible mediante edictos gratuitos en BOE o el sistema de alertas (ex 203 LH)[80].

Otras veces la cuestión de fondo es el conflicto no solo con el Registro sino entre el solicitante y otros sujetos pretendidamente interesados en diferentes aspectos de la información, con tintes rocambolescos[81].

Respecto de las vías de solicitud y remisión de publicidad formal y de presentación y recogida de documentación registral entre diversos organismos (Notarios, particulares, Administraciones, Registros), el *Manual* precisa la conveniencia o no de los distintos medios de comunicación para cada caso, algunos ya prácticamente obsoletos (vg. fax)[82].

A este respecto, lo más adecuado es remitir al interesado al uso de los canales telemáticos corporativos que reúnen las garantías normativas y técnicas exigidas por la legislación hipotecaria y de protección de datos, vg., Servicio Web Colegial (FLOTI[83], FLEI, FLOMI, Servicio de Certificaciones o presentación telemática de documentos). El principio subyacente es que si el procedimiento se inicia electrónicamente se deberá concluir electrónicamente, y todo ello a través del portal web corporativo previsto al efecto[84].

Hoy la exhibición de los propios libros, como forma de manifestación, tiene carácter excepcional: GUICHOT REINA (2006, 1877) considera que es el medio de mayor potencialidad lesiva al derecho a la privacidad porque esta vía impide que el registrador pueda optar por ocultar aquellos datos personales que no son relevantes para la información requerida[85].

Por lo que la mejor opción es la de redactar tanto las notas simples como las certificaciones con exclusión de la información no pertinente, mediante su tratamiento profesional, siendo muy conveniente incluir una nota informando del motivo de la eliminación de los datos de la fotocopia; nota que posiblemente aclare muchas de las dudas de los solicitantes y cuyo tenor podría ser: "En la información expedida se ha llevado a cabo la aplicación de la normativa sobre protección de datos"[86].

Por tanto, los medios más habituales de publicidad formal son la nota simple y la certificación registral en las que el acceso directo a los libros del registro se sustituye por un "tratamiento profesional" de la publicidad formal, que implica un equilibrio entre la posibilidad efectiva de publicidad sin intermediación y la impo-

sibilidad de su manipulación o televaciado (art. 222.2 LH y 332.4 RH), de modo que la información requerida se exprese con claridad y sencillez (art. 222.4 LH), incluyendo solo los datos previstos reglamentariamente (art. 332.6 pfo 2º RH)[87].

En esa línea y de forma conjunta para dichas vías el art. 332.1 RH prevé que los Registradores pondrán de manifiesto en la parte necesaria el contenido de los libros del Registro, en cuanto al estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos, a las personas que, a su juicio, tengan interés en consultarlos, sin sacar los libros de la oficina y con las precauciones convenientes para asegurar su conservación[88].

Según el art. 222.5 LH, la nota simple informativa tiene valor puramente informativo y no da fe del contenido de los asientos, sin perjuicio de la responsabilidad del registrador por los daños ocasionados por los errores y omisiones padecidos en su expedición[89]. Deberá reproducir, literal si así lo solicita el interesado, o en extracto en otro caso, el contenido de los asientos vigentes relativos a la finca objeto de manifestación, donde conste, al menos, la identificación de la misma, la identidad del titular o titulares de derechos inscritos sobre la misma y la extensión, naturaleza y limitaciones de éstos. Asimismo se harán constar, en todo caso, las prohibiciones o restricciones que afecten a los titulares o a los derechos inscritos[90].

En términos coincidentes se expresa el art. 332.5 apdo. 1º RH. Pero en su apdo. 2º contempla un equilibrio entre no extenderse más allá de lo que sea necesario dentro de la fidelidad a los datos contenidos en el asiento y su posible ampliación a extremos solicitados con justificación del interés del solicitante a juicio del Registrador, con independencia de quien sea éste, según la finalidad de la información requerida[91].

Respecto a las certificaciones tanto la LH (arts. 223 a 227) como el RH (arts. 335 y ss) especifican su modalidad, titulares y bienes afectados, tipo de asientos que han de comprender (solo vigentes o también cancelados) y forma y tiempo a que se han de referir. Las cautelas respecto a la protección de datos deben extremarse cuando las características de la certificación solicitada hagan intuir algún riesgo como en el caso de los titulares gravados por los asientos cancelados, sin olvidar la relevancia de la información continuada y dictámenes (arts. 354 y ss RH)[92].

Una referencia concreta a los datos a que se han de referir las certificaciones es la prevista en el art. 344 RH, en el sentido de que "en las certificaciones en relación, cuando se haya solicitado expresamente que se limiten a determinadas circunstancias de un asiento o de varios, se comprenderán únicamente los datos señalados, sin expresarse los demás, salvo que los omitidos contradigan o desvirtúen aquellos, en cuyo caso se consignarán. Cuando los datos omitidos no contradigan o desvirtúen los relacionados en la certificación, el Registrador lo hará constar así". Por su parte y en aras del principio de exactitud coordinado con

el de minimización de datos, el art 347 RH prevé que "cuando los Registradores expidan certificación de una inscripción concisa, comprenderán en ella los particulares de la extensa respectiva que, a su juicio, contribuyan al conocimiento de los extremos a que se refiera la certificación, salvo en el caso de que, al pedirse u ordenarse ésta, se limite expresamente".

Para los organismos públicos interesados en la información, el art. 222.10 LH prevé el acceso telemático al contenido de los libros del Registro por funcionarios públicos en razón de su oficio, previa identificación con su firma electrónica (o asimilada) y con presunción de su interés (en atención a su condición) sin perjuicio de responder de la legitimidad de la consulta (ha de ser en ejercicio estricto de sus funciones legales) y sin necesidad de intermediación del registrador al Índice de fincas (aunque se requiere esa intermediación respeto al Índice de Personas)[93].

También se prevé un protocolo de actuación respecto a Funcionarios Públicos (Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, CNI, Tribunales, Hacienda, Catastro…) sin perjuicio de las limitaciones derivadas, en su caso, de la legislación sobre secretos oficiales[94].

Respecto a Servicios de Oficina Liquidadora. Ayuntamientos y Plusvalías, es muy recomendable que la relación entre el Registro, Comunidades Autónomas o Ayuntamientos esté regulada mediante el correspondiente Convenio de Colaboración, delimitando las competencias, a nuestros efectos, en materia de protección de datos, sin perjuicio de su constancia en el Registro de Actividades del Tratamiento en la parte correspondiente al encargo de tratamiento recibido[95].

En cuanto a los requerimientos de información al Registro de materia tributaria, la Ley General Tributaria prevé la obligación de información impuesta a autoridades (entre las que puede incluirse el Registro de la Propiedad, arts. 93 y 94) y distingue entre que dicha información se solicite por vía de suministro genérico o a requerimiento concreto. A efectos de protección de datos, los límites a dichos requerimientos de información son su trascendencia tributaria, la obligación de secreto, la proporcionalidad del requerimiento y la carga material para el requerido. Debe tal requerimiento efectuarse en cualquier momento posterior (no previo) a la realización de las operaciones relacionadas con los datos o antecedentes requeridos. Aunque en principio dichos requerimientos han de tener carácter individualizado, la jurisprudencia admite la legalidad del requerimiento de información efectuado a entidades bancarias en solicitud de la relación nominal circunstanciada de personas físicas, talonarios de pagarés bancarios, cuentas bancarias, etc.[96].

El requerimiento se concibe como vía para salvar la protección de datos en los supuestos de presentaciones telemáticas de documentos en el Registro pues, en principio, el Registro carece de autorización suficiente por parte del Ayunta-

miento —como titular de la información— para recoger datos en nombre de este en la sede de los Registros[97].

En general, el art. 222.bis.4 LH aclara: la resolución sobre el acceso solicitado se notificará en el plazo máximo de un día hábil al solicitante y, caso de ser positiva, incorporará el código individual que permitirá el acceso a la página que reproduzca el contenido registral relativo a la finca solicitada. Este contenido registral, que se limitará a los asientos vigentes, se pondrá de manifiesto al interesado durante el plazo de veinticuatro horas desde la notificación accediendo al mismo. Si el registrador se negare injustificadamente a manifestar los libros del Registro, se estará a lo dispuesto en el artículo 228 de la Ley Hipotecaria.

La futura normativa legal ya podrá utilizar la técnica informática, en lugar del tradicional tachado de ciertos datos personales en la fotocopia previamente a la exhibición, siempre sin distorsionar el sentido de la información[98].

La ley 11/2023 en su proceso de informatización incesante del Registro (base de datos estructurada en campos, ex 242.3 LH) y en lo que aquí nos interesa, los datos contenidos en sus asientos, modifica el art. 238 que en su núm. 2, pfo 2º prevé: "En todo caso, el folio real en soporte electrónico incluirá necesariamente en el primer asiento que se realice la descripción actualizada de la finca y la relación de las titularidades, cargas y derechos vigentes que recaigan sobre aquella, con sus datos esenciales, que incluirán siempre las cantidades y conceptos garantizados por las cargas y las fechas de vencimiento, domicilio de notificación y tasación si constan".

## VI. EL REQUISITO PARA SOLICITAR INFORMACIÓN REGISTRAL: EL INTERÉS CONOCIDO

Como vimos, que el Registro de la Propiedad sea público no significa que sea posible un conocimiento indiscriminado de todo su contenido, o como indica VIVAS TESÓN (2018, 139) la mera curiosidad no es suficiente. Ello es coherente con los criterios adoptados por la jurisprudencia en la interpretación de este requisito del interés legítimo en aras de la protección de derechos fundamentales como el honor y la intimidad: es preciso un interés público incluso en conflicto con derechos con frecuencia preferentes como la libertad de expresión e información.

Así lo disponen, entre otros, el art. 607 CC y el art. 221.1 LH (interés conocido) y 222.1 LH (interés en consultarlos) y se reitera en el art. 227 LH para las certificaciones registrales. El art. 332.3 RH se refiere a la necesidad de acreditar ante el registrador la existencia de interés legítimo para obtener información de

los asientos registrales, así mismo el art. 398.c 2 RH (siempre que exista interés en el peticionario)[99].

Más recientemente dicho interés aparece entre los campos del modelo informático de solicitud (art 222 bis.1 LH, introducido en la LH por Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad): "Las solicitudes de información se ajustarán a un modelo informático que tendrá los campos necesarios para identificar al solicitante, el interés que acredita, en su caso, la finca, los derechos, libros o asientos a que se contrae la información. La Dirección General de los Registros y del Notariado aprobará el modelo informático de consulta y los requisitos técnicos a los que deba sujetarse el mismo". Concretamente dicho interés se expresará de forma sucinta en una casilla en que se advertirá también de las limitaciones impuestas por el ordenamiento en relación al uso que puede darse a la información solicitada (art. 222 bis, 3 ad initio LH).

El registrador valorará el interés indicado y si entendiera que no ha quedado acreditado de modo suficiente podrá solicitar que se le complete éste, debiendo notificar al solicitante en el plazo máximo de veinticuatro horas si autoriza o deniega el acceso, en este último caso de forma motivada (art. 222 bis.3). La resolución positiva del acceso solicitado se detalla en el apdo. 4. Si el registrador se negare injustificadamente (podría entenderse que el precepto prejuzga ya el acierto o no de la valoración registral de ese interés) a manifestar los libros del Registro, se estará a lo dispuesto en el art. 228 LH[100].

VIVAS TESON afirma que no basta la mera cita del interés o precepto pertinente por el solicitante sino que es preciso justificar la razón por la que resulta de aplicación (tal precepto) según la interpretación que se le brinda, sin olvidar que, por parte del registrador, la desestimación del interés alegado debe apoyarse en una motivación suficiente (aun escueta) de los defectos alegados para que el interesado pueda conocer con claridad los fundamentos jurídicos en los que se basa la calificación negativa, en garantía de su posición[101]. Por el contrario, a veces, dados los términos genéricos de la denegación de la solicitud impugnada, ésta no puede confirmarse (RDGRN de 29 de julio de 2010, RJ\2010\5137). Otras veces se rechaza correctamente la emisión de publicidad por carecer la solicitud de los requisitos formales indispensables[102].

Por otra parte, como se desprende del art. 234 LH, pueden expedirse certificaciones relativas a derechos o asientos extinguidos o caducados a solicitud expresa de interesado, pero también en estos casos es preciso que se justifique un interés legítimo respecto de los asientos solicitados, con más cautela, incluso, que respecto de los asientos vigentes[103]. En cambio si el titular es persona jurídica, excluida del ámbito de aplicación de la LOPD, el registrador goza de mayor flexibilidad para la calificación de interés legítimo[104].

Existen dos claros supuestos en que se suaviza este requisito de la prueba del interés legítimo, es decir, en que tal interés no necesita alegarse, o al menos acreditarse. El primero, en el ámbito de la Administración: "El interés se presumirá en toda autoridad, empleado o funcionario público que actúe por razón de su oficio o cargo" (art. 221.pfo 2º). En el mismo sentido se pronuncia el art. 222.10 ab initio, ambos de la LH[105]. La doctrina se ha cuestionado la constitucionalidad de este supuesto, por contradicción con los principios de proporcionalidad (acceder a más datos personales de los necesarios) y de finalidad (desaparece o se debilita el control sobre el interés legítimo porque se presume). Podría entenderse que ello equivale a la exhibición de los libros pero con el agravante de excluir la posible negativa del registrador[106].

El segundo supuesto se refiere al sector privado: "Se presumen acreditadas las personas o entidades que desempeñen una actividad profesional o empresarial relacionada con el tráfico jurídico de bienes inmuebles tales como entidades financieras, abogados, procuradores, graduados sociales, auditores de cuentas, gestores administrativos, agentes de la propiedad inmobiliaria y demás profesionales que desempeñen actividades similares, así como las Entidades y Organismos públicos y los detectives, siempre que expresen la causa de la consulta y ésta sea acorde con la finalidad del Registro" (art. 332.3, 2º pfo RH).

El fundamento del precepto es que estas actividades implican la necesidad de obtener con frecuencia información registral, pero no gozan de presunción de legitimidad sino sólo de presunción de encargo por cuenta del solicitante, por lo que siempre han de manifestar y acreditar el interés legítimo alegado a satisfacción del registrador[107].

En principio, el registrador puede o no dispensar de la prueba del interés a estos profesionales, según las circunstancias del caso[108]. Al resto de las circunstancias se refiere muy claramente el art. 332.3 pfo 1 RH: "Cuando el que solicite la información no sea directamente interesado, sino encargado para ello, deberá acreditar a satisfacción del Registrador el encargo recibido y la identificación de la persona o entidad en cuyo nombre actúa"[109]. Estrictamente habría que distinguir entre la acreditación del solicitante y el de su interés y en cualquier caso la presunción de interés legítimo no exime al solicitante de identificarse ni de la necesidad de expresar la causa de la consulta para que el registrador pueda calificar su conformidad con la finalidad del Registro.

Por ello, respeto a las gestorías, es muy recomendable la existencia de un listado previamente validado por el Registro de las personas autorizadas para recogida de publicidad y demás documentación registral, lo que acredita la certeza de la relación jurídica entre el solicitante y el receptor, y, por tanto, su identidad a efectos de la normativa de protección de datos. Un caso especial es el de los detectives[110].

Ambos supuestos (presunción a favor de funcionarios y determinados profesionales privados) son privilegios vistos hoy críticamente por la doctrina. Para MARTÍNEZ ESCRIBANO (2020, 15) responden a planteamientos decimonónicos rechazados hoy por un modelo más garantista. En este sentido, en la jurisprudencia del TEDH sobre protección de datos se advierten supuestos, aunque fuera del ámbito registral, en que se ha apreciado vulneración del art. 8 CEDH con relación a datos personales en poder de autoridades o funcionarios públicos[111].

Para una correcta tipificación del interés aludido, tengamos en cuenta otros de sus requisitos

En esencia se exige un interés legítimo, directo y patrimonial[112]. Obviamente, el interés conocido es el interés alegado, manifestado por el solicitante de información registral. El registrador valorará si lo considera legítimo, es decir, legal (además de conocido, pues de desconocerse no podría calificarse).

El concepto de legítimo es más amplio que el de "interés directo", pues alcanza a cualquier tipo de interés lícito, es decir, no contrario a Derecho. En este sentido la STS (Sala Tercera), de 24 de febrero de 2000 (RJ 2000\2888), estableció que dicha exigencia reglamentaria de interés legítimo parece amparada por el artículo 222.7 LH que se refiere en general al deber de los registradores de informar sobre los medios registrales más adecuados —también respecto a la publicidad— para el logro de los fines lícitos que se propongan quienes le soliciten sus servicios[113].

Debe ser un interés directo o existir un encargo debidamente acreditado (con las excepciones del art. 332.3 RH). Por último, tiene que ser un interés patrimonial, es decir, que quien solicita la información tenga o espera ostentar una relación patrimonial para la cual el conocimiento que solicita resulta relevante[114].

Lo cierto es que algún autor critica estos calificativos de dicho interés (*conocido*, *legítimo*,..) por redundantes y poco específicos. Además ha de tratarse no solo de un interés respecto al acceso a los libros sino más específicamente en cuanto de los propios datos, es decir, respecto de cada uno de ellos en particular, especialmente si dicho interés concreto es ajeno a la finalidad registral y debe apreciarlo el registrador[115].

Supuestos paradigmáticos de interés legítimo son el de conocer la titularidad y cargas de una finca, tanto por el potencial comprador, como para un acreedor impagado que pretenda dirigirse contra el patrimonio de su deudor, o para quien quiera ejercitar acciones judiciales, en especial, cuando interesa el dato del precio.

En la doctrina parece imponerse una interpretación restrictiva del concepto de interés, limitándolo al interés directo, es decir, del titular registral y de todo tercero que necesite conocer el estado registral de la finca por encontrarse en una situación de expectativa de alcanzar un beneficio o sufrir un perjuicio patrimonial y quien vaya a ejercitar un derecho fundamental.

La DGRN recoge el criterio establecido en su Instrucción de 17 de febrero de 1998, que en esencia resalta: "La publicidad ha de ser para finalidades propias de la institución registral como la investigación jurídica, en sentido amplio, patrimonial y económica (crédito, solvencia y responsabilidad), así como la investigación estrictamente jurídica encaminada a la contratación o a la interposición de acciones judiciales o administrativas, pero no cabe para la investigación privada de datos no patrimoniales si no es cumpliendo estrictamente con la normativa de protección de datos" [116].

Un dato de especial relevancia en ciertos supuestos es el precio de la finca objeto del contrato en cuestión. En el caso de la RDGRN de 6 de noviembre de 2017 (RJ 2017, 5200) el solicitante de información pretende demandar la nulidad relativa de la trasmisión de determinadas fincas, a fin de determinar si deben traerse a colación o inventariarse en la masa hereditaria. La recurrente había acreditado que había sido demandada en un procedimiento de división de herencia por su relación familiar y hereditaria con uno de los socios de la sociedad titular registral, por lo que de acuerdo con el art. 265 LEC (documentos relativos al fondo del asunto), la DGRN consideró razonable la necesidad de aportar al procedimiento la documentación solicitada[117].

La DGRN ha especificado otros supuestos en que es admisible incluir el precio de la transmisión de un inmueble en la publicidad registral solicitada[118]. La RDGRN de 19 de abril de 2016 RJ 2016\3967) desestima el interés legítimo alegado para acceder al dato del precio: la registradora estima el interés legítimo del solicitante para obtener la información sobre el estado actual de la finca en el Registro, pero no para que dicha información incluya los precios, para ejercer un inexistente derecho de adquisición preferente. Sin embargo, la RDGRN de 19 junio de 2018 (RJ 2018\3476) admite la expedición de certificación de las inscripciones de venta de nueve fincas registrales incluyendo el dato del precio, como medio de facilitar la prueba, por la necesidad de acreditar en procedimiento de divorcio la capacidad y medios económicos del otro cónyuge al ser objeto de discusión la fijación de la pensión de alimentos de una hija.

Pero lo dicho en relación al precio puede aplicarse por extensión a otros datos, como además admite el art. 332.5 RH, antes visto. El registrador debe valorar caso por caso si es necesaria o no dicha extensión para los fines manifestados por el solicitante, partiendo del criterio básico de dar a conocer solo aquellos datos estrictamente necesarios como exigencia derivada del régimen de protección de datos (minimización de datos). Así, la RDGRN de 26 de febrero de 2013 (RJ 2013\2911) desestima el recurso porque la solicitante pretende conocer las relaciones de filiación, como vía indirecta para averiguar posibles herederos de un antiguo titular registral de una finca, a través de asientos que ya no están vigentes, para entablar una reclamación de deudas a favor de una comunidad de

propietarios. Sin embargo estima el recurso la RDGRN de 3 de febrero de 2014 (RJ 2014\1552) porque queda acreditado el interés legítimo para la ejecución contra herencia yacente en que se denegó la anotación preventiva de embargo contra dicha herencia por aparecer la finca "a nombre de tercero que no ha sido parte en el procedimiento" y que motivó la inscripción cuarta de herencia de la que se solicita la certificación literal.

Un caso paradigmático de correcta justificación del interés legítimo es el de la RDGRN de 27 de junio de 2017 (RJ\2017\3774) de solicitud por el titular registral de certificación literal de una finca para poder cotejar las menciones, derechos personales, titularidades, anotaciones preventivas, estado de cargas, asientos presentados en el Libro Diario y su correspondiente despacho, o que deban cancelarse o hayan caducado, para prueba en un procedimiento de ejecución hipotecaria. Y en la dimensión contraria, la del cumplimiento de deberes, se admite como interés legítimo la información precisa para el juicio de testamentaría, pago de impuestos y constancia catastral manifestado por la titular registral de las fincas afectadas por la certificación, si se acreditan las circunstancias pertinentes (testamento, certificados de filiación y fallecimiento etc.), en momento oportuno (antes del recurso)[119].

Cuestión de especial interés es la petición masiva de datos. El tema es abordado con detalle GUICHOT REINA (2006, 1871-1874), para quien queda excluida, en principio esta posibilidad de forma indiscriminada, si no se prueba de un interés legítimo que la justifique[120].

Recordemos que el apartado 6, pfo 1º del artículo 332 RH establecía "Los Registradores deberán exigir el cumplimiento de las normas vigentes sobre protección de datos de carácter personal y no atenderán las solicitudes de publicidad en masa o indiscriminada*"*. Dicho precepto fue anulado por la STS (Sala 3ª) de 12 de diciembre de 2000 (RJ\2001\552), que admitió el recurso interpuesto por la Asociación Española de Empresas de Información Comercial (ASEICO), por vulnerar la ley, al mismo tiempo que declaró que los demás preceptos impugnados del propio Reglamento Hipotecario no son contrarios a derecho, siempre que se interpreten y apliquen respetando lo establecido categóricamente por el art. 222.1 LH.

MARTÍNEZ ESCRIBANO (2018, 18) nos recuerda en qué condiciones es admisible tal publicidad al mismo tiempo que critica la total ausencia de respaldo legal que legitime al CORPME para la celebración de convenios de colaboración que impliquen cesión en masa de datos, pues esta cuestión debería regularse normativamente, de manera que tales convenios quedaran limitados por los principios del art. 5.1 del RUEPD[121].

No podemos obviar que la cuestión tiene enorme proyección, como señala GIL GONZÁLEZ, ante las nuevas dimensiones de su tratamiento (*big data*, in-

teligencia artificial) en el que distingue tres fases principales: recogida de datos, su análisis (tratamiento con medios técnicos adecuados) y su aplicación a modelos (para determinar inferencias respecto a conductas de los titulares de dichos datos)[122].

Un supuesto especial es el de los periodistas. Respecto a la solicitud de publicidad por este colectivo, corresponde al registrador valorar si la investigación periodística invocada puede incluirse entre las finalidades del Registro. La postura afirmativa, con fuertes límites, se funda en dos pronunciamientos del Tribunal Constitucional citadas por el Manual[123], pero en la práctica es frecuente la negativa. Así en el caso de la RDGRN de 28 de abril de 2014 (RJ 2014\3224) se desestima el interés "informativo-periodístico" fundando la desestimación del recurso en que entre las finalidades registrales no figura la investigación privada respecto a datos carentes de contenido patrimonial, que tales datos sólo pueden ser cedidos con el consentimiento de su titular y en definitiva, por la indeterminación con que se expresa dicho interés y la falta de identificación del mandante (pues el mandatario no ostenta interés directo). El rechazo se refuerza porque el Registro de la Propiedad no se encuadra dentro de los registros administrativos sino de los registros jurídicos como tutelador de los derechos privados.

En caso de que el periodista alegue la existencia de un encargo de la solicitud de la publicidad por cuenta de un periódico u otra entidad informativa, la acreditación de tal encargo deberá presentarse formalmente ante el registrador mediante un poder notarial u otro medio que demuestre suficientemente la autorización para realizar este encargo, quedando la validez y alcance de la misma a juicio del registrador[124].

En conclusión, el registrador de la propiedad debe abordar, en el caso concreto, una equilibrada ponderación entre el derecho al respeto de la vida privada manifestado en limitar el acceso a los datos personales contenidos en los asientos registrales y el derecho de publicidad e información que tienen los operadores en el mercado inmobiliario. En dicho juicio de proporcionalidad para fijar el alcance de la publicidad registral el criterio esencial es el uso y destino de la información solicitada, lo que concretaremos en el siguiente epígrafe[125].

## VII. CRITERIOS PARA LA PROTECCIÓN DE DATOS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: EL JUICIO DE PONDERACIÓN

Después de tratar de coordinar los principios en materia de protección de datos y los hipotecarios del ámbito registral, y habiendo visto la amplia gama de datos accesibles, en mayor o menor medida afectantes a la privacidad, abordaremos los criterios para la valoración de los datos en el Registro.

Como hemos visto, el Registro de la Propiedad contiene datos reales (aunque entroncados con una persona que es el titular del bien o derecho) y por tanto, con "vocación de publicidad" y otros datos que son personales en el sentido común del término y que serán objeto de publicidad refleja o accesoria a la inmobiliaria y cuya publicidad debe limitarse a lo estrictamente necesario para la finalidad legítima pretendida relativa a la titularidad de bienes y sus cargas.

Ello supone la labor profesional del registrador, de valoración en cada caso, susceptible de revisión judicial y sometida a principios como el de adecuación, tanto respecto a la protección de los datos personales, como a la intimidad. Por tanto, se trata de una potestad discrecional (no arbitraria) justificable caso por caso, pero impugnable si no sigue criterios objetivos[126].

Tal interés debe ajustarse a la finalidad registral lo que requiere un juicio de ponderación, no de factores aisladamente considerados sino en congruencia con el resto de datos suministrados al requerir la información, realizando un análisis conjunto de las todas las circunstancias que aparecen en la solicitud, no solo para estimar su licitud o no sino para determinar la extensión de la información registral a proporcionar[127].

Y finalmente el registrador ha de abordar una delicada selección entre los datos personales y jurídicos-inmobiliarios (en la diversa gama que hemos visto) estrictamente necesarios para atender debidamente el interés del tercero, respetando al mismo tiempo las exigencias de la protección de datos[128].

En su momento la (pretendida) falta de esta ponderación fue objeto de una virulenta polémica[129]. La Asociación de Usuarios de Registros Públicos (ADEURP) había denunciado al CORPME, como titular del denominado "Fichero Localizador de Titularidades Inscritas" al que alude el art. 398.c) RH, y a diversos Registros de la Propiedad, por la expedición de informaciones registrales solicitadas, a instancias de la propia ADEURP, a través de Internet, en las que se había alegado un interés legítimo que intencionadamente era "absurdo" o "torticero". Dicha asociación achacaba un crematístico negocio al cobrar aranceles superiores a los autorizados[130].

Se comprobó la expedición de las correspondientes notas simples informativas sin un mínimo control del interés legítimo, vulnerando gravemente la normativa de protección de datos, por lo que la denunciante solicitaba al Director de la AEPD la inmovilización de tal fichero en virtud del art. 49 LOPD (1999).

Tras la inspección de la AEPD al CORPME se comprobó que el fichero denominado "Usuarios de Servicios Interactivos", constaba inscrito en el Registro General de Protección de Datos, así como la política de privacidad y condiciones generales de uso, tal como exigía la normativa vigente en ese momento.

Su tenor era: *El uso del Sitio Web implica la expresa y plena aceptación de estas condiciones generales, sin perjuicio de las condiciones particulares que*

*pudieran aplicarse a los servicios concretos del Sitio Web. El usuario solo tendrá acceso a la información después de su pago.*

*En ningún caso se le confiere derecho de reproducción. La información puesta a disposición del usuario es para su uso exclusivo y tiene el carácter de intransferible.*

*Queda absolutamente prohibida la retransmisión o cesión, incluso gratuita, de la información por el usuario a cualquier otra persona*.

Por su parte la Comisión de Protección de Datos del CORPME dio traslado oportunamente a los Registradores de una serie de instrucciones sobre la necesidad de revisar el interés alegado por los solicitantes de información y otras medidas adicionales de control (vg., modificaciones en la aplicación informática).

La AEPD acordó el archivo de actuaciones directas contra el CORPME al considerar que los responsables del tratamiento son los registradores y no dicha institución, que desconocía incluso la posible delegación de funciones del registrador en sus empleados (sic) en relación con la emisión de notas simples, al margen de lo previsto en el art. 558 del RH. Además la emisión de nota simple no constituye propiamente una "cesión de datos" indebida pues no se presume que implique una voluntad de que la información sea utilizada indebidamente por un tercero, fuera de los supuestos en que la ley la habilita. Al calificarse de infracción leve no se procedió a la inmovilización de ficheros solicitada[131].

Por otra parte la práctica registral nos muestra casos de rechazo de este interés como puede observarse a través de las correspondientes resoluciones de la DGRN. La RDGRN de 1 de agosto de 2018 (RJ 2018\4301) deniega la certificación literal del historial registral de una finca perteneciente a un edificio en régimen de propiedad horizontal, porque no se especifica la finalidad (se hará después en el recurso: conocer supuestos errores en las segregaciones practicadas en la finca matriz).

Tampoco puede admitirse que la finalidad expresa en la solicitud sea la de modificar el contenido del Registro para que se adapte al que el propio solicitante considera exacto, vg., alegando la caducidad de las actuaciones judiciales, pues no se trata de un mero interés en conocer el estado de los bienes o derechos inscritos[132]. O al contrario, cuando el interés es la oposición de la solicitante a que se practique cualquier modificación en una finca colindante para evitar el perjuicio de la suya, recomendándole el Centro Directivo otras vías para ello[133].

Continuando con la casuística, también falta el interés legítimo en la solicitud de nota simple informativa cuando se indica literalmente "Cuartel de la Guardia Civil más la zona residencial —bloque de pisos—, para el desarrollo de un trabajo fotográfico artístico del patrimonio de la ciudad de Sabadell". Falta el propio interés patrimonial (la mera posibilidad de que exista un interés legítimo patrimonial en el futuro no convierte en legítimo al que ahora no lo es); además

siendo un bien de titularidad pública estará sujeto a la Ley 33/2003, de 3 noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (en especial, el art. 33.4 alude al régimen de sus datos)[134].

Cuestión previa es la de determinar a quién corresponde la elección del medio de expedir la publicidad formal. Para GÓMEZ GÁLLIGO (2009, 3552) parece evidente que se atribuye al registrador como resulta de varios factores, vg., la previsión de un tratamiento profesional (que excluye, por tanto, una mera reproducción literal y sistemática de los asientos), la exigencia de calificar el interés legítimo y la misma obligación de velar por el cumplimiento de la normativa protectora de datos[135].

Respecto de los datos que deben incluirse o no en la publicidad, la doctrina aparece dividida. VIVAS TESÓN (2018, 152) es partidaria de la conveniencia de una norma que establezca explícitamente qué datos contenidos de manera incidental en el Registro no pueden ser cedidos a terceros por no ser estrictamente necesarios a efectos de la publicidad registral y no haber sido consentidos, de manera que solo puedan comunicarse si media el consentimiento del afectado o autorización judicial.

En cambio, MARTÍNEZ ESCRIBANO (2020, 20) ve más factible, dada la gran casuística registral, que una norma fije los criterios-guía de la actuación del registrador en este materia, como un fundamento normativo más seguro y técnico, recogiendo en lo pertinente las pautas de la doctrina administrativa contenidas en las diversas resoluciones e instrucciones de la DGRN que, no obstante, han abordado con solvencia y coherencia razonable las cuestiones de la práctica diaria. Sin embargo, las pautas aludidas no son los suficientemente seguras y deben orientarse a la finalidad de seguridad jurídica que justifica la existencia del Registro de la Propiedad y que se erige como misión realizada en interés público en los términos del art. 6.1.e del RUEPD, o también con intereses vinculados al orden público que puedan justificar la cesión de datos particularmente a autoridades públicas.

No en vano el de interés conocido es un concepto jurídico indeterminado lo que dificulta su calificación registral y agudiza la consiguiente responsabilidad del registrador ante la permisión o negativa a suministrar la información solicitada, sin perjuicio de una cierta consolidación de los parámetros adoptados por la DGRN (hoy DGSJFP) en la resolución de recursos, criterios que deberían elevarse a rango legal, aunque fuese con carácter de *numerus apertus*, por la trascendencia de estas decisiones. Es la idea de VIVAS TESÓN, op. cit., pp. 136 y 137 que parece muy razonable de *lege ferenda*[136].

En este contexto hay que distinguir según que el solicitante de la información sea el propio titular registral o lo sea un tercero afectado o interesado por dicha información. En el primer caso se admite mayor flexibilidad en esta ponderación pues se entiende que el titular de los asientos tiene la máxima legitimación

para obtener la plena información contenida en ellos; no en vano se trata de sus propios datos.

Es evidente que este supuesto es aplicación del derecho de acceso del titular a sus propios datos tal como reconoce el art. 13 LOPD con remisión al art. 15 RUEPD tanto respecto de los facilitados por él, como los comunicados por un tercero (siendo informado respecto a fines del tratamiento, categorías de datos personales de que se trate, categoría de destinatarios a los que se comunique, plazo previsible de conservación, y en definitiva, información sobre el posible ejercicio de los derechos que completaremos con sus matizaciones oportunas en materia registral.

Según la DGRN en este caso el interés legítimo debe presumirse, sin necesidad de más indagaciones, respecto de todos los asientos relativos a su finca. Sin embargo, MARTÍNEZ ESCRIBANO (2020, 20) considera que en el mismo folio registral figuraran muy probablemente datos relativos a otras personas, por lo que serán también precisas las cautelas registrales mencionadas[137].

Un caso extremo pero significativo es el expuesto por GIMENO SENDRA (1999, 782): "si un juez de instrucción ordena al registrador que efectúe una anotación preventiva de embargo dimanante de unas diligencias previas incoadas por la comisión de un delito de violación, la seguridad del tráfico jurídico, en nada queda afectada por la omisión de dicha información en la publicidad registral. Por tanto, conviene la discreción respecto de estos datos y no solo de aquellos que sean especialmente sensibles, aunque desde luego las cautelas han de ser mayores respecto a los datos que afectan a la intimidad que a la privacidad"[138].

Como señala MARTÍNEZ ESCRIBANO (2020,21) ya la Instrucción de 17 de febrero de 1998 establece que los datos sensibles de carácter personal o patrimonial no pueden ser objeto de publicidad formal ni de tratamiento automatizado para finalidades distintas de las propias de la institución registral. Por ejemplo, respecto a las limitaciones a la capacidad de obrar: en unos casos pueden ser imprescindibles para garantizar la seguridad jurídica inmobiliaria, pero en otros, solo dan una información superflua para el ámbito inmobiliario pero demasiado expresiva de las circunstancias personales del titular. Lo mismo ocurre al revelar la identidad del cónyuge[139].

GUICHOT REINA (2006, 1876 nota 18) distingue supuestos en que rige el principio de autorización legal (respecto a la publicidad del estado de bienes inmuebles y derechos reales inscritos, ex 221.1 LH) de aquellos otros que requieren el consentimiento del titular de los datos, salvo que estos últimos hayan generado una carga o gravamen (vg., formas de pago, representación), o queden excluidos de publicidad en aras del derecho a la intimidad.

Y es que a juicio de VIVAS TESÓN (2018, 132 y 152) no existe un catálogo taxativo de datos que deban ser siempre excluidos, sino que debe ser el regis-

trador, mediante su función calificadora y valorando el interés legítimo alegado por el peticionario, el que decida qué datos incluye y cuáles excluye a la hora de facilitar publicidad formal[140]. Ni siquiera en el supuesto de solicitud de publicidad ante registrador diferente del (emitente) titular de los archivos que contenga los datos solicitados se elimina la obligación de valoración de dicho interés que tiene el registrador destinatario pues no le vincula la valoración del registrador receptor de la solicitud[141].

Respecto a la premura de plazos para emitir certificación y notas simples como posible dificultad en la correcta apreciación de dicho interés conocido y legítimo, VIVAS TESÓN (2018, 145 nota 69) reconoce que ello no facilita una concienzuda indagación y verificación *ex personae* para una sosegada ponderación de los derechos en juego. El registrador en su prudencia debe evitar los extremos: ni rigorismo en la negativa que obliguen al interesado a la vía del recurso, con sus innegables inconvenientes (la complejidad y lentitud del procedimiento frente a la frecuente urgencia en las solicitudes de información registral), ni la descuidada publicidad de datos (personales) no pertinentes a efectos inmobiliarios[142].

Un apartado especial, aunque necesariamente breve, es el dedicado a la seguridad y privacidad. A este efecto, el Manual se remite a las Medidas de Seguridad del Anexo II del RD 3/2010 y del RD 951/2015 (Esquema Nacional de Seguridad), por imperativo de la Disp. Adic. primera de la LOPD, para evitar la pérdida, alteración o acceso no autorizado de los datos personales; a observar por los responsables incluidos en su art. 77.1, entre los que puede incluirse los registros. Por su parte, el RGPD establece medidas de seguridad concretas en base al nivel de riesgo que implica el tratamiento; riesgo calculado según metodología basada en las guías publicadas de la AEPD[143].

Dicho Manual también regula, entre los procesos de cumplimiento normativo de privacidad (cap. 5, pp. 46 y ss.), el análisis de riesgos (aceptable/elevado), las evaluaciones de impacto de Protección de Datos (EIPD), las denominadas "seguridad desde el diseño y por defecto" (medidas recogidas en el Anexo IV "Matriz de Controles según el nivel de riesgos"), el Sistema de Gestión de Seguridad de la Información y Privacidad del Registro (SGSIP, siguiendo los requerimientos de los estándares internacionales, a través de las fases de planificación, ejecución, seguimiento, mejora y verificación —auditorias— del cumplimiento). A cargo está el responsable del tratamiento, es decir, el registrador, a través de este proceso (soportado por el CORPME en su rol de encargado en una ocasiones y en otras Delegado de Protección de Datos a través de la Oficina de Protección de Datos y Cumplimiento Normativo) apoyándose en el Responsable de Seguridad y en el personal competente que considere, y contratando en su caso a em-

presas especializadas en las distintas funciones (informática, contabilidad,…). Para su efectividad se contemplan las respectivas medidas de cumplimiento[144].

En este ámbito la Ley 11/2023 prevé que los Registros aplicarán con carácter obligatorio un esquema de seguridad electrónica definido por el CORPME y que la DGSJFP garantizará la lectura, verificación actualización periódica y permanencia en el largo plazo (239.1 LH). Además, los datos y asientos en soporte electrónico deberán replicarse de la forma más inmediata posible en al menos dos centros de proceso de datos seguros, distantes geográficamente entre sí, establecidos bajo la responsabilidad del Colegio (239.3).

Precisamente para el seguimiento y control de ese cumplimiento de las medidas técnicas y organizativas, el ANEXO II del Manual, bajo la denominación "Registro de Actividades del Tratamiento" adjunta una tabla-resumen de los tratamientos identificados en el Registro de la propiedad, relacionando el origen y tipo de datos que integran los ficheros automatizados, en su caso firmados electrónicamente, el rol del registrador y la base jurídica (finalidad y tratamiento) de los mismos[145].

Primeramente es preciso distinguir entre actuaciones por cuenta propia o privadas, referidas a las relaciones laborales (nóminas del personal, partes de accidente, control de presencia, selección) contactos, usuarios del servicio registral, proveedores, visitas, y por cuenta ajena o públicas (solicitudes y remisiones de publicidad formal, tanto presenciales como telemáticas, práctica de asientos, presentación relativa a impuestos, vg., Sucesiones y Donaciones. TP y AJD, plusvalía,…).

Como vemos en tales informes el grado de tratamiento es muy variado según el tipo de datos[146]. Así, por no sujeción a la normativa de determinados tratamientos, o por su infrecuencia en el ámbito registral descartamos el relativo a actuaciones o actividades domésticas o personales, personas fallecidas, personas jurídicas, documentación anónima, orientación sexual, origen étnico o racial, lengua materna, características físicas o antropométricas de los sujetos. Tampoco son frecuentes las cuestiones de seguridad nacional, política exterior o seguridad común de la Unión Europea, ni transferencia a terceros países, estilo de vida, pertenencia a clubes o asociaciones no profesionales.

En otros aspectos sí que es posible y hasta frecuente el tratamiento algunos otros datos, vg., los relativos directa o indirectamente a circunstancias sociales y económicas (propiedades, licencias, permisos o autorizaciones urbanísticas), laborales, profesionales (pertenencia a Colegios o Asociaciones de este tipo), actividades de negocios (transacciones de bienes y servicios), datos financieros (bancarios, datos sobre impuestos o deducciones fiscales, hipotecas, seguros,… pero no tanto cifras de ingresos y rentas, planes de pensiones y jubilación, nóminas laborales, tarjetas de crédito o débito), …

Por ello es muy destacable el compromiso legal del CORPME[147] en la formulación y aplicación de estas cláusulas.

Consideracion especial merece la informacion relativa a la representación gráfica georreferenciada de la finca registral, y en su caso, la referencia catastral de la parcela de correspondencia. Son datos personales *indirectos,* pero su acceso es público, no sujeto a interés legítimo del interesado a diferencia del resto de datos registrales. Y ello porque la información que se proporciona a través de www.geoportal.registradores.org, versa sobre datos geográficos (vg., centroides georreferenciados, número de la finca, condición de coordinada o no con el Catastro), pero en ningún caso ha de contener datos de titularidad que habrán de ser solicitados al registrador, entonces ya acreditando el solicitante su interés legítimo.

Por su parte, la llamada información territorial asociada (a la representación gráfica georreferenciada de la finca registral)[148], en principio es información que permite a veces la identificación indirecta del interesado (otras es anónima) pero no es información registral propiamente por no constar técnicamente inscrita como tal[149].

## VIII. TRATAMIENTO DATOS PESONALES EN OTROS REGISTROS. EN ESPECIAL EL REGISTRO MERCANTIL Y CIVIL

A pesar de que el Registro Mercantil, por su llevanza, es registro de inscripción obligatoria y de personas y lo es principalmente de personas jurídicas (sociedades y cooperativas)[150], le es aplicable lo dispuesto en el RUEPD (Considerando 14) y la LOPD respecto de principios de la normativa y derechos de los titulares de datos personales (pues no todos son datos mercantiles) en términos asimilables, con alguna especialidad, a los del Registro de la Propiedad, bajo la apreciación casuística del registrador[151] en garantía de tales derechos (vg,. el derecho de oposición)[152].

Pero además, respecto al empresario individual, entre las circunstancias de su primera inscripción figura la de su identidad (arts. 87.1º y 90. 1º) y en el caso de personas casadas deberá expresarse, además, la identidad del cónyuge, fecha y lugar de celebración del matrimonio, los datos de su inscripción en el Registro Civil y el régimen económico del matrimonio legalmente aplicable o el que resulte de capitulaciones otorgadas e inscritas en el Registro Civil (art. 92, todos ellos del RRM). Ello sin perjuicio de la posible publicidad mercantil del emprendedor de responsabilidad limitada (art. 9 Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización).

En definitiva, la publicidad mercantil se presenta más permisiva (el solicitante no requiere la prueba de su interés legítimo) para mayor agilidad en el cumplimiento de su finalidad, la transparencia y agilidad del tráfico mercantil[153].

Aunque algún autor asimila el registro mercantil a un registro administrativo de los aludidos en el art. 105 CE[154], no en vano la Instrucción de 17 de febrero de 1998 reconoce que (además de los Registros de la Propiedad, los Registros Mercantiles, el Registro Mercantil Central), el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles (a integrar en el Registro de Bienes Muebles), los Registros de Buques y Aeronaves, y los Registros de Hipoteca Mobiliaria y Prenda Sin Desplazamiento son Registros de valor jurídico destinados no sólo a la difusión general de su contenido, sino a la atribución a los derechos inscritos de su plenitud de efectos, en favor de su titular y en aras, también, de la agilidad y de la seguridad en la contratación con terceros.

Otro de los registros en conexión con los anteriores es el Central de Titularidades Reales referido a los titulares últimos reales, personas físicas que controlan sociedades directa o indirectamente, respecto de las cuales es necesario un tratamiento de información completa y actualizada de datos personales, incluso con interconexión con otros registros europeos[155].

Respecto al Registro civil, también de inscripción obligatoria y folio personal, quizá se encuentra más avanzado en su aplicación electrónica que otros. Así, la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, lo define como único para toda España, electrónico y de tratamiento automatizado, bajo competencia del Ministerio de Justicia, como los demás objeto de este estudio. Y recalca: "serán de aplicación al Registro Civil las medidas de seguridad establecidas en la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal" (art. 3).

La protección de los datos personales alcanza en este Registro una relevancia muy especial pues precisamente su objeto lo constituyen hechos y actos que se refieren a la identidad, estado civil y demás circunstancias de la persona (art. 4), su llevanza como registro individual (art. 5) y atribución —por si fuera poco— de un código personal único e invariable en el tiempo a cada persona.

## IX. CONCLUSIONES

I. La normativa de protección de datos no modifica ni suprime los criterios y principios registrales (como resulta del art. 2.3 LOPD). Por el contrario, del incumplimiento de las normas y procedimientos registrales pueden devenir, incluso de forma indirecta, incumplimientos de la normativa de protección de datos personales. De ahí la conveniencia de la interpretación y aplicación conjunta de ambas regulaciones[156].

II. La balanza entre la seguridad jurídica inmobiliaria (que es la finalidad perseguida por la institución registral mediante la publicidad formal) y la privacidad, que es el interés protegido con la normativa sobre protección de datos, siempre exige un difícil pero necesario equilibrio. En efecto, los extremos no son deseables: ni una publicidad excesiva en perjuicio de la protección de datos, ni una negativa injustificada a proporcionar la información, en detrimento del principio de publicidad.

III. A mi juicio, se trata de dos normativas que respecto del dato personal persiguen dos objetivos casi opuestos, pero que encuentran determinada zona de confluencia en que son compatibles; este estudio pretende encontrarla y fundamentarla para su correcta aplicación. Y ello porque aunque pudiera pensarse que el cumplimiento estricto de la normativa hipotecaria derivará en la observancia de la normativa de protección de datos, al menos en sus principios (vg., información y transparencia, exactitud, minimización de datos) al no establecerse indicación expresa al respecto para el registrador, éste ha de tomar la decisión más conveniente, bajo su propio criterio y responsabilidad en función de las circunstancias de cada caso.

IV. La previsión expresa de que los registradores velarán por la protección de datos de carácter personal (222.6 LH) se considera por la doctrina un primer paliativo para conectar dos legislaciones, cronológica y funcionalmente, muy distantes: la hipotecaria y la de protección de datos, pero falta una regulación positiva, sustantiva (y no meras remisiones formales y recíprocas entre ambas normativas) que posibilite una profunda y efectiva coordinación. Quizá una buena ocasión para suplir esta ausencia sea el futuro reglamento de desarrollo de la LOPD, con dedicación de un capítulo *ad hoc* al ámbito registral, para no dejar esta trascendente cuestión solo a la prudente apreciación del registrador y consiguiente responsabilidad.

V. La cuestión no afecta solo a la prestación de un servicio público por los registros, sino que incide en el ámbito particular: se puede producir un conflicto de intereses entre quien quiere conocer al propietario de un inmueble y el propietario que no quiere dar a conocer su propiedad, incluso entre el solicitante de publicidad que quiere mantener oculta su solicitud frente al titular registral cuya titularidad ha sido solicitada y pretende conocer la identidad del solicitante.

VII. Y es que dado que la protección de datos es una cuestión transversal a toda la regulación hipotecaria se hace cada vez más urgente la aprobación de una normativa (legal y reglamentaria) que atienda con seguridad jurídica sus aspectos esenciales, principalmente respecto a las formas de publicidad y ponderación de los datos a publicar, incluso para no infringir la normativa europea.

VIII. Por último, tenemos que situar al registro electrónico y a la materia de protección de datos en el contexto de un incesante avance tecnológico, debiendo

considerar el lógico retraso de su normativa reguladora, el deseable grado de confianza del usuario no experto en la protección de sus intereses y las posibilidades que ofrece, para lo que su estudio y difusión es imprescindible.

## X. BIBLIOGRAFÍA

Los enlaces se entienden referidos al 6.8.2024 como fecha de última consulta

BASTIDA FREIJEDO, F.J., y VILLAVERDE MENÉNDEZ, I, (2005) "Protección de datos y Registros de la Propiedad y Mercantil. La necesidad de una pronta adaptación normativa", *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 20 de junio de 2005, Ref. D-153, pp. 1899-1903.

DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, L., (1995). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, III, 4ª ed., Madrid: Civitas, 1995.

DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V., (2021) en Webinar "Interés legítimo y protección de datos" organizado por el CORPME, [en línea] *160 Aniversario de la Ley Hipotecaria,* disponible en *https://noticias.juridicas.com/160-anos-de-ley-hipotecaria/noticias/16343-webinar-laquo;interes-legitimo-y-proteccion-de-datosraquo.*

FERNÁNDEZ SAMANIEGO, J. y FERNÁNDEZ LONGORIA, P., (2019). El interés legítimo para legitimar el tratamiento de datos, en A. RALLO LOMBARTE, *Tratado de protección de datos* (dir), Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 169-196.

GIL GONZÁLEZ, E. (2022). *El interés legítimo en el tratamiento de datos personales.* Madrid: La Ley. Wolters Kluwer.

GIMENO SENDRA, J.V (1999). El Registro de la Propiedad y el derecho a la intimidad. En *Libro homenaje a Jesús López Medel*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España pp. 765-790.

GÓMEZ GÁLLIGO, J., (2009). La publicidad formal y la legislación de protección de datos de carácter personal tras la sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de diciembre de 2000. En J. Gómez Gálligo (coord.). *Antología de textos de la Revista Crítica de Derecho inmobiliario.* Madrid: Civitas. pp. 3533 a 3565.

GUICHOT REINA, E. (2006). La publicidad registral a la luz de la normativa sobre protección de datos. En especial, las cuestiones jurídicas que plantea el acceso telemático al contenido de los libros del Registro, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* nº 697. Madrid. pp. 1867-1908.

HERRERO OVIEDO, M. (2021), en Webinar "Interés legítimo y protección de datos" organizado por el CORPME, en el *160 Aniversario de la Ley Hipotecaria*, [en línea] disponible en https://noticias.juridicas.com/160-anos-de-ley-hipotecaria/noticias/16343-webinar-laquo;interes-legitimo-y-proteccion-de-datosraquo.

MANRIQUE PLAZA F.J. (2010). El conflicto entre la publicidad registral y la protección de datos personales. *EI Notario del siglo XXI*, nº 33 Septiembre-Octubre, [en línea] disponible en https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-33/1079-el-conflicto-entre-la-publicidad-registral-y-la-proteccion-de-datos-personales-0-6135732369623829.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C, (2020). La protección de datos personales en el Registro de la Propiedad, *Indret*, 3, [en línea] disponible en https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/375187/468593.

MARTÍNEZ GARCÍA, E. y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, C. (2021). Tratamiento de los datos en los registros de la propiedad y mercantiles y de bienes muebles. La visión del registrador (Comentario al artículo 2.3 LOPDGDD). En: A. Troncoso Reigada (dir.) *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales.* Vol. 1. Madrid: Civitas. Thomson Reuters. pp. 449-475.

MORAL MORO, Mª J. (2010). La Ley de Protección de Datos y los Registros de la Propiedad y Mercantil. En: E. Pedraz Penalva (dir.) *Protección de datos y proceso penal.* Madrid: Wolters Kluwer, pp. 195-306.

MURILLO DE LA CUEVA, E.L., (2021). Sobre interés legítimo y protección de datos. *Diario La Ley*, nº 9864, de 4 de junio de 2021,160 Años de Ley Hipotecaria, pp. 1-3, disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7945695.

PAU PEDRÓN, A, (1993) Comentario a los artículos 605 y 607 del Código Civil, en *Comentario del Código civil*, (t. I,). Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, pp. 1529 y ss.

RAGA SASTRE, N., (2019). Retos del Registro de la propiedad en materia de protección de datos y nuevas tecnologías. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º Especial, 775, pp. 269 a 303.

ROCA TRIAS, E. (2016). Registro de la propiedad y protección de datos, *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 115, Nº 2, pp. 13 a 30.

SERNA BILBAO, Mª N. (2021). Legislación específica y aplicación supletoria del RGPD 2016/679 y LOPD 2018 (Comentario al art. 2.3 LOPD). En: A. Troncoso Reigada (dir.). *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Vol. 1, pp. 377 y ss.

VIVAS TESÓN, I. (2018). El nuevo régimen de protección de datos del Registro de la Propiedad, *Derecho Privado y Constitución*, 33, pp. 117-156.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES Y OTRAS DISPOSICIONES

— Resolución-Circular de 8 de abril de 1983
— Resolución-Circular de 12 de junio de 1985
— Instrucción de 5 de febrero de 1987
— Resolución de 31 de agosto de 1987
— Instrucción de 29 de octubre de 1996
— Instrucción de 17 de febrero de 1998 sobre principios generales de la publicidad formal y actuación registral en caso de petición en masa
— Circular 1/2003, sobre el modo de expedir la publicidad formal

RESOLUCIONES DIRECTAMENTE CITADAS:

— RDGRN de 11 de septiembre de 2009 (RJ 2009\4570)
— RDGRN de 29 de julio de 2010, (RJ 2010\5137)
— RDGRN de 3 de diciembre de 2010 (RJ 2011\550)
— RDGRN de 19 de noviembre de 2012 (RJ 2013\1133)

— RDGRN de 20 de noviembre de 2012 (RJ 2013\694)
— RDGRN de 12 de diciembre de 2012 (RJ 2013\1145)
— RDGRN de 26 de febrero de 2013 (RJ 2013\2911)
— RDGRN de 1 de abril de 2013 (RJ 2013\3662)
— RDGRN de 3 de febrero de 2014 (RJ 2014\1552)
— RDGRN de 28 de abril de 2014 (RJ 2014\3224)
— RDGRN de 30 de mayo de 2014 (RJ 2014\3817)
— RDGRN de 12 de diciembre de 2014 (RJ 2015\145)
— RDGRN de 12 febrero 2015 (RJ 2015\1219)
— RDGRN de 19 de abril de 2016 RJ 2016\3967)
— RDGRN de 25 de noviembre de 2016 (RJ 2016\6063)
— RDGRN de 16 de diciembre de 2016 (RJ 2016\6632)
— RDGRN de 27 de junio de 2017 (RJ 2017\3774)
— RDGRN de 6 de noviembre de 2017 (RJ 2017,5200)
— RDGRN de 9 de enero de 2018 (RJ 2018/42)
— RDGRN de 23 de enero de 2018 (RJ 2018/153)
— DGRN de 27 de febrero de 2018 (RJ 2018\813)
— RDGRN de 8 de abril de 2018 (RJ 2018\1497)
— RDGRN de 17 mayo de 2018 (RJ 2018\2490)
— RDGRN de 19 junio de 2018 (RJ 2018\3476)
— RDGRN de 1 de agosto de 2018 (RJ 2018\4301)
— RGRN de 9 de enero de 2020 (RJ 2020\929)
— RDSJFP de 2 de junio de 2020 (RJ 2020\3354)
— RDGSJFP de 4 de junio de 2020 (RJ 2020\3006)
— RDGSJFP de 16 de julio de 2021 (RJ 2021\3928)

STJUE

— Asunto *Schrems contra Data Protection Commissioner*, de 6 octubre 2015
— Asunto *Camera di Commercio… contra Salvatore Manni*, Sala segunda, de 9 de marzo de 2017 (C-298/15)
— Asunto *Breyer contra Alemania*, Sección Quinta, rec. nº 50001/12, de 30 de enero de 2020

STS

(Sala 3ª)

— STS de 24 de febrero de 2000 (RJ 2000\2888)
— STS de 12 de diciembre de 2000 (RJ 2001, 552)
— STS de 31 de enero de 2001 (RJ 2001, 1083)
— STS de 9 de abril de 2001 (RJ 2001, 4214)
— STS de 7 de junio de 2001 (RJ 2001, 6236)
— STS de 21 de noviembre de 2013 (RJ 2013, 7636)

(Sala 1ª), de 3 de enero de 2011 (RJ 2011, 426)

Sentencias del TEDH
— *Amann contra Suiza*, Gran Sala (rec. Nº 27798/95), de 16 de Febrero de 2000
— *Dragan Petrovič contra Serbia*, Sección Cuarta, (rec. Nº 75229/2010), de 14 de abril de 2010.

Sentencias del Tribunal Constitucional
— STC 107/1988 de 8 junio (RTC 1988\107)
— STC 254/1993, de 20 de julio (RTC 1993\254)
— STC 292/2000, de 30 noviembre (RTC 2000\292)
— STC 185/2002 de 14 octubre (RTC 2002\185)

Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)
— Resolución de archivo de actuaciones practicadas de oficio por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad Colegio Oficial de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. disponible en https://www.aepd.es/documento/e-00562-2010.pdf.
— Informe 0034/2010 de su Gabinete Jurídico (AEPD) sobre el número de finca como dato de carácter personal
— Guía para contratación de servicios cloud-computing, disponible en https://www.aepd.es/media/guias/guia-cloud-clientes.pdf
— Resolución 01107/2017, respecto de un supuesto de videovigilancia, disponible en https://www.aepd.es/documento/00517-2016.pdf
— Manual de protección de datos (2021). Se trata de un documento elaborado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, a través de su Servicio colegial de privacidad, Diciembre 2021 (citado como Manual)
— Registro de Actividades del tratamiento del CORPME disponible en https://www.registradores.org/registro-de-tratamiento.
— Documento Colegial de Plazos de Conservación de Legajos en Registros, de 10 de junio de 2008, ver extracto de la información en https://www.registradoresdemadrid.org/casos/plazo-de-conservacion-de-los-documentos-del-archivo-del-registro-554
— Documentación disponible en los repositorios corporativos, en especial, en el módulo "Documentación" de Prisma Adapt@.
— Información sobre política de privacidad del CORPME, disponible en https://www.registradores.org/politica-de-privacidad.

## NOTAS

[1] Según DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN (1995, 299), el Registro de la Propiedad constituye el conjunto de medios y sistemas que permiten conocer quiénes son los titulares y cuál es el estado jurídico de los bienes para dar seguridad y eficacia a su tráfico.

[2] Vid. Reglamento (UE) 2022/868, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2022, relativo a la gobernanza europea de datos, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724 (Reglamento de Gobernanza de Datos) y mediante el que se busca un ajuste de los valores y principios de la Unión que aporten beneficios a los ciudadanos, empresas e instituciones. RAGA SASTRE, N. (2019), Retos del Registro de la propiedad en materia de protección de datos y nuevas tecnologías. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º Especial, 775, pp. 278 y ss, se plantea si el Registro servirá de plataforma para nuevos retos y proyectos (reutilización de datos, *smart contracts*, *blockchain*, …).

[3] La contraposición entre la publicidad inherente al Registro de la Propiedad y la necesidad de preservar la comunicación de datos personales se destaca de manera recurrente por toda la doctrina que estudia esta materia. Vid. entre otros, ROCA TRÍAS (2016, 15) y VIVAS TESÓN (2018, 129).

[4] GUICHOT REINA (2006, 1890), nos recuerda que la informatización registral comenzó con la creación del Índice General Informatizado de fincas, de derechos y de sus titulares tanto por cada Registro, como a nivel nacional, previsto por el art. 398.c RH.

[5] VIVAS TESÓN (2018, 130) señala que la información ingresa al Registro a través de los asientos de presentación, inscripciones, anotaciones preventivas, cancelaciones y notas marginales, procediendo de muy diversas fuentes (particulares, notarías, juzgados y tribunales, Administraciones, etc.).

[6] ROCA TRIAS, 2016, 18-22, que cita fragmentos de las STC 254/1993, de 20 de julio (RTC 1993\254) y 292/2000 (RTC 2000\292), de 30 de noviembre; en p. 20 considera que se ha producido una implicación creciente: desde una limitación del uso de la informática para la protección (defensiva) de estos derechos fundamentales (intimidad y datos personales) hasta alcanzar una configuración autónoma y positiva respecto de cada uno de ellos. Hoy la protección de los datos personales encuentra su tutela jurídica al más alto nivel como derecho fundamental autónomo protegido a través del art. 18.4 Constitución española, pero también en el ámbito de la Unión Europea (art. 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

[7] ROCA TRIAS (2016,14), encuadra muy certeramente la cuestión al afirmar que instituciones tradicionalmente pensadas para otros contextos y necesidades, como el Registro de la Propiedad, plantean disonancias cuando se pretende pasarlas por el filtro de los derechos fundamentales; y estudia breve pero significativamente la evolución legislativa y constitucional de la protección de datos. Concluye que la cognoscibilidad legal de los asientos registrales y la información de su contenido (a través de la denominada publicidad formal) puede suponer un peligro para el derecho de protección de datos por el "riesgo de descontrol" en un acceso indiscriminado.

[8] VIVAS TESÓN (12018, 139), en nota 53 cita a PAU PEDRÓN (1993, 1529) que insiste en que dicha publicidad es simple posibilidad de conocimiento —cognoscibilidad—; no se impone la obligación de conocimiento ni se establece la necesidad de conocimiento de lo registrado para que la inscripción despliegue sus efectos; tampoco se establece una presunción de conocimiento. Ya desde un primer momento la Exposición de Motivos de la Ley de 1861 advierte contra la curiosidad malsana: *"*No son de temer en este sistema pesquisas impertinentes que puedan alentar las malas pasiones y convertir en daño de personas determinadas los secretos de su crédito".

[9] Vg., el de 3 de noviembre de 1994 (Boletín del Colegio de Registradores, 36, pp. 1009-1013 y otros posteriores).

[10] Todas estas cuestiones han sido atendidas por numerosas Resoluciones-Circulares e Instrucciones de la DGRN extractadas en lo esencial en GÓMEZ GÁLLIGO, (2009) pp. 3535, nota (2).

[11] Así lo explica GÓMEZ GÁLLIGO, op. et loc. cit.

[12] Se refiere al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DOUE L-119, de 04.05.2016) (en adelante RUEPD).

[13] Se encuentran en esta situación, *entre otros*, los tratamientos realizados al amparo de la legislación orgánica del régimen electoral general, en el ámbito de instituciones penitenciarias y los derivados del Registro Civil, los Registros de la Propiedad y Mercantiles". La expresión "entre otros", permite incluir en el art. 2.3 a los Registros de Bienes Muebles.

[14] HERRERO OVIEDO (2021) considera que, si bien puede admitirse la justificación de la exclusión registral del ámbito del RUEPD por no incluirse entre los fines propios de la UE, dicha exclusión no es correcta en el seno de la LOPD 2018 por ostentarse competencia estatal para su regulación en virtud 149.I.8 CE respecto a la legislación civil, concretamente en orden a la ordenación de los registros.

[15] Se trata de un documento elaborado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, a través de su Servicio Colegial de Privacidad, Diciembre 2021. Vid. pp. 13 y 14.

[16] DOMÍNGUEZ CALATAYUD (2021). Según *Manual* (2021, 15) otro recurso es entender que ese llamamiento supletorio no se realiza al Reglamento europeo, sino a su contenido normativo, a su articulado que, de alguna manera, podríamos considerar incorporado a la propia LOPD a tal objeto de ser regulación supletoria. Un matiz interesante lo ofrece el *Manual* p. 15 al dejar constancia de la diferencia de rango normativo que impone nuestra Constitución entre el desarrollo de un derecho fundamental, que podríamos entender como concreción o delimitación, reservado a una Ley Orgánica y la regulación de su ejercicio que puede hacerse mediante Ley Ordinaria, todo ello sin perjuicio del desarrollo reglamentario. De todas formas llama la atención que la misma LOPD declare aplicable con preferencia una Ley Ordinaria, como sería la Ley Hipotecaria, a una Ley Orgánica como lo es la propia LOPD de cuyo ámbito de aplicación declara excluidos dos líneas antes los tratamientos derivados de los Registros de la Propiedad y Mercantiles.

[17] Así lo consideran la mayoría de los autores, entre ellos. VIVAS TESÓN (2018, 136), con apoyo de la DGRN (vg., RDGRN de 27 de junio de 2017, RJ 2017, 3774) Fto. 2º.

[18] Según *Manual*, (2021, 16) …. persiguiendo la realización del principio de seguridad jurídica así como la armonización del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de acuerdo con el principio de proporcionalidad para *respeto de* los demás derechos fundamentales y (hasta) el servicio de la humanidad (como manifiesta el Considerando 4 del RUEPD).

[19] Concretamente en sus letras e) La persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción; y f) La persona de quien procedan inmediatamente los bienes o derechos que deban inscribirse.

[20] GÓMEZ GÁLLIGO (2009, 3538) considera que algunos de ellos son propiamente competencia del Registro civil; en el de la Propiedad bastará indicar el carácter de la titularidad del bien (vg., ganancial o privativo) para reflejar el poder de disposición del titular, pero no

datos personales (nombre del cónyuge o ex cónyuge si media un proceso de divorcio). Vid. RDGRN de 29 de julio de 2010 (RJ\2010\5137). El *Manual*, p. 74, alude expresamente a la inclusión del DNI en las notas simples, al menos desde la reforma del art. 332.5 RH en 1999. Más concretamente, según el art. 332.8 RH el Registrador ante quien se curse la solicitud apreciará, entre otros extremos, la coincidencia tanto los datos de identidad del solicitante, como el documento oficial de identidad de la persona respecto de la cual se solicita información.

[21] Vid. Circular 1/2003, concreta que "(…) existen supuestos como el de embargo de la vivienda habitual familiar privativa de un casado o de disposición de un bien por un viudo cuando el carácter es de privativo por confesión del consorte en que sí deben hacerse constar dichas circunstancias". Así lo confirman MARTÍNEZ GARCÍA y MIQUEL LASSO DE LA VEGA (2021, 469) y en parecido sentido *Manual* cit. p. 76, recuerda que con carácter orientativo la DGRN ha mantenido una serie de criterios. Así, siguiendo la misma Circular 1/2003 del Colegio, no debe incluirse el dato de la nacionalidad (aunque cuando el dominio es de ciudadanos extranjeros, podría ser relevante incluirlo por referencia al régimen económico matrimonial de su legislación nacional); tampoco debe informarse sobre las causas de desheredación, las incapacidades (mejor, discapacidades desde la Ley 8/2021), si no afectan al objeto concreto de la información solicitada, los motivos de querellas anotadas, ni el cambio de sexo acompañado de cambio de nombre.

[22] A este último respecto, el art. 362 RH se halla todavía pendiente de su adaptación a la Ley 8/2021, aunque el art 222.9 LH en relación a la información por comunicación electrónica, ya ha suprimido la alusión al "Libro de incapacitados", que denomina "Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles", y excluye de la información "lo atinente a las resoluciones judiciales que establezcan medidas de apoyo a personas con discapacidad". Sin embargo, no parece haber desaparecido la expresión "incapacitados" en los arts. 73 pfo. 2 (relativo a las anotaciones) y 185 (respecto de los bienes reservables) ambos de la LH.

[23] Vid. *Manual* (2021, 111). En materia de situaciones concursales, téngase en cuenta la existencia de una publicidad específica en el portal previsto en la Ley (en el ámbito registral mercantil).

[24] Vid. VIVAS TESÓN (2018, 134). Lo dicho es aplicable, salvando distancias, a los menores.

[25] Omitimos la letra b) por no referirse a personas físicas, sino jurídicas aunque según su respectiva legislación especial pudiera tener alguna incidencia indirecta en nuestra materia.

[26] *Manual* (2021*,* 75). Con carácter excepcional y, siempre previa valoración por parte del registrador del interés legítimo alegado por el peticionario, podrá suministrarse este dato (recogido en virtud del art. 51.9 RH) siempre que exista una norma con rango de Ley que otorgue cobertura a la comunicación planteada sin necesidad de contar con el consentimiento del afectado, como veremos (conforme a los arts. 6.1, letras c) o e) RGPD. En concreto el *Manual*, (20212, 124) alude a las notificaciones que se practican a colindantes registrales y catastrales conforme al art. 199 LH, en relación al dato del domicilio que consta en el Registro o en el Catastro.

[27] Vid. MARTÍNEZ GARCÍA y MIQUEL LASSO DE LA VEGA (2021, 468).

[28] Dicho precepto remite a la vía reglamentaria para concretar el procedimiento para autorizar la restricción del acceso a la información relativa a determinadas personas, comerciantes o fincas cuando ello venga impuesto por estas razones. El mandato no ha sido aún desarrollado por el Ministerio de Justicia lo que resulta extraño dada la sensibilidad social de esta cuestión; a juicio de VIVAS TESÓN (2018, 153) quizá el retraso sea debido a las dudas acerca de si mediante una norma reglamentaria puede restringirse un derecho fundamental como el de la información pública.

[29] ROCA TRIAS, op. cit., pp. 26 y 27, cita STJUE de 6 de octubre de 2015; asunto *Schrems c Data Protection Commissioner*, § 42, respecto al difícil equilibrio en esta materia. Vid. RGSJFP de 9 de enero de 2020 (RJ 2020\929).

[30] Según el *Manual* (2021, 111), respecto a la violencia de género se distinguen varios escenarios, a falta de previsión reglamentaria: a) la aportación por la persona interesada de un mandamiento judicial (con previsiones expresas que debe respetar el registrador); b) la aportación de mera denuncia (el registrador deberá observar una especial precaución al calificar la procedencia o no de dicha publicidad, con la advertencia a la interesada de la precaución de fijar un domicilio a efectos de notificaciones distinto del domicilio habitual); y c) la carencia en el registro de documentación acreditativa de su situación.

[31] *Manual* (2021, 83) alude a las debidas garantías (arts. 89.1 RUEPD) y distingue entre las solicitudes de particulares y de la Administración Pública. Vid. arts. 25 y 26 LOPD con remisión a la normativa sectorial estatal y autonómica (relativa a patrimonio histórico y archivos). Todo ello sin perjuicio de que, en el ámbito registral, el tratamiento y publicaciones de datos estadísticos, según el art. 622 RH, "corresponde al Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España bajo la supervisión de la Dirección General de los Registros y del Notariado. El Colegio realizará publicaciones anuales estadísticas".

[32] Vid. *Manual* pp. 20 y 59: la proporcionalidad tiene que ver con evaluar si la finalidad que se persigue se puede conseguir por otros medios (vg., utilizando otros datos, reduciendo el universo de personas afectadas de manera cuantitativa o cualitativa), haciendo uso de otras tecnologías menos invasivas o bien aplicando otros procedimientos o medios de tratamiento (modificando los inicialmente previstos). Precisamente las Evaluaciones de Impacto de Protección de Datos (EIPD) habrán de evaluar la necesidad y proporcionalidad del tratamiento conforme a la adecuación a la finalidad prevista.

[33] Vid. VIVAS TESÓN (2018, 152): Si bien lo ideal sería que en el Registro de la Propiedad se hiciera constar, únicamente, información jurídico-real, de modo que coincidiera lo registrable con lo publicable, lo cierto es que en los asientos registrales obran multitud de datos y circunstancias de las personas (en nuestra opinión, demasiados), los cuales son necesarios para el tráfico inmobiliario y para la comprobación de la legalidad de la operación inscrita (*v. gr*., documento nacional de identidad, estado civil de un contratante, domicilio, modificaciones de la capacidad, etc.), pero no son, propiamente, registrales (al menos, pienso, no publicables en la misma medida). Insiste en esta idea de *lege ferenda* porque para aplicar la cual es necesaria un reforma del art. 51 RH, MANRIQUE PLAZA (2010).

[34] Según art. 4.2 LOPD no será imputable al responsable del tratamiento, siempre que éste haya adoptado todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen sin dilación, la inexactitud de los datos personales cuando los datos inexactos hubiesen sido obtenidos por el responsable directamente del afectado, de un mediador o intermediario cuando se prevea que recoja en nombre propio los datos de los afectados para su transmisión al responsable, u obtenidos de un registro público por el responsable. Veremos alguna cláusula relativa a este aspecto en la política de privacidad de la web registral.

[35] Así lo destaca el *Manual* (2021, 21), respecto a los procesos de trabajo del registro, con remisión a la D. A. octava de la LOPD relativa a la potestad de verificación de las Administraciones Públicas: Cuando se formulen solicitudes por cualquier medio en las que el interesado declare datos personales que obren en poder de las Administraciones Públicas, el órgano destinatario de la solicitud podrá efectuar en el ejercicio de sus competencias las verificaciones necesarias para comprobar la exactitud de los datos del interesado,… se entiende que a fin de evitarle posibles perjuicios derivados de la desactualización de sus datos.

[36] Vid. *Manual* (2021, 114). Vid. la propuesta del CORPME (Documento Colegial de Plazos de Conservación de Legajos en Registros, de 10 de junio de 2008.

[37] *Manual* (2021, 117) contiene tabla indicativa del inicio del cómputo, fundamento legal al respecto y plazo que oscila desde los 30 días para el control de acceso a edificios a los10 años en materia de blanqueo de capitales.

[38] Vid. *Manual*, (2021, 21): el RUEPD, a diferencia de la normativa anterior, no tasa medidas de seguridad a aplicar, sino que deja libertad al responsable del tratamiento para definir qué medidas resultan más adecuadas acorde al nivel de riesgo del proceso analizado en cada caso, como veremos más adelante.

[39] Para GIL GONZÁLEZ (2022, 221) el principio de proactividad supone la inversión de carga de la prueba, es decir, la obligación de valorar los intereses y derechos del interesado, lo que representa un ámbito mayor que el estricto de la protección de datos (vg., tutela judicial efectiva). Y es que según MURILLO DE LA CUEVA (2021, 2), la aplicación del principio de responsabilidad proactiva que inspira la vigente normativa no se debe agotar en la adopción de las medidas preventivas basadas en los análisis de riesgos, la evaluación de impacto y las políticas de privacidad. Requiere, también, la constante ponderación de diferentes derechos que entran en liza con la protección de datos y la reflexión profunda sobre la utilización de nuevas tecnologías y su seguridad dando un enfoque prestacional a la protección de datos. Ello refleja un cambio de aptitud de la normativa: desde la estricta defensa hasta una proyección más plena.

[40] Vid. VIVAS TESÓN (2018, 152) y GUICHOT REINA (2006, 1876) y *Manual* (2021, 20). Por su parte, MARTÍNEZ ESCRIBANO (2021, 5) considera superflua la mención de que un titular anteriormente casado quede viudo o se divorcie y que sería preferible que en el Registro de la Propiedad volviera a figurar como *soltero*, sin precisar la causa que afecta a su vida privada. Lo cierto es que, como contrapartida, en otras ocasiones estos mismos datos personales que figuran en la inscripción permiten al registrador una más ajustada calificación de los actos de disposición cuya inscripción se pretenda (art. 18 LH) como ocurre en relación a los datos respecto a la capacidad de obrar (hoy aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica) contenidos en las escrituras, conforme de lo que resulte de estas y de los asientos del Registro.

[41] Art. 4.1 RUEPD define los conceptos de dato personal y, en relación a éste, el de persona física identificable, aunque algunos plantean un método inverso. Así "Será dato personal toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»)"; y continúa aclarando que se considerará persona física identificable "toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona".

[42] Respecto a los denominados por oposición, datos no personales, vid. Reglamento (UE) 2018/1807, del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea. Pretende con ello una economía europea de datos altamente competitiva sobre la base de su portabilidad. En efecto, define los datos no personales (simplemente) por exclusión de los personales (art. 3.1), sin olvidar la estrecha interrelacion entre unos y otros, conectados a través de técnicas como la pseudonimización y la anonimizacion. Ello implica también una regulación mixta: "en el caso de un conjunto de datos compuesto por datos personales y no personales, el presente Reglamento se aplicará a los datos no personales del conjunto de datos. Cuando los datos personales

y los no personales de un conjunto de datos estén inextricablemente ligados, se aplicará con preferencia el RUEPD (art. 2.2), con evaluación y orientaciones informativas sobre la interacción entre ambos Reglamentos (art. 8.3, todos ellos del citado Reglamento).

[43] MARTÍNEZ ESCRIBANO (2020, 6 y 7) y GUICHOT REINA (2006, 1869). En palabras de ROCA TRÍAS (2016, 24) los datos personales aparecen en el Registro de la Propiedad "*per relationem"* o de forma indirecta en la inscripción de la propia finca. Por su parte, VIVAS TESÓN (2018, 151) advierte que pese a que el Registro de la Propiedad, a diferencia de otros registros como el Civil o el Central de Penados y Rebeldes, no tiene como función principal ser fuente de información de datos personales, estos están indefectiblemente ligados a los datos que sí son objeto de dicho Registro.

[44] MARTÍNEZ ESCRIBANO, *idem*.

[45] VIVAS TESÓN (2018, 137).

[46] VIVAS TESÓN (2018, 136 nota 47) nos recuerda que en este sentido se pronuncia la RDGRN de 27 de junio de 2017 (RJ 2017, 3774) siguiendo la Instrucción de la DGRN de 17 febrero 1998.

[47] Dice el Fto. 6º: *El objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal (también los datos personales públicos, … accesibles al conocimiento de cualquiera,..)… los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo.*

[48] Vid. ROCA TRÍAS (2016, 19). Con más precisión GIMENO SENDRA (1999, 776 y ss) distingue, por un lado, entre la intimidad y la privacidad y, por otro, una esfera pública, según se trate, respectivamente, de informaciones que el sujeto desea que sean o no conocidas por grupos reducidos o por el público en general. No obstante, en uno y otro caso la interconexión de datos puede dar a conocer aspectos de la personalidad que el sujeto emisor de la información nunca hubiera desvelado. En el mismo sentido, vid. *Manual*, p. 74.

[49] MARTÍNEZ ESCRIBANO (2020, 7, nota 3) cita la Sentencia *Breyer contra Alemania*, Sección Quinta, rec. nº 50001/12, de 30 de enero de 2020 § 74, y también la sentencia *Amann contra Suiza*, Gran Sala, rec. Nº 27798/95, de 16 de Febrero de 2000, § 65.

[50] Así lo señala VIVAS TESÓN (2018, 138) que cita el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, en su art. 51: "A efectos de lo dispuesto en este Título, tienen la consideración de datos protegidos el nombre, apellidos, razón social, código de identificación y domicilio de quienes figuren inscritos en el Catastro Inmobiliario como titulares, así como el valor catastral y los valores catastrales del suelo y, en su caso, de la construcción de los bienes inmuebles individualizados". En su conformidad vid. art. 73 del Real Decreto 417/2006, de 7 de abril, por el que se desarrolla el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario.

[51] Es decir, por el número que se otorga en el momento de su primera inscripción o inmatriculación se puede conocer el contenido de la inscripción en el que aparecerá, entre otro tipo de información, la persona a cuyo favor se haga la inscripción y la persona de quien procedan inmediatamente los bienes o derechos que deban inscribirse. Vid. Informe 0034/2010 de su Gabinete Jurídico (AEPD), referido por el *Manual*, pp. 123-124.

[52] Para MARTÍNEZ ESCRIBANO (2020, 5 y 6), el tratamiento de tales datos estaría incluido en la excepción prevista en la letra g): "el tratamiento es necesario por razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado". Para esta autora el interés público esencial en este caso se concretaría en la seguridad jurídica, objetivo perseguido por el Registro y consagrado como principio constitucional en el art. 9.3 CE.

[53] Vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO (2020, 10) con remisión a VIVAS TESÓN (2018, 126-129). Conforme al art. 8.2 LOPD, en los casos de tratamiento de los datos por interés público es necesario que la competencia venga atribuida por una norma legal.

[54] El art. 4.6 RUEPD define como fichero: "todo conjunto estructurado de datos personales, accesibles con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado, descentralizado o repartido de forma funcional o geográfica". Vid. por todos, ROCA TRÍAS (2016, 16 y 17) que se remite a DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN (1995, 299) que define al Registro como *archivo.* Para VIVAS TESON (2018, 130) es un fichero de titularidad pública al servicio de los intereses generales y particulares de los ciudadanos, cuya información ingresa a través de distintos tipos de asientos. Como precedente puede destacarse cómo la normativa hipotecaria contemplaba cumplidamente los requisitos que para la inscripción de los ficheros de titularidad pública establecía el art. 18 de la LORTAD 1992, como explica GUICHOT REINA (2006, 1883 y 1884).

[55] Según art. 4.2 RUEPD es tratamiento: cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción;….

[56] *Manual* (2021, 122): entre las causas de tales peligros figuran la ubicación de servidores alojados en terceros países, el muy escaso margen de negociación de clausulados con las grandes empresas tecnológicas, la existencia de subencargados, ausencia o deficiencia de controles de acceso a la información, o incertidumbre respecto a que las medidas de seguridad respondan con fidelidad a los requerimientos nacionales de seguridad (Esquema Nacional de Seguridad). Para conjurar estos peligros debe acudirse a técnicas como el cifrado y el cumplimiento de requisitos establecidos para el encargado del tratamiento en el art. 28 RUEPD. Vid. las orientaciones de la AEPD en esta materia en https://www.aepd.es/media/guias/guia-cloud-clientes.pdf

[57] En general, vid. *Manual,* 2021, 72 y ss y 99 y ss, respecto de tratamientos privados y públicos y modelos propuestos por el CORPME para cada tipología de contrato y rol se encuentran disponibles en sus repositorios corporativos y en el módulo "Documentación" de Prisma Adapt@.

[58] Según la AEPD: "La delimitación del régimen aplicable a los ficheros de titularidad pública y privada debe fundarse en un doble criterio: por una parte el responsable del fichero deberá ser una Administración Publica y por otra, en los supuestos que pudieran plantear una mayor complejidad, sería necesario que el fichero sea creado como consecuencia del ejercicio de potestades públicas." Vid. Resolución: R/01107/2017, disponible en https://www.aepd.es/documento/00517-2016.pdf

[59] Respecto de los conceptos de responsable y encargado del tratamiento de datos, el art. 4.7 RUEPD define *al* responsable del tratamiento como la persona física o jurídica, autoridad

pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento….” Y según el art. 4.8 del mismo texto “es encargado del tratamiento: la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento.

[60] Vid. GUICHOT REINA (2006, 1886) y VIVAS TESÓN (2018, 132). Por su parte, MARTINEZ ESCRIBANO (2020, 8), matiza que mientras que el personal que trabaja en el Registro, es decir, dependiendo del responsable del fichero, puede considerarse como “encargado del tratamiento” no parecen tener este carácter los terceros usuarios de la información registral.

[61] Consultable en https://www.registradores.org/politica-de-privacidad. Transcribimos su contenido literal más interesante a nuestros efectos.

[62] MARTÍNEZ ESCRIBANO (2020, 11) prefiere en su argumentación este fundamento de la letra e). aunque otros autores se muestran más dudosos. En cualquier caso, resulta útil en refuerzo de esta justificación la Disp. Adic. décima de la LOPD relativa a las Comunicaciones de datos por los sujetos enumerados en el artículo 77.1.

[63] Vid. *Manual* (2021, 24).

[64] Vid. FERNÁNDEZ SAMANIEGO y FERNÁNDEZ LONGORIA, (2019), “El interés legítimo para legitimar el tratamiento de datos”, en *Tratado de protección de datos* (Dctor RALLO LOMBARTE, Artemi), Ed. Tirant lo Blanch, pp. 186.

[65] GIL GONZÁLEZ (2022, 58 y ss), respecto del consentimiento del afectado distingue entre el estándar de interesado medio (que indicará el nivel de su comprensión para un grupo determinado) y el estándar subjetivo de un interesado (particular y concreto). Frente a estos dos, un tercer estándar “de la parte contraria”, es decir del responsable del tratamiento, que concurre con su “interés legítimo” al que se refiere la letra f) del citado art. 6.1 RUEPD y que no debe confundirse en ningún caso con el interés legítimo del solicitante de publicidad. Lo conveniente es una armonización entre dichos tres estándares; de lo contrario será manifiesto (y perturbador) el conflicto entre el consentimiento (del interesado) y el interés legítimo (del responsable).

[66] Vid. *Manual* (2021, 29): son medios válidos para este propósito la existencia de una dirección de correo electrónico creada al efecto, una dirección postal, un número de teléfono (gratuito, o al menos, sin coste adicional) o la existencia de un sitio web que permita la gestión de estos trámites. En caso de que los datos del interesado hayan sido comunicados a un tercero, se comunicará a estos terceros la revocación del consentimiento del interesado y se procederá a bloquear los datos mientras pueda surgir algún tipo de responsabilidad al respecto.

[67] Aceptan (relativamente) el consentimiento del interesado MARTÍNEZ ESCRIBANO (2020, 8) y MORAL MORO (2010, 211 a 225) pero discrepa GUICHOT REINA (2006, 1870, nota 6) que echa de menos la protección de menores no emancipados, personas con discapacidad y ausentes, cuyo consentimiento no suele constarle al registrador, ni siquiera en forma tácita. Se plantea el caso contrario de cesión de datos por tales órganos al Registro, citando a BASTIDA FREIJEDO y VILLAVERDE MENÉNDEZ, (2005), “Protección de datos y Registros de la Propiedad y Mercantil. La necesidad de una pronta adaptación normativa”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 20 de junio de 2005, ef. D-153, p. 1902.

[68] VIVAS TESÓN (2018, 133, 134 nota 40, y 135): el carácter facultativo de la inscripción conlleva el consentimiento tácito del interesado para que sean publicados los datos registrables para fines idénticos (y no otros) a los que motivaron su recogida. Cualquier información solicitada para una finalidad distinta debe ser, por consiguiente, rechazada o bien autorizada mediante un nuevo consentimiento del afectado. En caso contrario, el registrador incurre en infracción sancionable, como prevé la LOPD.

[69] Tampoco parece que aquél consentimiento sirva de base en los casos de anotación preventiva, ni, en general, en ninguno de aquellos supuestos en que los asientos se practican a instancia de un órgano judicial o de la Administración.

[70] MARTINEZ ESCRIBANO, *idem*. No en vano la RDGRN de 11 de septiembre de 2009 (RJ\2009\4570) alude a la investigación judicial del patrimonio del ejecutado (ex art. 590 Lec): el Letrado de la Administración de Justicia acordará, por diligencia de ordenación, dirigirse a los registros públicos (entre otras entidades) que el ejecutante indique (en expresión sucinta), para que faciliten la relación de bienes o derechos del ejecutado de los que tengan constancia, pero solo en el caso de que el ejecutante no pudiera obtenerlos por sí mismo, o a través de su procurador.

[71] No en vano, dicha Instrucción de 1998 prevé: "Las solicitudes de publicidad formal quedarán archivadas, de forma que siempre se pueda conocer la persona del solicitante, su domicilio y documento nacional de identidad o número de identificación fiscal durante un período de tres años" (acuerdo 6º).

[72] En materia registral, habrá de estarse generalmente a la capacidad de disponer inmobiliaria y, aunque dicho precepto se refiere a los mayores de catorce años, recordemos que la emancipación solo es posible a partir de los 16 años. Precisamente en su pfo. 1.2 prevé: "se exceptúan los supuestos en que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento". Continúa el pfo 2º: dicho "tratamiento de datos solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela".

[73] En efecto, GIL GONZÁLEZ (2020, 170 y ss.) alude al derecho de oposición (*ex* art. 21 RUEPD por remisión del art. 18 LOPD) que implica una cierta capacidad de disposición del titular respecto de sus datos personales, derecho que no debe ser obstaculizado injustificadamente, sin perjuicio de la conveniencia de mención explícita y clara al interesado durante el tratamiento de sus datos.

[74] Vid. sobre esta materia la Ley 10/2010, de 28 de abril y su Reglamento, el Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo. Concretamente la Orden ECC/2402/2015, de 11 de noviembre, crea el Órgano Centralizado de Prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (CRAB) del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles. Queda así cubierta la exigencia rango de ley (ex art. 8 LOPD), que podrá determinar las condiciones generales del tratamiento y los tipos de datos objeto del mismo así como las cesiones que procedan correspondientes a los responsables del tratamiento (Registradores y CORPME, ex 32.3 de la Ley 10/2010 aunque esta norma alude a *encargados* del tratamiento) por lo que las comunicaciones que se realicen al CRAB (y cuyo destinatario final es el SEPBLAC, Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de capitales y de infracciones monetarias) constituyen cesiones de datos de las que no debe informarse a los titulares de tales datos que tampoco podrán ejercitar los derechos habituales. Además el art. 15 de la Ley 10/2010 prevé que los sujetos obligados (Registradores) pueden proceder a la creación de ficheros donde se contengan los datos identificativos de las personas con responsabilidad pública, aun cuando no mantuvieran con las mismas una relación de negocios, sin necesidad de contar con el consentimiento del interesado. Vid. *Manual* (2021, 113).

[75] En dicha Ley se dota al inicial y breve art. 222 LH de una serie de apartados que han tenido repercusión más o menos directa en el equilibrio entre las garantías de una efectiva publicidad formal y la materia de protección de datos. Incluso se dio cierta pugna judicializada por diversos colectivos (Notariado y empresas de información) en relación a la jerarquía entre

las normas hipotecarias (legales y reglamentarias) de las últimas reformas (desde 1998), como señala GUICHOT REINA (2006, 1897). Entre los fallos más relevantes al respecto centrados en los arts. 222 LH y 332 RH (este último con cierto historial de vicisitudes judiciales en los años 2000 y 2001), vid. la STS (Sala 3ª) de 24 de febrero y 12 de diciembre de 2000 (RJ 2001, 552); 31 de enero (RJ 2001, 1083), 9 de abril (RJ 2001, 4214) y 7 de junio de 2001 (RJ 2001, 6236); además de la STS (Sala Primera) de 3 de enero de 2011 (RJ 2011, 426) y la STC de 20 de noviembre de 2000.

[76] Ley 11/2023, de 8 de mayo, en adelante, de modificación de la Ley hipotecaria entre otras materias, con lo que extractamos su extenso título. Esta actualización ha entrado en vigor el 9 de mayo de 2024, según establece su disposición final 18.6.

[77] Vid. RDGRN de 19 de noviembre de 2012 (RJ 2013\1133): el acceso electrónico de los ciudadanos a la información registral (solo) a través del sistema FLOTI lo que supone la aplicación al ámbito hipotecario del derecho general de relacionarse con la Administración por medios electrónicos que a los ciudadanos atribuye la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos (vid. Instrucción de 10 de abril de 2000 de interconexión recíproca entre los registradores con la finalidad de facilitar el uso de técnicas telemáticas en la solicitud y remisión de publicidad formal).

[78] Se trata en última instancia de una cuestión de operativa de Registro, siendo conveniente un sistema sólido de identificación del presentante, sin perjuicio de que los datos se obtengan directamente de su titular o provengan de otras fuentes (vg., una gestoría) y de que pueda demostrarse que se ha cumplido con dicha obligación (proactividad). Aunque los únicos facultados por ley para exigir la identificación y el DNI a un ciudadano son las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sería muy recomendable tanto que se presente como que se pida el DNI en el Registro como medida de seguridad en la identificación. Vid. *Manual*, (2021, 97).

[79] A este respecto, la LOPD (D.A. 7ª) prevé la referencia al número (completo o no) del DNI, especialmente para el caso de notificaciones infructuosas por las Administraciones en boletines oficiales y demás medios de comunicación (art. 44 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

[80] Vid. *Manual* (2021, 121).

[81] Vid. RDGRN de 12 de diciembre de 2012 (RJ 2013\1145).

[82] Aunque no parece haber diferencias relevantes entre la solicitud de acceso tradicional y telemático al contenido registral, al menos respecto de particulares, según GUICHOT REINA (2006, 1886 a 1889), esta cuestión deberá volver a examinarse a la luz de las modificaciones introducidas por la Ley 11/2023.

[83] FLOTI se basa en los datos obrantes en el índice informatizado de fincas y derechos, que permite la localización registral de una finca y la obtención por el interesado de publicidad formal por medio de correo electrónico en el menor tiempo posible (máximo de siete horas hábiles). El uso del servicio se realiza a través de un servidor seguro (SSL) que garantiza la confidencialidad de los datos personales y bancarios de los usuarios. Vid MARTÍNEZ GARCÍA, E. y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, C. (2021, 462).

[84] Vid. *Manual* (2021, 78 y ss).

[85] Vid. *Manual* (2021, 76 y 77) que restringe al máximo la aportación de fotocopia siguiendo la Circular 1/2003, del CORPME.

[86] Vid. *Manual* (2021, 77).

[87] Recordemos que la información disponible según el art. 222.9 LH, a través de comunicación electrónica y con valor de nota simple informativa, versará sobre el contenido del Libro Diario, en su caso, del Libro de Entrada, del Libro de Inscripciones y del Libro sobre adminis-

tración y disposición de bienes inmuebles, salvo en lo atinente a las resoluciones judiciales que establezcan medidas de apoyo a personas con discapacidad.

[88] La RDGRN de 1 de abril de 2013 (RJ\2013\3662) estima que el recurso debe prosperar en cuanto a la afirmación de que la interesada tiene derecho a solicitar la exhibición directa del libro en el que conste la finca a que se refiere su interés, pero con la importante matización de que la exhibición no puede ser del libro físico sino de su reproducción, y no de todo, sino sólo en la parte necesaria para satisfacer el interés legítimo de la solicitante.

[89] La RDGRN de 16 de diciembre de 2016 (RJ\2016\6632) estima el recurso porque considera que aunque el error registral cometido en la numeración de las fincas no atribuye la propiedad de las mismas, la manifestación de los historiales registrales de las fincas controvertidas podría aclarar definitivamente la situación.

[90] Respecto a los datos que no deben incluirse en la publicidad formal, el *Manual* (2021, 112) se remite a la Circular 1/2003, sobre el modo de expedir la publicidad formal elaborada precisamente a petición de la Junta de Gobierno del Colegio y dirigida a los distintos Decanatos Autonómicos, ante la quejas recibidas de la Dirección General de Registros y del Notariado acerca de la forma de suministrar la publicidad registral en Madrid y las inspecciones efectuadas por la Agencia de Protección de Datos a algunos Registros de la Propiedad.

[91] *Manual,* (2021, 84) en este sentido: "cabe perfectamente que puedan proporcionarse ciertos datos registrales y no otros relativos a una misma finca o entidad". Para la RDGRN de 29 de julio de 2010 (RJ 2010\5137), procede indicar la condición de gananciales pero no del nombre del cónyuge, y la RDGRN de 3 de diciembre de 2010 (RJ 2011\550) desestima el interés invocado respecto a una liquidación de la sociedad de gananciales, porque la solicitud no tiene por objeto fincas determinadas, sino todas las que hayan figurado a nombre de determinada persona y, además, en los respectivos historiales registrales no figura ni la solicitante ni su ex cónyuge. Por falta de identificación de las fincas la RDGRN de 17 mayo de 2018 (RJ 2018\2490) desestima el recurso.

[92] Respecto a asientos cancelados, no cabe la nota simple informativa (el art. 222.5 LH se refiere a "asientos vigentes") y la certificación literal sólo comprenderá los cancelados a solicitud expresa del Juez o Tribunal o de los interesados (340 RH y 234 LH). Este es el criterio restrictivo de la Instrucción de 17 de febrero de 1998 que confirma la recién citada RDGRN de 3 de diciembre de 2010 y la RDGRN de 28 de abril de 2014 (RJ 2014\3224).

[93] GUICHOT REINA (2006, 1894 y 1895) contrapone al anterior el acceso por terceros (con intermediación del registrador, también al índice personas e *incapacitados* (hoy, personas con discapacidad), mediante un determinado procedimiento (solicitud, comprobación identidad, autorización/denegación). En pp.1905 y ss, se plantea que quizá en la *mens legislatoris* esta vía solo se previó para notarios porque resulta excesivo dicho acceso de cualquier empleado público, para cualquier finalidad que requiera conocimiento de bienes inmuebles y a todos los datos.

[94] Vid. *Manual* (2021, 86-87). Así, en el caso de comunicaciones al SEPBLAC o al CRAB no debe informarse al titular de los datos de estas peticiones (es decir, se excluye la *consulta de consultas*). En general, es precisa la comprobación registral de la idoneidad en la finalidad de la consulta, pues el interés legítimo de los funcionarios, pese a presumirse, debe expresarse en el Registro mediante requerimientos concretos, para cumplimiento de la normativa y tratamiento profesional por el registrador. Salvo que expresamente la Administración Pública solicitante determine el medio de información y siempre que el mismo sea conforme a la normativa, el registrador lo determinará así como su contenido.

[95] *Manual*, (2021, 88-89).

[96] *Manual, idem*.

[97] *Manual,* (2021, 91) En concreto, en cuanto a las comunicaciones a la Agencia Tributaria en los casos de posible detección de fraude fiscal en la autoliquidación del impuesto presentado por el interesado en la inscripción, resulta discutible la aplicación analógica a estos supuestos del art. 104 RH que prevé solo que "cuando resultare del mismo título haberse cometido algún delito, darán parte a la correspondiente autoridad judicial" (no alude a una comunicación a la Agencia Tributaria).

[98] GUICHOT REINA (2006, 1895) sienta una afirmación que ha resultado premonitoria pero ya muy matizable casi veinte años después de escribir su palabras (2006), al opinar respecto de la transición del formato papel al informático, sobre la base del antiguo tenor del art. 238 LH (¿llevanza simultánea de los libros del Registro en soporte papel e informático, durante la transición?), pero hoy deberemos esperar a la aplicación efectiva de la sustancial modificación de este precepto por Ley 11/2023, de 8 de mayo, ya vigente (desde mayo de 2023).

La D. T. 19ª de Ley 24/2001 estableció la obligación —incumplida— de trasladar a soporte informático (plazos, coste, sanciones por incumplimiento,…). En pp. 1900 y ss explica que la transición no iba a ser sencilla: además la digitalización (escaneado) no supone interrelación entre todos los libros del Registro, descartando la opción poco viable de un doble archivo informático: uno originario en papel, ahora digitalizado, de contenido pleno para funcionarios, y otro de contenido seleccionado mediante tratamiento profesional, para terceros no cualificados, con información extractada.

[99] VIVAS TESÓN (2018, 139 nota 55) cita la RDGRN de 27 de febrero de 2018 (RJ 2018, 813) Fto. 4º, actualizada por la RDGSJFP de 16 de julio de 2021 (RJ 2021\3928) que reconocen que podría compararse la dicción del art. 607 Cc. con sus antecedentes prelegislativos que utilizaban la expresión mucho más amplia, referida al solicitante, de "cualquiera que lo exija" que figuraba en el art. 1736 del Proyecto del Código Civil de 1836 y en el art. 1885 del Proyecto de Código Civil de 1851, expresión que el Código Civil definitivamente aprobado, toma de la Ley Hipotecaria primitiva, y la sustituye por la exigencia del "interés conocido".

[100] Este precepto se remite a los arts. 327 (recurso gubernativo ante la DGRN, hoy DGSJFP) y 328 (recurso ante los órganos del orden jurisdiccional civil, siendo de aplicación las normas del juicio verbal), todos ellos de la LH. GÓMEZ GÁLLIGO (2009, 3555, nota 29) observa que, frente al rechazo general por la jurisprudencia del recurso contencioso—administrativo contra las RDGRN en materia de publicidad formal, la propia jurisprudencia y la DGRN lo admite basándose en la consideración de estos supuestos de ejercicio de la función registral, como servicio público y no estrictamente como materia de Derecho civil. Vid. STS (Sala 1ª), de 3 de enero de 2011 (RJ 2011, 426) confirmando la STS (3ª), de 21 de noviembre de 2013 (RJ 2013, 7636) como explica la RDGSJFP de 16 julio 2021 (RJ 2021\3928): lo que procede es que ante una calificación negativa el presentante recoja el documento y subsane la falta señalada durante la vigencia del asiento de presentación (ex art. 19 LH).

[101] VIVAS TESON (2018, 144 y 145), con cita de la RDGRN de 30 de mayo de 2014 (RJ 2014, 3817), Fto. 1º.

[102] Es el caso citado por VIVAS TESÓN (2018, 147), de la RDGRN de 25 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 6063) en que se indicaba como causa de la solicitud de la nota simple informativa la necesidad de realizar una oferta de compra, pero no haciéndose constar debidamente los datos identificadores del inmueble (*ex* art. 222.bis.5º LH) para que el registrador pudiera dar cumplimiento a su deber de calificación respecto del interés legítimo.

[103] Vid. RRDGRN de 27 de junio de 2017 (RJ 2017/3774) y 9 de enero de 2018 (RJ 2018/42).

[104] VIVAS TESÓN, *Idem*.

[105] Se añaden respectivamente por el art. 96.1 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre y la dicción del art. 222.10 por Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad. Con apoyo expreso en tales preceptos, la Ley 11/2023 matiza en el art. 251.2 ult. pfo: El libro de entrada correspondiente a cada finca deberá ser accesible telemáticamente y de forma directa a los funcionarios y empleados a los que se les presume su interés en la consulta, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 221 y mediante el acceso previsto en el artículo 222.10.

[106] Vid. GUICHOT REINA (2006, 1902-1907), y MORAL MORO (2010, 271-272). Según MARTÍNEZ ESCRIBANO, (2020, 12 y 13) siempre cabría la posibilidad de que el registrador como responsable del tratamiento filtre o depure qué datos personales deben suministrarse, incluso en los casos de funcionarios en ejercicio de su cargo. Otra opción, más segura pero de *lege ferenda*, es que la ley sea más precisa respecto a los fines que legitiman a dichos funcionarios para acceder a los datos.

[107] Vid. *Manual* (2021, 82 y ss) y RDGRN de 23 de enero de 2018 (RJ 2018, 153). Esta misma Resolución, sin embargo, estima el recurso en el sentido de no limitar la identidad del firmante: "no solo es admisible la firma legitimada notarialmente o firmada en la propia oficina del Registro, sino hoy también la realizada por medios fisicos o telemáticos", incluyendo la firma electrónica.

[108] Ello hace decir a VIVAS TESÓN (*ídem*), que, por su debilitamiento, dicha presunción no tiene mucho sentido. En definitiva, lo decisivo es que dicha calificación del interés le permite cumplir su tratamiento profesional de la información. Vid. RDGRN de 11 de septiembre de 2009 (RJ\2009\4570) y RDGRN de 8 de abril de 2018 (RJ 2018, 1497).

[109] Según se desprende de la RDGRN 20 de septiembre de 2013 (RJ\2013\7622) debe identificarse debidamente al destinatario último de la información pues es el registrador quien tiene que responder ante el titular de los datos de la identidad del destinatario final, lo que resulta imposible si carece de dicha información. No en vano, la Instrucción de 1998 prevé: "Las solicitudes de publicidad formal quedarán archivadas, de forma que siempre se pueda conocer la persona del solicitante, su domicilio y documento nacional de identidad o número de identificación fiscal durante un período de tres años" (acuerdo 6º). Es por ello por lo que se rechaza que en el apartado correspondiente ("titular de las fincas") se haga constar expresamente "a nombre de quien esté" con aparente irrelevancia de la persona a la que haya de investigar.

[110] Para GÓMEZ GÁLLIGO (2009, 3534 nota 2) el caso de los detectives no es una novedad con arreglo a la anterior Ley 23/1992, de 30 de julio de Seguridad Privada (art. 19). Vid arts. 48 y 49 sobre servicios (e informes de investigación privada) de la vigente Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, con el límite de que no atenten contra el derecho al honor, a la intimidad personal o familiar o a la propia imagen o al secreto de las comunicaciones o a la protección de datos.

[111] Esta autora cita la Sentencia del TEDH *Dragan Petrovič contra Serbia*, Sección Cuarta, (rec. Nº 75229/2010), 14 de abril de 2010. En ello coincide también BASTIDA FREIJEDO y VILLAVERDE MENÉNDEZ (2005, 1902) denunciando una normativa en este punto demasiado laxa, especialmente respecto de los sujetos jurídicos privados.

[112] Requisitos expresados en múltiples ocasiones; vid. vg. RDGRN de 25 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 6063).

[113] Lo confirma la STS (3ª) de 7 de junio de 2001 (RJ 2001, 6236) que recuerda la necesidad de expresar la causa y finalidad de la consulta para que el registrador pueda calificar la concurrencia de interés legítimo.

[114] Vid. *Manual* (2021, 73). Por su parte, MARTÍNEZ GARCÍA y MIQUEL LASSO DE LA VEGA, (2021, 458) también analizan estos requisitos (conocido, directo, legítimo, patrimonial), y MARTÍNEZ ESCRIBANO (2020, 20 nota 15).

[115] Vid. MARTÍNEZ GARCÍA y MIQUEL LASSO DE LA VEGA (2021, 468). Vid. RDSJFP de 2 de junio de 2020 (RJ 2020\3354) que denegaba la información solicitada sobre el domicilio del titular registral, respecto del cual no se acredita un interés legítimo concreto.

[116] Lo confirman MARTÍNEZ ESCRIBANO (2020, 16) y MORAL MORO (2010, 230) y la RDGRN de 9 enero de 2020 (RJ 2020\929). También el *Manual* (2021, 73) coincide en este alcance de la publicidad y lo matiza respecto a dichas acciones judiciales (objeto, titularidad, limitaciones, representación, ...), al menos para el previo estudio de su viabilidad.

[117] En un caso semejante, el de la RDGRN de 27 de febrero de 2018 (RJ 2018, 813), la recurrente alega con éxito que la Ley de Protección de Datos no puede vulnerar derechos fundamentales como el de tutela judicial efectiva (*ex* art. 24 CE).

[118] Vid. entre otras, dicha RDGRN de 27 febrero 2018 (RJ\2018\813) que los enumera: a) cuando los precios o valores solicitados lo sean de operaciones jurídico-económicas (compraventas, préstamos hipotecarios, etc.) en los que sean parte únicamente personas jurídicas o empresarios individuales o comerciantes, en su condición de tales, pues no se aplicaría el régimen de protección de datos; b) cuando, a juicio del registrador se considere que dicho dato está incluido dentro de la publicidad de carácter "tráfico jurídico inmobiliario", protegido por la normativa hipotecaria; c) cuando se trate de permitir al solicitante el ejercicio de un derecho reconocido o el cumplimiento de un deber impuesto legalmente, cuando se acredite suficientemente al registrador; y d) que la petición del precio se realice por agencias que actúen por cuenta de entidades financieras, acreditando el encargo recibido y la entidad en cuyo nombre actúen, de conformidad con las circulares del Banco de España, referentes a la obligación de cubrir los activos calificados como dudosos (vg., Circular 3/2010, de 29 junio del Banco de España).

[119] Vid. RDGSGFP de 4 de junio de 2020 (RJ 2020\3006). En el caso de la RDGSJFP de 16 de julio de 2021 (RJ 2021\3928) se desestima el recurso porque la finalidad concreta (la realización de una tasación) solo se expresa en momento inadecuado, es decir, en el propio escrito del recurso.

[120] GUICHOT REINA (2006, 1871-1874). Vid. la Instrucción de 17 de febrero de 1998 de la DGRN, denominada precisamente por su objeto principal "Instrucción sobre principios generales de publicidad formal y actuación de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles en caso de petición en masa".

[121] MARTÍNEZ ESCRIBANO (2020, 18): El punto Quinto de esta instrucción de 1998 determina que los registradores no expedirán publicidad formal cuando el objeto de la solicitud sea su incorporación masiva a bases de datos, registros paralelos con fines excluidos (¿y si el texto quiso decir "exclusivo"?) de comercialización o reventa, sin responder a mandato alguno del interesado. Por el contrario, las solicitudes de publicidad formal en masa sí son atendidas en ciertos supuestos conforme a dicha Instrucción: a) estudios estadísticos con base en una disposición legal que lo autorice; b) si su objetivo satisface un interés público, y c) si deriva de un Convenio de colaboración suscrito con el Colegio de Registradores, que es a quien por vía normativa corresponde publicar las estadísticas con referencia a las bases de datos de los registros (ex art. 622 RH).

[122] GIL GONZÁLEZ (2022, 317 y 318), añadiendo en su Anexo I de su trabajo una interesante Guía de Buenas Prácticas.

[123] Ambas resoluciones son citadas en el *Manual* (2021, 85 y 86). Así la investigación periodística constituiría un interés legítimo siempre que la intromisión guarde "*congruencia con la*

*finalidad expresada, careciendo de efecto legitimador cuando se ejercite de modo desmesurado o exorbitante al fin en atención al cual la Constitución le atribuye especial protección*" (STC 185/2002 de 14 octubre, RTC 2002\185). En otro aspecto, en relación al conflicto con el derecho al honor, se refleja el difícil equilibrio: *"El valor preponderante de las libertades públicas* (en este caso, la de información), *como garantía de una opinión pública libre indispensable para la efectiva realización del pluralismo político", solamente puede ser protegido cuando se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen* (STC 107/1988 de 8 junio, RTC 1988\107).

[124] *Manual* (2021, 85).

[125] VIVAS TESÓN (2018, 151), entre otros autores ya citados.

[126] Vid. GUICHOT REINA (2006, 875 y 1876), y *Manual* (2021, 110). Lo confirma la STS 7 de junio de 2001 (RJ 2001, 6236) y la RDGSJFP de 16 de julio de 2021 (RJ 2021\3928). Es decir, en ningún caso la propia calificación realizada conforme al procedimiento legal cae bajo el ámbito de protección de datos, sino solo la falta de tratamiento profesional de tales datos (normalmente a través de su calificación, sujeta a recursos y, en su caso, a responsabilidad). Vid, confirmándolo VIVAS TESÓN (2018,148 y 149).

[127] VIVAS TESÓN (2018, 147) y ROCA TRÍAS, (2026, 26), al constituir una excepción al principio de protección debe ser medido de forma precisa en cada ámbito y con criterios restrictivos (y cita el supuesto de la petición en masa).

[128] HERRERO OVIEDO (2021) alude en este sentido a la técnica de "los tres pasos".

[129] Respecto a la noticia, vid. *Protección de Datos abre expediente a 33 registradores*, en https://www.eleconomista.es/legislacion/noticias/2740946/01/11/Proteccion-de-Datos-abre-expediente-a-33-registradores.html.

[130] Según la denuncia se cobraba 10,56 euros por nota simple, lo que consideraba que carecía de respaldo legal, puesto que el arancel marca tres euros.

[131] Resolución de archivo de actuaciones practicadas de oficio por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad Colegio Oficial de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. disponible en https://www.aepd.es/documento/e-00562-2010.pdf.

[132] Vid. RDGRN de 12 de diciembre de 2014 (RJ\2015\145).

[133] Vid. RDGRN de 20 de noviembre de 2012 (RJ 2013\694).

[134] Vid. RDGRN de 12 de febrero de 2015 (RJ\2015\1219). En ciertas ocasiones, dignas de perplejidad, bajo el argumento (más bien, excusa) de la "obligada protección de datos" el registrador con exceso de celo niega la publicidad de datos inmobiliarios realmente pertinentes por considerarlos "irrelevantes". Vid. VIVAS TESÓN, op. cit., p. 131 y MARTÍNEZ ESCRIBANO, op. cit. p. 22.

[135] Concretamente en p. 3553 (nota 26) recuerda que esa es la opinión del Consejo de Estado (en Dictamen no preceptivo de 9 de julio de 1998), pues si la elección correspondiese al consumidor el registrador no podría aplicar dicha normativa de datos con plena autonomía.

[136] Vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO (2020,16) y GÓMEZ GÁLLIGO (p. 3534) que en la extensa nota 2 hace un balance de la progresión de estas resoluciones e instrucciones desde 1983. Es la idea de VIVAS TESÓN, op. cit., pp. 136 y 137 que parece muy razonable de *lege ferenda*.

[137] Vid. RDGRN de 28 de abril de 2014 (RJ 2014\3224).

[138] GIMENO SENDRA (1999, 782).

[139] Vid. RRDGRN de 29 de julio de 2010 y 3 de diciembre de 2010 (RJ 2011/550).

[140] VIVAS TESÓN, op. cit. pp. 130 y 152. Vid. en el mismo sentido *Manual* p. 76. Datos excluibles de la publicidad registral (en un sentido orientativo).

[141] Vid. 332.8 RH y RDGRN 19 de noviembre de 2012 (RJ 2013\1133).

[142] Según el art. 236 LH "los Registradores expedirán las certificaciones que se les pidan, en el más breve término posible, pero sin que este pueda exceder nunca del correspondiente a cuatro días por cada finca, cuya inscripción, libertad o gravamen se trate de acreditar". Vid. la RDGRN de 26 de junio de 2017 (RJ 2017, 3769). En el caso de la nota simple, no existe plazo legal alguno, si bien se aplica, por analogía, el de cuatro días de las certificaciones. Cuando es solicitada por vía telemática, la nota simple informativa se obtiene en un plazo aproximado de veinticuatro horas laborales.

[143] Así lo resalta la RDGRN de 9 enero 2020 (RJ 2020\929). Vid. *Manual* (2021, 16).

[144] *Manual* (2021, 72 y ss): tales medidas tienen un carácter variado: legal (infracciones, derechos del interesado, gestión de reclamaciones,…), físico (ubicación, video-vigilancia), técnico (copias de seguridad y restauración de sistemas, seguridad lógica —contraseñas, certificados, arquitecturas y configuraciones de seguridad especificas— tanto en los entornos tecnológicos de los Registros como en los accesos remotos y conexiones al exterior; gestión de cambios y mantenimiento, sala de servidores y centro de procesamiento de datos, CPD) y de tipo organizativo (gestión de documentación, soportes, servicios externos,…).

[145] *Manual* (2021, 202-205).

[146] Conste nuestra gratitud a Dn. Óscar Vázquez Asenjo, Registrador titular del Registro de la Propiedad de Mataró nº2, por la valiosa información proporcionada al respecto. Vid. también Registro de Actividades del tratamiento del CORPME disponible en https://www.registradores.org/registro-de-tratamiento.

[147] De este o parecido tenor: "Si concurriese alguna circunstancia en el futuro que nos obligue o permita alterar la finalidad del tratamiento manifestada, antes de ser aplicada tal decisión al titular de los datos se podrá en su conocimiento tanto la razón o causa que motiva la alteración referida, como en su caso la nueva finalidad resultante de ello". Recordemos que El CORPME en enero de 2022 ha sido distinguido con el Premio a la Proactividad y Buenas Prácticas en el Cumplimiento del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), por su Guía de Buenas Prácticas para la centralización del cumplimiento del RGPD, una herramienta gratuita de autodiagnóstico que permite medir los niveles de madurez del servicio prestado en este aspecto. Disponible en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/01/28/legal/1643385678_337828.html

[148] Consiste en consideraciones jurídicas (urbanística, ambiental o administrativa) sancionadas oficialmente que reflejarán, por nota marginal, condiciones restrictivas o expansivas al dominio delimitador de las fincas registrales.

[149] Carácter mixto presenta el libro del Edificio: si se asimila a la representación gráfica de la finca, sí es publicidad registral pero no si se considera información asociada o adjunta a la finca, es decir no inscrita, solo depositada en el Registro de la Propiedad.

[150] VIVAS TESÓN (2018, 154): como es sabido, las personas jurídicas quedan excluidas del ámbito de aplicación de las normas de protección de los datos de carácter personal, lo que no implica que no deban respetarse los datos de las personas físicas que integran o están vinculadas con aquellas.

[151] SERNA BILBAO (2021), Legislación específica y aplicación supletoria del RGPD 2016/679 y LOPD 2018 (Comentario al art. 2.3 LOPD), en *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales* (Troncoso Reigada, Antonio, dir.), Vol. 1, pp. 439 y ss.

[152] Vid. STJUE 9 de marzo de 2017 (asunto C-298/15), respecto al derecho de oposición ejercido oportunamente por el administrador que lo había sido de una sociedad anterior declarada

en quiebra, dato cuya constancia registral le impedía ejercer con normalidad su profesión en lo sucesivo.

[153] Vid. Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil. Según el art. 12. 1: "El Registro Mercantil es público y corresponde al Registrador Mercantil el tratamiento profesional del contenido de los asientos registrales, de modo que se haga efectiva su publicidad directa y se garantice, al mismo tiempo, la imposibilidad de su manipulación o televaciado". De esta afirmación legal se desprende que no es necesaria una acreditación específica sino que el interés del solicitante se presume (vid. RDGRN de 29 julio 2010 (RJ\2010\5137). Y continúa el art. 12.3: "Los Registradores Mercantiles calificarán, bajo su responsabilidad, el cumplimiento de las normas vigentes en las solicitudes de publicidad en masa o que afecten a los datos personales reseñados en los asientos. Le son aplicables los esquemas nacionales de interoperabilidad y seguridad citados respecto del Registro de la Propiedad".

[154] Por su parte, MANRIQUE PLAZA (2010). Vid. VIVAS TESÓN (2018, 130) realiza algunas matizaciones que no son descartables en su aplicación a nuestro estudio. Así, nos recuerda que la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en su Exposición de Motivos advierte del delicado equilibrio entre el derecho a la información pública (105.b CE) y la protección de los datos, de mayor o menor sensibilidad.

[155] Los datos que deben ser facilitados al Registro Central de Titularidades reales se refieren en el art. 4 del Decreto 609/2023, de 11 de julio, por el que se crea el Registro Central de Titularidades Reales y se aprueba su Reglamento y son, entre otros, los que acreditan su identidad (nombre, apellidos, fecha de nacimiento, tipo y número de documento identificativo) además de residencia, nacionalidad y criterio que cualifica a esa persona como titular real.

[156] Así lo reconoce también el *Manual* (2021, 16). Antes de la Ley 11/2023 GUICHOT REINA (2006, 1906) proponía como solución para esta coordinación una reconducción del sistema mediante un reinterpretación sistemática de las previsiones de varios bloques normativos (LOPD, LH, Cód. Penal). En qué medida sea aprovechable o descartable esta argumentación lo veremos sin duda con el desarrollo y sobre todo la aplicación de dicha Ley.

*Trabajo recibido el 2 de octubre de 2024 y aceptado para su publicación el 18 de noviembre de 2024*

# Propiedad horizontal vs cooperativas de vivienda en cesión de uso: el éxito de un clásico moderno como inspiración de nuevas formas de organizar la vida en común

# *Condominiums vs. housing cooperatives in cession of use: the success of a modern classic as an inspiration for new ways of organising communal living*

por

SERGIO NASARRE AZNAR
*Catedrático de Derecho civil*
*Universidad Rovira i Virgili*

Mª PAULA RODRÍGUEZ LIÉVANO
*Investigadora posdoctoral*
*Cátedra UNESCO de Vivienda*
*Universidad Rovira i Virgili*

RESUMEN: Este trabajo analiza las claves del éxito del régimen de propiedad horizontal español para organizar viviendas multifamiliares, en comparación con la modesta presencia de las cooperativas de vivienda en cesión de uso, a pesar de la insistencia en su popularización a través de algunas iniciativas dotadas

https://doi.org/10.36151/rcdi.2025.806.03 

con recursos públicos. Para comprenderlas, analizarmos cómo sus respectivos marcos legales condicionan la libertad, la democracia, la seguridad, la igualdad y la mixticidad de propietarios y cooperativistas. Mediante este análisis, se identifican diversos problemas con el modelo teórico actual de cooperativas de vivienda en cesión de uso y se formulan propuestas para fortalecerlo y contribuir, de alguna manera, a su replicabilidad.

*ABSTRACT: This paper analyzes the keys to the success of the Spanish condominium regime in organizing multi-family housing, compared to the modest presence of housing cooperatives in cession of use, despite the insistence on their popularization through some initiatives endowed with public resources. To understand them, we will analyze how their respective legal frameworks condition freedom, democracy, security, the equality and the mixticity of owners and cooperative members. Through this analysis, various problems are identified with the current theoretical model of housing cooperatives in cession of use and proposals are formulated to strengthen this model and to contribute, in some way, to its replicability.*

PALABRAS CLAVE: propiedad horizontal, cooperativas de vivienda en cesión de uso, *coliving*, libertad, seguridad, democracia, mixticidad, igualdad.

*KEYWORDS: condominium, housing cooperatives in cession of use, coliving, freedom, security, democracy, mixticity, equality.*

*SUMARIO:* I. LA VIVIENDA EN PROPIEDAD HORIZONTAL Y EN COOPERATIVA.—II. LAS CLAVES DEL ÉXITO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL. LA VENTAJA COMPETITIVA RESPECTO A OTROS MODELOS EUROPEOS.—III. LA OPERABILIDAD DE LOS PILARES DE ÉXITO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL EN LAS COOPERATIVAS DE VIVIENDA EN CESIÓN DE USO. 1. LA SEGURIDAD JURÍDICA. 2. LA LIBERTAD. 3 LA MIXTICIDAD. 4. LA DEMOCRACIA.—IV. PROPUESTAS DE MEJORA DE LAS COOPERATIVAS DE VIVIENDA EN CESIÓN DE USO EN CUANTO AL RESPETO POR LOS DERECHOS HUMANOS. —V. CONCLUSIÓN.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. LA VIVIENDA EN PROPIEDAD HORIZONTAL Y EN COOPERATIVA

El régimen jurídico español de inmuebles con diversos propietarios de la propiedad horizontal (PH) es todo un éxito. Todavía regulado en la resiliente Ley 49/1960 (LPH), España es el país de Europa en el que porcentualmente más familias viven en pisos (el 65,6%, en 2022[1]) la inmensa mayoría de ellos

organizados en dicho régimen, al tiempo que el 76% de los españoles vivimos en nuestra casa en propiedad, el 45,6% sin hipoteca. Además, la PH se ha aplicado a una multitud de situaciones en las que hay que organizar un conjunto de titularidades, como amarres, centros comerciales, puestos del mercado, garajes o, incluso, cementerios. Así lo reconoce expresamente el art. 553-2.2 Código civil de Cataluña (CCC), Comunidad Autónoma que tiene su propio régimen de PH, aunque inspirado en la LPH.

Siguiendo la teoría evolucionista institucional (darwinismo institucional), tanto de Hegel ("lo real es racional") como de Hayek, este éxito en el uso de una institución, especialmente en el ámbito crucial de la generalización de la vivienda en propiedad, no puede ser casual. Hayek (1973-1979, 31-32) afirmaba que "*la mayor parte de las normas de conducta que regulan nuestros actos, así como la de las instituciones nacidas de dicha regulación, son adaptaciones a la imposibilidad de que alguien tome conciencia de todos los hechos particulares que integran el orden social*".

Sin embargo, desde la crisis financiera mundial de 2007, los diversos legisladores multinivel en España, en lugar de apostar por la propiedad privada generalizada a través de la PH, la denostaron, e iniciaron un proceso de motorización legislativa errática, que ha desembocado en que las familias españolas estén más sobreendeudadas a causa de la vivienda en ciudades en 2022 (el 11%) que en el peor año de la crisis, el 2011 (el 10,7%), conforme Eurostat[2]. En 2020 superamos ya la media de sobreendeudamiento europeo por primera vez desde que existen registros.

Así, una de las premisas de la política de vivienda desde 2007 fue el repudio de la propiedad de la vivienda, en favor de otras formas de tenencia, en particular el alquiler[3]. De ahí surgieron normas como la Ley 1/2013[4] y la Ley 5/2019[5] que han impedido progresivamente a cada vez más familias —especialmente las de menos recursos— acceder a financiación para poderse comprar una vivienda. Ello ha provocado, sin sorpresa, una burbuja de la vivienda en alquiler en 2016 que ha marcado máximos en marzo de 2024 con 12,7 €/m2 de media en España, en relación a mayo 2023 que era de 11,6 €/m2[6], teniendo en cuenta que veníamos de 9,2 €/m2 en 2007. Todo ello a pesar de las sucesivas (aunque infructuosas) reformas de los arrendamientos urbanos (Ley 4/2013[7], RDL 7/2019[8]), la última de las cuales se encuentra en la Ley 12/2023[9] y el recién estrenado control de renta de los alquileres en Cataluña en marzo de 2024.

Sin embargo, otra línea de las políticas de vivienda que se ha experimentado durante estos años ha sido la diversificación de las formas de tenencia de la vivienda[10]. Nos centraremos, en concreto, en la promoción de las cooperativas de vivienda "en cesión de uso" (donde la cooperativa es la dueña del edificio y de las unidades, y los cooperativistas tienen simplemente derecho a usar las unida-

des), las cuales se han venido incentivando con ingentes recursos públicos como una alternativa real a la compra de viviendas y a la mencionada burbuja del alquiler, al tiempo que se ha venido promocionando desde la propaganda institucional como base de una forma de vivir colectiva (*coliving*, *cohousing*).

Desde esta perspectiva, la propuesta ha sido la siguiente: como a muchos (los menos pudientes) no les permitimos legalmente financiar la compra (tampoco la necesitan, pues en 2050 no serán propietarios de nada y serán igualmente felices, según I. Auken en el Foro de Davos 2016) ni tampoco quieren/pueden alquilar[11], váyanse juntos a vivir con otras personas o familias en habitaciones; participen de la "economía colaborativa", iniciada no por casualidad en 2008 (antes existía, como máximo, el *coach surfing*, o dormir en el sofá de otro); conviertan su nueva habitación en su Über, Glovo, Netflix o Airbnb particular y convivan a sus 45 años con dos "perrhijos"[12].

Sin embargo, a pesar de los enormes recursos públicos empleados[13], no parece que las cooperativas de vivienda en cesión de uso hayan tenido mucho éxito: actualmente existen únicamente doce en funcionamiento en toda España, diez en fase de construcción y aproximadamente setenta en consolidación[14]; mientras que el parque de viviendas en España es de 26 millones.

Por eso, estigmatizada la propiedad, encarecido enormemente el alquiler y dado el desinterés de la población en general por estas cooperativas, la única receta que le quedaba por prescribir al legislador tras la legislación autonómica del período 2015-2017 consistente en multas, sanciones, recargos tributarios y expropiaciones a los propietarios que buenamente no querían cumplir "la función social" de la propiedad de su vivienda (ahora mucho más evidente en los arts. 7, 10 y 11 Ley 12/2023), ha sido la de amparar la okupación como solución habitacional (DT 3ª y DF 5ª Ley 12/2023, que están alargando los procesos de desalojo a más de 2 años); hasta el punto que actualmente algunos jueces penales son ya renuentes a condenar por delito de usurpación[15].

En el presente trabajo exploramos las claves que han hecho de la PH un mecanismo de generalización y democratización de la propiedad privada de la vivienda, que ha contribuido a que estemos menos sobreendeudados a causa de la vivienda que todos los países nórdicos y centroeuropeos, donde se incentiva que solo los "ricos" puedan comprar, "invitando" a los demás a alquilar. Así, veremos que los países nórdicos, que llevan apostando por el alquiler durante décadas, tienen niveles de sobreendeudamiento familiar a causa de la vivienda más altos que los nuestros. Demostramos que la diversificación de las formas de tenencia de la vivienda puede hacerse a través de las cooperativas de vivienda en cesión de uso de una manera pragmática, aprovechando las claves del régimen de PH para hacerlas realmente atractivas y funcionales, y evitando sus importantes inconvenientes que las hacen indeseadas. Es decir, proponemos huir de una aproximación constructi-

vista socio-jurídica (Hegel, en la otra parte de la frase, "lo racional es real") tomada hasta el momento para "imponer" modelos paradisíacos de convivencia, para analizarlos de manera evolucionista tomando como base la exitosa PH. Acabaremos el ejercicio proponiendo reformas en las leyes de cooperativas de nuestro país para favorecer su desarrollo como alternativa habitacional real.

## II. LAS CLAVES DEL ÉXITO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL. LA VENTAJA COMPETITIVA RESPECTO A OTROS MODELOS EUROPEOS

La génesis de la PH se encuentra en el art. 396 CC. Su redacción original de 1889 no resultaba suficiente para determinar que los propietarios de los diferentes pisos de una "casa" tenían plena autonomía para disponer, usar y disfrutar de los mismos, pues se centraba básicamente en determinar cómo los condóminos contribuyen a las obras necesarias. En palabras de Puig Brutau[16]: "*esta primera redacción fue interpretada por la doctrina y la jurisprudencia en el sentido de que se trataba de una simple modalidad de la copropiedad por cuotas, a pesar de la indudable diferencia entre los pisos susceptibles de propiedad separada y los elementos comunes del edificio, sobre los que recaía una propiedad compartida*".

Esta redacción no fue modificada hasta que fue necesario, en un momento clave de nuestra historia reciente, que los propietarios de las unidades se desligaran definitivamente de la comunidad romana por cuotas (art. 392 CC) para tener plena autonomía de carácter dominical con sus unidades. Ese momento no fue otro que el fin de nuestra última guerra civil, con nuestras ciudades devastadas, en una crisis habitacional, naturalmente, mucho más grave que la que sufrimos actualmente.

La reforma del art. 396 CC se llevó a cabo por Ley 26/10/1939[17] con el fin, precisamente, de dotar a las unidades de mayor autonomía para permitir su adquisición independiente, su rehabilitación, su disponibilidad para ser hipotecadas y usadas independientemente del resto del edificio. Así, su Exposición de Motivos afirmaba que: "*Los graves daños inherentes a la guerra sufridos por la edificación urbana, exigen la facilidad de los medios necesarios a la obra urgente de su reparación. Uno de los más adecuados es sin duda, el de abrir un cauce jurídico a la libertad contractual estimulando, de ese modo, las operaciones conducentes a la adquisición y gravamen de pisos o departamentos independientes de un edificio*". Y, efectivamente, dicha reforma configuró un nuevo régimen inmobiliario en el art. 396 CC, que es la de la "propiedad de casas por pisos" (STS 18/5/1960[18], sentencia, además, que reconoce la indudable innovación de la institución señalando que "*es vano buscarle a toda costa semejanzas o identidades parciales para que sea subsumida y absorbida en otros tipos clásicos*"),

consistente en una "*propiedad separada o privativa junto con una comunidad accesoria sobre los elementos comunes*", admitida por la jurisprudencia[19].

No deja de sorprender, en el contexto actual, que se recurriese entonces a la libertad civil (art. 1255 CC) y a la autonomía individual para dinamizar el mercado inmobiliario, al contrario de lo que llevan haciendo nuestros legisladores desde la crisis financiera mundial de 2007, con intromisiones cada vez más constantes en las relaciones privadas y los nefastos resultados mencionados.

Obsérvese cómo el hecho de dar mayor libertad a los propietarios de las unidades, lejos de implicar un fracaso, constituyó un acierto que condujo al incremento de esta forma de propiedad[20], hasta el punto de que el régimen de PH mereció una ley especial (pues aún se mantenían algunos residuos propios de la comunidad romana, como los derechos de tanteo y retracto), que fue la vigente Ley 49/1960[21]. De hecho, esta Ley, no exenta de afrontar los nuevos retos sociales[22], se ha modificado desde entonces relativamente poco y se ha generalizado del modo ya mencionado tanto cuantitativa como cualitativamente.

A pesar de ello, aún podría haber dudas de si la PH ha contribuido realmente a facilitar el acceso a la vivienda, dado que otros países, como el Reino Unido (con los *leaseholds* o los *short leases*) o los países centroeuropeos y nórdicos (con la "propiedad vertical" en la que un solo propietario es el dueño de todo el edificio y los que viven en los apartamentos son meros inquilinos) han optado masivamente por otras vías. Pues bien, utilizando datos recientes de Eurostat, hemos elaborado la Figura 1.

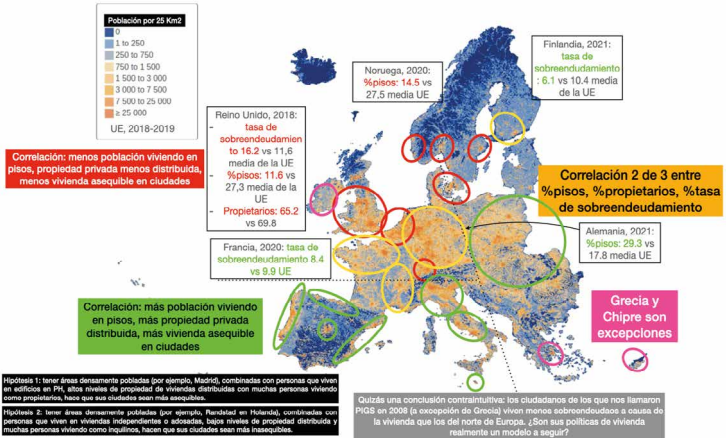


Figura 1. Correlación entre más población viviendo en pisos, propiedad privada más distribuida y mayor asequibilidad de la vivienda en ciudades. Leyenda: en verde, correlación positiva 3/3; en rojo, correlación negativa 3/3; en naranja, correlación positiva 2/2; en fucsia, excepciones. Fuente: elaboración propia (Sergio Nasarre), usando datos recientes de Eurostat.

Lo que evidenciamos con la Figura 1 es que en países mediterráneos como España, Portugal, Malta o Italia, en sus zonas urbanas donde existe más problemas de acceso a la vivienda por su alta densidad, hay una correlación entre tres variantes: el número de personas viviendo en pisos, el número de personas viviendo en viviendas de su propiedad y la asequibilidad de la vivienda. En este sentido, identificamos que la asequibilidad de la vivienda está influida de forma positiva por: primero, un número mayor de personas viviendo en pisos; y, segundo, un número mayor de personas que, además, son propietarias de dichos pisos (no viven en alquiler)[23]. Contraintuitivamente a lo que el informado lector puede pensar, en aquellos países (los nórdicos y centroeuropeos) que durante décadas han denostado la propiedad privada y han promovido política de vivienda de alquiler o similares, las anteriores variantes se correlacionan opuestamente, es decir: menos parte de su población vive en pisos, tienen una propiedad privada de la vivienda más concentrada en las clases más pudientes[24] y, atención, sus viviendas son más inasequibles en las ciudades que las nuestras.

Esta realidad en nuestro entorno europeo demuestra que una propiedad privada distribuida[25] a través de muchas familias viviendo en pisos, tiene al menos relación (si no es que constituye una causa *sine qua non* o, al menos, muy preponderante) con la obtención de una vivienda más asequible, más repartida y en un suelo urbano en el centro de las ciudades. De manera que la vivienda en propiedad no sea una prerrogativa de empresas o de aquellos más pudientes viviendo en casas unifamiliares o máximo dos pisos como es común ver en los centros urbanos de los países nórdicos, y que tanto gustan fotografiar a los turistas gentrificadores.

Resulta lógico creer que algún mérito deba tener la PH. De hecho, a nuestro juicio, tiene varios, que presentamos en la Figura 2.

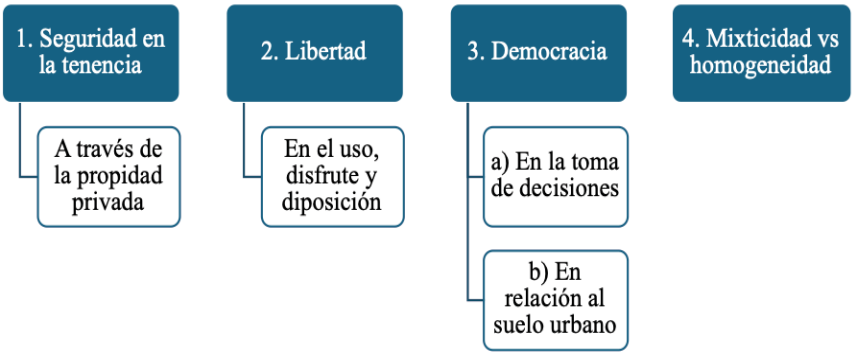


Figura 2. Pilares del éxito de la PH. Fuente: elaboración propia (Sergio Nasarre).

Aunque cada uno de estos aspectos merecen una breve explicación (que haremos a continuación), lo que primero cabe destacar es que la Exposición de Motivos de la Ley 49/1960 menciona precisamente todos estos elementos: propiedad privada, asequibilidad, comunidad, distribución. En concreto, extractamos los siguientes párrafos:

"*La esencial razón de ser del régimen de la propiedad horizontal descansa en la finalidad de lograr el acceso a la propiedad urbana mediante una inversión de capital que, al poder quedar circunscrita al espacio y elementos indispensables para atender a las propias necesidades, es menos cuantiosa y, por lo mismo, más asequible a todos y la única posible para grandes sectores de personas*".

"*En este propósito individualizador no hay que ver una preocupación dogmática y mucho menos la consagración de una ideología de signo individualista. Se trata de que no olvidando la ya aludida función social que cumple esta institución, entender que el designio de simplificar y facilitar el régimen de la propiedad horizontal se realiza así de modo más satisfactorio*".

"*no se persigue aquí una concentración de la propiedad de los pisos o locales, sino, por el contrario, su más amplia difusión*".

Lo cierto es que, a diferencia de otras leyes, sobre todo las recientes que prometen mucho en sus Exposiciones de Motivos o simplemente mienten[26], la LPH lo consiguió. Tal y como lo señaló el Tribunal Supremo (TS) en la STS 2/4/1971[27]: "*por importante que sea el aspecto de comunidad, son los derechos privativos sobre los pisos la razón de ser de la institución, aquello que en primer término responda a su finalidad económica y social […] que afirma el carácter preponderante de la propiedad individual y el accesorio de la comunidad*". De aquí concluye Puig Brutau, con quien coincidimos plenamente, que "*en lugar de buscar a toda costa la identificación absoluta de este tipo de propiedad con otras figuras tradicionales o ya conocidas, lo que interesa es dotarla de una regulación tan completa y perfecta como sea posible […] como institución jurídica al servicio de las necesidades individuales y sociales*".

Esta fue, de hecho, la aproximación del legislador catalán cuando reguló por Ley 19/2015[28] la propiedad compartida y la propiedad temporal, buscando con ellas la practicidad; esto es, resolver un problema social de necesidad de acceso asequible a la vivienda a través de la ansiada tenencia dominical para, además, conseguir mayor fraccionamiento y democratización de la propiedad privada en el acceso a la vivienda. En términos generales, mientras que la LPH (también de manera constante la jurisprudencia y la doctrina desde su aprobación) encontró propiedad privada exclusiva en las unidades de los edificios separadas físicamente del resto de elementos comunes, el legislador catalán, por su parte, encontró propiedad privada exclusiva en las cuotas adquiridas en propiedad compartida (arts. 556-1, 5 y 6 CCC) y en el número de años adquiridos en la propiedad temporal (art. 547-1

CCC). Sucede pues, que las tenencias intermedias catalanas tratan de ahondar aún más en la distribución del acceso sostenible y estable a la vivienda, evitando concentración y sobreendeudamiento y, por tanto, constituyéndose en instituciones "*al servicio de las necesidades individuales y sociales*"[29].

El resultado fue que, tal y como se muestra en la Tabla 1, los españoles pasaron de tener únicamente el 45,9% de viviendas en propiedad en 1950 a tenerla el 82,2% en 2001, con una producción de vivienda nueva constante de unos 3 millones de viviendas anuales. De hecho, entre 1959 y 2011 se construyeron 6,8 millones de viviendas públicas, la inmensa mayoría en régimen de propiedad privada y en PH, lo que contribuyó enormemente a la generalización de este tipo de tenencia y a la estabilidad de las familias; especialmente en época de migraciones internas del campo a la ciudad en los años 60 y 70. Solamente a raíz de la crisis financiera mundial de 2007, tanto la construcción de nuevas viviendas como el porcentaje de población viviendo en propiedad descendió por primera vez desde los años 30. En efecto, la Ley 49/60 fue (y sigue siendo) definitiva para aumentar el número de viviendas disponibles, la tasa de vivienda en propiedad y su asequibilidad.

| Año | 1950 | 1960 | 1970 | 1981 | 1991 | 2001 | 2011 | 2021 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Tasa de propiedad de la vivienda (censo, viviendas principales) | 45.9 % | 51.9 % | 63.4% | 73.1% | 78.3% | 82.2% | 78.9% | 75.8% |
| Número de viviendas (en millones) | 6.6 | 7.7 | 10.6 | 14.7 | 17.2 | 21.0 | 25.1 | 25.9 |

Tabla 1. Tasa de vivienda en propiedad y número de viviendas disponibles. Fuente: elaboración propia (Sergio Nasarre) a partir de los respectivos censos.

En cuanto a la seguridad en la tenencia y la libertad, es evidente que el art. 348 CC es el que concede la mayor plenitud y autonomía, consagrando el ámbito de la propiedad privada. Durante décadas, este precepto ha ayudado al desarrollo habitacional, como hemos visto en los datos. Hoy, sigue siendo cierto el hecho de que no precisemos el consentimiento de nuestros vecinos copropietarios en PH para vender, rehabilitar o alquilar nuestro piso, aunque con algunas preocupantes excepciones en la normativa reciente, como vemos a continuación. A su vez, las sucesivas reformas, incluida la versión de la PH que incorporó en 2006 el Libro V del CCC han ido flexibilizando la toma de decisiones en aras a ir mejorando las comunidades.

Más concretamente, destacamos a continuación aspectos clave que han acompañado al éxito de la PH, los cuales no solamente pueden servir de inspiración para una mejor regulación de las cooperativas de vivienda, sino también para la normativa de algunos países, que contienen importantes carencias.

1. El concepto de cuota de la comunidad, relacionando el peso del voto, con la obligación de sustento de la comunidad con la superficie de la unidad (art. 5.2 LPH). Al respecto, creemos que es un acierto la regla de que quién más debe aportar y quién más tiene que perder pueda decidir más en la comunidad. Ello no implica que tenga más derecho a usar los elementos comunes (siempre está el límite del abuso de derecho del art. 7.2 CC). Efectivamente, cualquier decisión negativa de la junta afecta económicamente más a aquél que tienen la unidad de mayor superficie; el cual deberá aportar más en caso de necesidad.

2. Medidas contra la morosidad. Otro de los pilares lo representa nuestros mecanimos contra la morosidad en las comunidades. Atendiendo a los datos, no obstante, no parece demasiado exitoso: las PH sin copropietarios morosos oscilan entre el 24%[30] y el 61,57%, según estimación (más de 1,5 millones de viviendas) del CGAFE[31]. Crisis como la de 2007, la COVID19 (2020-2021) o la inflacionaria (2022) aumentaron las ratios de morosidad. De ahí que, junto a la reforma operada por la Ley 10/2022[32], el conjunto de reglas anti-morosidad en las comunidades se ha ampliado ostensiblemente:

- La retirada del derecho al voto y su advertencia en el acta de los propietarios morosos (art. 15.2 LPH).
- La identificación de los nombres de los morosos en las convocatorias de junta (art. 16.2 LPH).
- La imposibilidad de los morosos de impugnar las decisiones de la junta (art. 18.2 LPH).
- La posibilidad de adoptar medidas disuasorias contra morosos por parte de la junta de propietarios, que pueden incluir el incremento de los intereses de demora de las deudas o la prohibición de uso de elementos/servicios comunes, siempre que no afecten a la habitabilidad de la unidad o constituyan un abuso o desproporción (art. 21.1 LPH).
- La consideración de la deuda del moroso como una obligación personal que lo persigue (art. 21.2 LPH y 1911 CC, mediante acción privilegiada que puede ser reclamada en juicio monitorio y que en 2021 tenía una duración de 8,6 meses vs los 39,6 meses de un ordinario, conforme al CGPJ), mientras que la unidad queda sujeta mediante carga real oculta al pago de la anualidad corriente y tres anteriores (art. 9.1.e LPH).

3. Medidas a favor de la convivencia. El art. 7.2.5 LPH prevé la privación del uso al propietario hasta tres años si desarrolla en el inmueble actividades prohibidas en los estatutos, dañosas para la finca o actividades molestas, insalubres,

nocivas, peligrosas o ilícitas. Si el infractor no fuese el propietario (ej. un arrendatario) se extinguirá su derecho sobre la finca y se le lanzará. No estamos de acuerdo, sin embargo, con la solución adoptada por la Ley catalana 1/2023[33] que, pretendiendo ampliar un acción parecida para los casos de okupación, ha acabado dándole a cualquier municipio la posibilidad expropiar el uso de la vivienda durante 7 años al propietario que no ha conseguido echar al okupa molesto, pues no se trata, como se dice en la reforma, de una cuestión de incumplimiento de función social de la propiedad, sino de mera convivencia vecinal, tal y como lo declaró la STC 301/1993, de manera que no debería caber ni intervención municipal ni expropiación alguna.

4. Estatutos como contrato multilateral. Los estatutos[34] otorgados por los propietarios pueden alterar el equilibrio presentado en la LPH. Su naturaleza es obligacional (Exposición de Motivos LPH), de manera que solo obligará a los otorgantes, mientras no se inscriban en el Registro de la Propiedad. Sin embargo, la propia LPH ya advertía que: "*Estos, frecuentemente, no eran fruto de las libres determinaciones recíprocas de los contratantes, sino que, de ordinario, los dictaba, con sujeción a ciertos tipos generalizados por la práctica, el promotor de la empresa de construcción, limitándose a prestar su adhesión las personas que ingresaban en el régimen de la propiedad horizontal*"; y por eso la LPH, renuente a los mismos, prevé un régimen de PH que los hace esencialmente innecesarios. En esta línea, el TS tiene establecida la naturaleza excepcional y limitativa del dominio que tienen estos pactos y determina que los estatutos deben ser redactados de forma clara y precisa, siendo siempre objeto de interpretación restringida (SSTS 5/3/1990[35] y 7/2/1989[36]). Según la STS 10/7/1995[37]: "*En aplicación de las normas hermenéuticas del artículo 3 del Código Civil, toda limitación a la propiedad individual ha de interpretarse de modo restrictivo, salvo que afecte a los elementos comunes*". Sin embargo, como se ha advertido, recientemente el legislador parece recular con esta sólida línea del la LPH y del TS. Conforme al art. 2.3 de la Ley 7/2019 se da la posibilidad de que 3/5 de los propietarios puedan condicionar o limitar el alquiler turístico de nuestras unidades, a través de modificación de estatutos como del título constitutivo, alterando la naturaleza contractual y multilateral de los estatutos (arts. 1091, 1254 y 1256 CC).

5. Respeto por la individualidad. Al mismo tiempo, la LPH es respetuosa con lo que un propietario puede hacer dentro y con su unidad, con el límite que hemos comentado tanto del art. 7.2.5 LPH como la mencionada reforma de 2019 sobre los pisos turísticos. Cabe destacar las normas que permiten a la gente mayor y personas con discapacidad (art. 10.1 b) LPH) a poder forzar obras de accesibilidad compartiendo el coste. Esto ha dado lugar a comunidades, calles, barrios y ciudades muy mezclados (*mixité*), lejos de la homogeneidad que buscan las cooperativas de vivienda de uso o las comunidades cerradas (*gated commu-*

*nities*), lo que creemos es un valor que respetar y promover. No tan respetuosa con la autonomía de las unidades es la Ley 12/2023, que la pone en riesgo. Dicha norma ha convertido la propiedad de toda vivienda en una especie de tenencia tutelada y controlada por el Estado ("propiedad estatutaria" la llaman), como las aguas, las minas o el suelo urbano (arts. 10 y 11 en relación con la DF 7ª), de manera que abre la puerta a que el legislador pueda limitar las facultades dominicales (gravamen, venta, uso, disfrute) sobre las unidades, si el propietario no les da un "uso y disfrute propio y efectivo" (ej. si la dedica a una academia de inglés o si la alquila o vende a una persona jurídica, pues nunca se vivirá en ella). El legislador catalán, por cierto, acaba de aprovechar ya esta oportunidad con el DL 6/2024[38], que finalmente no fue convalidado, aunque aspectos del mismo parece quieren extenderse al resto del Estado.

Si bien a continuación trataremos en qué pueden beneficiarse las cooperativas en cesión de uso de los pilares del éxito de la PH y hasta qué punto pueden aplicárseles *mutatis mutandis* estos principios que combinan en equilibrio respeto a la individualidad y organización, responsabilidad y mantenimiento de elementos comunes, simplemente terminar este apartado haciendo una breve alusión a algunos marcos jurídicos internacionales de los edificios multi-familiares, que difieren de nuestra regulación, y que han puesto en jaque su viabilidad o lastran su popularidad. Así:

a) En cuanto al fracaso internacional de las cooperativas de vivienda en uso[39]. Más allá de los históricos fracasos de experiencias comunitaristas (Münster 1534, París 1871, Oneida-USA 1881, Guyana 1978, etc.), un ejemplo relativamente reciente lo representan las cooperativas de vivienda soviéticas. Hasta 1958, la unidad habitacional urbana más habitual en la Unión Soviética fue el piso comunal (*kommunal 'naya kvartira*), donde convivían entre dos y siete familias, cada una de ellas con solo una o como máximo dos habitaciones (donde comían y dormían cada una de las familias por entero) de unos 9 m2, con pasillo, cocina y baño comunes entre todas ellas. A la falta de espacio para la intimidad y libertad personales[40], había que añadir la "función política" que desempeñaban las cocinas comunales, que eran fuente de conflictos y donde se debía cocinar, pero raramente se comía por miedo[41]. Por su parte, las conocidas como cooperativas *Andel* danesas tuvieron su fin a principios de los 2000 provocado por la gentrificación suave, el nepotismo, la falta de libertad de sus miembros y el nepotismo[42].
b) Los edificios multiunidad más comunes en Estados Unidos, son las *co-ops*. M.G. Lasner[43] afirma al respecto de la mixticidad a la que aludíamos como valor de la PH que: "*In Europe, where apartment-dwelling was extremely common, there was no prevailing social anxiety about who*

*your neighbors might be. In the US, there has always been a tremendous amount of anxiety about this. So developers figured out how to exploit that anxiety, introducing and encouraging screening and exclusion as a way to add value to this form of real estate*". Víctimas de esta exclusión *soft* de los edificios multifamiliares en Estados Unidos, porque los cooperativistas pueden decidir quién puede obtener un apartamento en el edificio y tienden a aceptar vecinos homogéneos, han sido, por ejemplo, Antonio Banderas[44] o Madonna[45].

c) En cuando a los diferentes regímenes de *condominiums* (terminología internacional aceptada para organizaciones de edificios multiunidad al estilo de nuestras PH) en nuestro entorno europeo, una primera diferencia es si se les concede personalidad jurídica diferente de la de sus miembros. Este es el caso de Bélgica, Finlandia, Alemania e Irlanda, mientras que no la tienen en España, Italia, Hungría o Polonia, aunque en todas estas tienen cierto grado de "personificación"[46]. Ello produce efectos, naturalmente, en relación con la capacidad de contratación del *condominium*, su responsabilidad frente a terceros y la de sus miembros, su legitimación procesal activa y pasiva, etc. También existen importantes diferencias en relación con las consecuencias en caso de morosidad: en Alemania o en Polonia, por ejemplo, es posible que la comunidad fuerce la venta de la unidad en pública subasta, la *housing company* puede tomar posesión de la unidad en Finlandia o en Bélgica la comunidad puede retener una parte del precio de la venta de la unidad del moroso[47]. Y también existen diferencias en cuanto a las facultades dominicales del propietario sobre la unidad: derechos de tanteo y retracto pactables en Hungría en caso de venta; es posible el pacto de la necesidad de consentimiento de la junta en Alemania para la venta de la unidad y en Finlandia se puede restringir a quién alquilar dependiendo del perfil del candidato[48].

## III. LA OPERABILIDAD DE LOS PILARES DE ÉXITO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL EN LAS COOPERATIVAS DE VIVIENDA EN CESIÓN DE USO

Vistos los desencadenantes de éxito de la PH, que la han hecho merecedora de la consideración de la organización multifamiliar preferida de los españoles, corresponde ahora contrastar estos mismos elementos en el marco de las cooperativas de vivienda en cesión de uso, a los efectos de proporcionar explicaciones de su poca replicabilidad y con el fin de mejorar su régimen jurídico.

Previamente al análisis mencionado, es necesario hacer unas breves precisiones sobre las cooperativas de vivienda bajo la modalidad de la cesión de uso en España con el fin de aclarar sus elementos definitorios. Ello nos permitirá comprender cómo muchos de estos elementos constituyen *per se* una estructura arriesgada para los valores y derechos a preservar en toda tenencia de vivienda; esto es, la seguridad jurídica, la libertad, la mixticidad y la privacidad, entre los más destacables.

Las cooperativas de vivienda en cesión de uso gravitan sobre cuatro elementos que les son esenciales y propios y que se concretan en el derecho de uso, la propiedad colectiva, la autogestión y la adopción del enfoque *cohousing*[49]:

a) El derecho de uso[50] implica que, con la obtención de la membresía o la condición de socio en la cooperativa, se otorga el derecho a residir en una vivienda determinada de forma indefinida, pero no de disponer del inmueble; esto es, vender, arrendar, ceder, constituir derechos reales y cualquier forma de provecho económico, al menos no de forma autónoma ni libre. Para la adquisición de la membresía se exige el pago de una aportación inicial (destinada a sufragar los gastos de construcción/rehabilitación del edificio/casa comunal), el pago de las cuotas periódicas obligatorias (entre estas, el canon en concepto de cesión del uso) y el cumplimiento de los requisitos que estatutariamente cada cooperativa establezca.
b) La propiedad colectiva y su función antiespeculativa[51], como segunda característica de este modelo, significa que la cooperativa, como ente con personalidad jurídica propia y diferenciada a la de los socios, es la titular de la propiedad del inmueble, aunque también podría ser solo de un derecho posesorio, según la reciente Ley de cooperativas de la Comunidad de Valencia (arts. 10.4 y 13.1)[52].
c) La autogestión[53], como tercera característica, comprende la participación de los socios en la administración de la comunidad, su gobernanza, la toma de decisiones y, en general, en la responsabilidad económica, jurídica, arquitectónica y demás de la cooperativa. Entre las actividades más destacables que asumen los residentes en este esquema de vivienda se encuentran:
    - La contratación de los arquitectos. Incluso, en algunos países como Uruguay, los socios participan directamente en la ejecución de las obras[54].
    - La búsqueda del suelo donde se va a edificar.
    - El diseño de las viviendas y los espacios de uso común.
    - La búsqueda de los demás residentes que faltasen.

- La administración continua e indefinida de la comunidad a través de comités y la designación de tareas voluntarias.

d) El enfoque *cohousing*[55] es una característica procedente de comunidades *cohousing* de los países nórdicos como la mencionada Dinamarca y que responde al deseo por un entorno doméstico más práctico (es decir, disfrutar de los beneficios económicos, humanos, de tiempo y de cualquier otra índole que conlleva el compartir espacios, equipamientos, servicios y tareas domésticas y de cuidado) y social (es decir, una alta interacción social entre los residentes), cuya organización, planificación y gestión está a cargo de las mismas personas que residen en la comunidad.

Teniendo claro los elementos definitorios del modelo de vivienda cooperativa en cesión de uso, analizaremos a continuación lo que estas nos pueden ofrecer en materia de seguridad jurídica, libertad, mixticidad y democracia, pilares de éxito del régimen de PH, como hemos visto.

## 1. La seguridad jurídica de la vivienda cooperativa en cesión de uso

La seguridad jurídica de las viviendas cooperativas que adaptan las dinámicas propias del *cohousing*, es decir, la certeza de los socios en su permanencia en estas, podría decirse que, en principio, es vitalicia[56] y, por lo tanto, mayor que la del arrendamiento en aquellos ordenamientos jurídicos donde se exige una duración determinada, como es el caso de España (art. 2 LAU).

Sin embargo, a partir de la amplia potestad regulatoria que la legislación cooperativa (tanto la estatal, art. 89.3 de la Ley 27/1999, de 16 de julio; como las autonómicas, ej., art. 123.3 de la Ley 12/2015, de 9 de julio)[57] les otorga a las cooperativas, observamos una constante dependencia de la permanencia en la vivienda a lo que la mayoría de los miembros prescriba como obligatorio durante el transcurso de la estancia, y cuyo incumplimiento podría sobrellevar a la baja disciplinaria por expulsión: la cooperativa decide cómo y cuándo se expulsa (arts. 11.1 letra "m" y 18.1,5 de la Ley 27/1999; arts. 16.1 letra "f", 30, 33 y 36.1,2 de la Ley 12/2015)[58]. Ello sucede especialmente en áreas que exceden el marco ordinario de las relaciones entre vecinos, como por ejemplo, la exigencia de participar en las actividades recreativas o la imposición de horas de trabajo "voluntario", dentro del marco de una política comunitaria de "un entorno doméstico altamente social".

En efecto, lo expuesto constituye una desventaja en relación comparativa con el régimen de arrendamiento y de PH[59]. En estas últimas se hallan regulados los supuestos de expulsión de forma mucho más exhaustiva, pormenorizada, uniforme y con carácter imperativo de muchas de sus disposiciones; lo que se

traduce en la estandarización y certeza de las relaciones jurídicas entre propietarios y comunidades de propietarios y entre arrendatarios y arrendadores. A la inversa, los socios cooperativistas deben asumir riesgos no deseados, entre estos el de verse obligados a marchar de la vivienda por causas diversas (establecidas tanto de leyes cooperativas como en los estatutos cooperativos), variables (potestad cooperativa para establecer sus propias causas de expulsión) y fluctuantes (potestad cooperativa para modificar sus propias causas de expulsión a través del tiempo), (arts. 11.1 letra "m", 18.5, 28.2 de la Ley 27/1999; arts. 16.1 letra "f", 33, 36.2, 47.2 de la Ley 12/2015).

A ello hay que añadir el hecho de que en España ha habido una controversia doctrinal respecto al alcance limitado o amplio del control judicial sobre las decisiones de expulsión adaptadas por las asociaciones, así como de la aplicabilidad o inaplicabilidad de las garantías propias del régimen sancionador público[60]. Como resultado, el control judicial puede ser más o menos garantista con el socio destinatario de la expulsión disciplinaria, según la postura que comparta el órgano judicial que conozca del caso; lo que incrementa la inseguridad jurídica de este modelo.

## 2. La libertad

Como hemos mencionado, uno de los ejes esenciales y propios de las cooperativas de vivienda bajo la modalidad de cesión de uso es precisamente la propiedad colectiva[61]. La propiedad colectiva implica que, al ser la cooperativa la única propietaria de toda la edificación destinada a vivienda, los socios, individualmente considerados, no puedan enajenar, arrendar o constituir cualquier otro derecho real sobre la unidad de vivienda asignada; al menos no sin permiso estatutario o autorización previa de la cooperativa.

Adicionalmente a la propiedad colectiva, encontramos su función "no especulativa"[62], con arreglo a la cual las cooperativas en cesión de uso suelen limitar las transmisiones *inter vivos* y *mortis causa* de la participación social a la que está vinculado el derecho de uso, dando lugar a la liquidación de las aportaciones reembolsables al socio que se da de baja o a los herederos, y, posteriormente, ocasionando la selección de un nuevo socio por parte de la cooperativa. En los casos en que estatutariamente se permite las transmisiones *inter vivos* a favor de terceros (personas no socias), la cooperativa es la que determina el precio y las condiciones de su traspaso, siendo aplicable un derecho de tanteo y retracto a su favor (art. 92.1 de la Ley 27/1999; art. 125 de la Ley 12/2015)[63]. Pues bien, este amplio margen de acción por parte de las cooperativas para autorregularse es consecuencia directa tanto de la delegación expresa que la legislación cooperati-

va les hace (art. 89.3 Ley 27/1999; art. 123.3 de la Ley 12/2015) como también de su omisión (de esta misma normativa) de regular la naturaleza jurídica del derecho de uso que recae sobre las viviendas. A excepción de Valencia e Islas Baleares, que en los arts. 10.4 y 13.1 de la Ley 3/2023 y el art. 130.3 de la Ley 5/2023 respectivamente definen, la primera, el derecho de uso como un derecho societario, de carácter personalísimo, que no constituye un derecho real; y, la segunda, como un derecho de naturaleza personal y societario[64].

Por otro lado, la libertad también puede encontrarse limitada a partir de la exigencia que las cooperativas hacen, bien mediante sanción disciplinaria, bien mediante reproche comunitario, del cumplimiento de las pautas conductuales que ponen en práctica el enfoque *cohousing*. Son situaciones como, por ejemplo, el desarrollo de tareas domésticas y de cuidado de forma colectiva (es decir, prestarle servicios de atención y cuidado al vecino de la tercera edad o cuidar a los niños de la comunidad), jornadas de trabajo de limpieza, jardinería, reparaciones etc. o formas estándares para entablar y desarrollar las relaciones interpersonales.

Así pues, la libertad individual del socio disidente (su libre desarrollo de la personalidad, su libertad ideológica y religiosa y su libertad de expresión: arts. 10, 16 y 20 CE) resulta subordinada a la libertad de asociación de la cooperativa (considerada como colectivo cuyos intereses priman sobre los intereses individuales, art. 22 CE), debiendo el socio disidente, bien tolerar la intromisión, bien ejercer su libertad de marchar de la cooperativa[65], poniendo así en riesgo su derecho a la vivienda (art. 47 CE). Esto resulta cuestionable en materia de proporcionalidad porque, en efecto, la cancelación de la membresía implica necesariamente la marcha de la vivienda y la consecuente búsqueda de una nueva (esfuerzo económico, humano y de tiempo), en un contexto caracterizado por un *stock* escaso de vivienda asequible y por el endurecimiento de los requisitos para acceder al crédito hipotecario[66].

### 3. La mixticidad

La composición de las cooperativas de cesión de uso se realiza por diversos sistemas[67]: sistema de criterios predispuestos para la selección de nuevas unidades de convivencia, sistema de listas abiertas a cualquier persona (generalmente con listas internas de priorización), sistema de selección con entrevistas o periodos de pruebas que aseguren la cohesión del grupo, entre otros. Le corresponde al Consejo rector decidir quién entra a la organización, en manifestación de sus principios de control democrático, autonomía e independencia.

Sucede pues, que el éxito de este tipo de proyectos requiere de un conjunto considerable de recursos demandables, como pueden ser los siguientes:

- El tiempo. Tanto para la participación exigida, como el que se destina a la concreción del proyecto que excluye a quienes se encuentran en situaciones de necesidad urgente de vivienda[68].
- Las competencias para participar, es decir, las habilidades técnicas y las capacidades para encarar temas de carácter profesional, administrativo y/o técnico[69].
- La capacidad económica para, entre otras cosas, sufragar los costes de membresía y los compromisos financieros adquiridos a largo plazo[70].
- El cumplimiento de ciertos códigos y normas sociales con destino a propiciar una buena dinámica en las relaciones interpersonales y evitar el riesgo de desajuste entre el tipo de personas que integran las cooperativas[71].

Las anteriores demandas plantean la cuestión de las categorías de población a las que se dirigen estos proyectos de vivienda cooperativa. Varios estudios[72] muestran que, con mayor frecuencia, son categorías sociales bien dotadas culturalmente y con ingresos medios las que participan en esta alternativa habitacional. Por el contrario, las poblaciones desfavorecidas están poco representadas. Ello pone en duda que estas cooperativas sean *per se* vivienda asequible o puedan ser objeto de política sociales de vivienda para los más necesitados.

Por lo demás, el poder que tienen las cooperativas de vivienda de (auto) selección de sus miembros (arts. 11.1 letra "j", 12 y 13 de la Ley 27/1999; arts. 16.1 letra "e" y 29 de la Ley 12/2015) [73], a diferencia del régimen de PH, ha sido utilizado por los actuales miembros para excluir a grupos históricamente marginados[74]. Esto significa que la evaluación de la solicitud de afiliación no se basa en la idoneidad del solicitante para cumplir las obligaciones objetivas del contrato de vivienda (por ejemplo, el pago de la cuota de afiliación, la participación en los gastos de uso y alojamiento, el cumplimiento de las normas de convivencia, el buen cuidado de la vivienda, etc.), sino en su pertenencia a un grupo vulnerable (ya sea por una presunción errónea sobre el grupo vulnerable al que pertenece el solicitante o por el simple deseo de no tener como miembros de la comunidad a inmigrantes, personas con discapacidad, homosexuales, familias con niños, no veganos, etc.).

De hecho, jurisprudencialmente se han reconocido como discriminatorias a nivel internacional, entre otras, las denegaciones basadas en:

a) La compatibilidad con otros miembros cuando tienen un impacto racial discriminatorio[75].
b) La supuesta apariencia "beligerante e irritable" del aspirante[76].
c) Los rumores sobre el aspirante[77].
d) El hecho de disponer determinadas fuentes de ingresos en exclusión de otras[78].

e) En la denegación del acceso de una persona con discapacidad a través de un fideicomiso[79].
f) En la aplicación de una política interna de prohibición de niños menores de doce años sin haberse constituido legalmente la cooperativa como una "*housing for older persons*" (HOPA)[80].
g) En la aplicación de una política interna de prohibir categóricamente el acceso a personas con antecedentes penales (sin consideración de cuándo se produjo la condena, en qué consistió la conducta subyacente, qué ha hecho la persona condenada desde entonces, etc.)[81].
h) Las causadas con motivo a las instrucciones a los agentes inmobiliarios para usar tácticas dilatorias y diversas formas que tenían por objeto desalentar a los solicitantes pertenecientes a minorías étnicas[82].

De este modo, a diferencia del propietario-vendedor (porque, primero, al propietario poco le preocupa las características personales del comprador o el impacto que tendría en la comunidad de propietarios, siempre que cumpla con los criterios financieros de la compra; y, segundo, porque la comunidad de propietarios, al menos en nuestro país, no tiene poder de decisión sobre a quién el propietario vende o arrienda el inmueble)[83] y, en menor medida, del arrendador (a quien sí le puede preocupar los aspectos propios de la persona del arrendatario, pero en menor grado que a una cooperativa por cuanto no concurre necesariamente los elementos de proximidad, alta interacción social ni convivencia), las cooperativas propietarias de la vivienda suelen entrar a valorar otros aspectos netamente subjetivos de sus convecinos o de los candidatos a serlo, que son de difícil estimación, tales como el *feeling* o la simpatía con los que ya son miembros, la compatibilidad de ideas, opiniones y convicciones en pro de la funcionalidad de la comunidad, las habilidades, destrezas y competencias que el aspirante pueda aportar, entre otros aspectos basados en características protegidas de la condición humana que las hace más permeables a prácticas discriminatorias.

## 4. La democracia

La democracia en el marco de las cooperativas de vivienda en cesión de uso es resultado de dos de las principales características de las cooperativas que son, primero, su gobernanza democrática, en donde un socio es igual a un voto; y, segundo, la autogestión de la comunidad, donde la administración es asumida por los mismos residentes (art. 1.1 y 26.1 de la Ley 27/1999; arts. 1.1, 1.2 y 48.1 de la Ley 12/2015)[84].

Con todo, cabe destacar que no siempre el sistema de votación en donde un socio es igual a un voto constituye un sistema equitativo. Factores tales como los

m2, la ubicación, la planta, las vistas y otras características de la vivienda pueden resultar importantes a la hora de asignar mayor peso al voto de los titulares, logrando un sistema de votación más justo (al estilo del régimen de PH). Asimismo, el sistema democrático no es exclusivo de las cooperativas, sino también aplicable a otros tipos de tenencias como el régimen de PH que hemos analizado, donde todos los propietarios conforman la Junta de Propietarios que es el órgano deliberativo de la comunidad, así como también estos pueden participar en las tareas del día a día mediante su pertenencia en comités específicos.

Ahora bien, desde el punto de vista de la política de la gobernanza en el sector de la vivienda, la promoción pública del *cohousing* pretende suscitar mayor democracia al incentivar la participación directa de los ciudadanos en el diseño, la planificación y gestión de sus viviendas y del contexto urbano adyacente (a nivel de barrio y de ciudad)[85].

## IV. PROPUESTAS DE MEJORA DE LAS COOPERATIVAS DE VIVIENDA DE USO EN CUANTO AL RESPETO POR LOS DERECHOS HUMANOS

Una vez analizadas las problemáticas detectadas en las cooperativas de vivienda en uso en cuanto a los pilares de seguridad jurídica, libertad, mixticidad y democracia, a continuación, pasamos a realizar algunas propuestas de medidas destinadas tanto al legislador como a las propias cooperativas en su regulación interna, con miras a fortalecer los valores mencionados y el ejercicio de los derechos humanos en el modelo de vivienda cooperativa en cesión de uso.

Como propuestas de medidas de *lege ferenda* para el fortalecimiento del derecho a la igualdad y no discriminación (y, por tanto, mejorar la mixticidad), consideramos que, junto al mandato general de no discriminación en el acceso y durante la permanencia en la vivienda (en el ámbito general de la vivienda y, por tanto, extensible a las cooperativas de vivienda)[86], pueden estipularse expresamente ciertas excepciones para algunos proveedores de vivienda. Estas excepciones se justifican en el respeto y la protección de otros derechos en conflicto, tales como el derecho a la intimidad y la libertad religiosa[87], así como también en la exigencia de atención prioritaria que comporta la situación de vulnerabilidad de ciertos colectivos, como por ejemplo, las personas de la tercera edad o con discapacidad.

Por otro lado, en el ámbito específico de las cooperativas de vivienda y como propuestas de medidas que contribuyan al mandato general de no discriminación, sugerimos:

a) La conveniencia de exigir el carácter objetivo de los requisitos estatutarios para la adquisición de la membresía, orientados a medir razonable-

mente la "idoneidad" para cumplir con las obligaciones sociales. Esto excluiría criterios tales como: ser "buen vecino"; la habilidad para vivir independientemente; el compromiso de vivir en la cooperativa a largo plazo; el disponer de determinadas fuentes de ingresos en exclusión de otras, de cara a descartar a los solicitantes que reciben asistencia pública; el sometimiento de exámenes físicos o evaluaciones médicas en orden a determinar la discapacidad, estado de embarazo, la tenencia de enfermedades, entre otras situaciones.

b) La introducción de la obligación del Consejo Rector de motivar las denegaciones de admisión bajo consideraciones racionales, justificadas en el objeto social y las actividades consustanciales a este.
c) La previsión expresa de la posibilidad del aspirante a socio de impugnar por vía judicial el acuerdo desfavorable que resuelve el recurso contra la denegación de admisión[88].
d) La sujeción expresa de las cooperativas de vivienda al deber de adaptar los "ajustes razonables"[89], como derecho de las personas con discapacidad, en la edificación, reglas, políticas o prácticas cooperativas.

Como propuestas de medidas facultativas para las cooperativas de vivienda que adoptan el modelo *cohousing*, en orden a fortalecer el derecho de igualdad y no discriminación, recomendamos asegurar la transparencia de los procesos de admisión de socios. En esta dirección, creemos que es trascendental definir y publicar (interna y externamente) los criterios de selección; asignar una importancia cuantificada a cada uno de estos; determinar la documentación y el tipo de información con la que se puede acreditar el cumplimiento de tales criterios; identificar cada una de las etapas del proceso; monitorizar las listas de espera.

Asimismo, a efectos de probar una conducta proactiva de la cooperativa, resulta importante la implementación de procedimientos internos que reciban y den trámite a las solicitudes de los ajustes razonables y las quejas que informen patrones de discriminación, cuidando siempre de propiciar investigaciones, evaluaciones y resoluciones justas, rápidas y efectivas. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte de Apelación de los Estados Unidos, *Francis v. Kings Park Manor*; el Tribunal de Derechos Humanos de Ontario en Canadá, *DiSalvo v. Halton Condominium Corporation*; entre otros tribunales[90]. Por último, la incorporación de programas de educación resulta fundamental a la hora de prevenir las prácticas discriminatorias entre miembros, al tiempo que asegura el ejercicio eficiente de las funciones y responsabilidades de los organismos encargados de implementar políticas y procedimientos internos contra la discriminación, como lo han reconocido diferentes organismos encargados de promover los derechos humanos, entre estos, la Comisión de Derechos Humanos de Ontario en Canadá y el Departamento de Vivienda y Desarrollo Urbano de los Estados Unidos[91].

Como propuestas de medidas *de lege ferenda* para el fortalecimiento de la seguridad jurídica y derechos de libertad, consideramos importante la regulación legal de al menos ciertos parámetros básicos de las cooperativas de vivienda en cesión de uso, que les permita a los actuales y futuros miembros prever lo que pueda acontecer en las relaciones jurídicas comprendidas en este ámbito, y, por tanto, les otorgue una mínima y uniforme protección de sus derechos. Entre los aspectos mínimos para regular deben contarse, primero, los derechos y obligaciones de los socios y de las cooperativas en relación con la vivienda; y, segundo, las causas de baja justificada y de expulsión disciplinaria.

Primero, en referencia a los derechos y las obligaciones, proponemos reglas generales de lo que pueden y deben hacer tanto los socios (titulares del derecho de uso) como las cooperativas (propietarias de la edificación), en relación con la vivienda. Para la elaboración de estas reglas nos basamos en cuatro ejes esenciales, los cuales sí están regulados en la normativa vigente para la vivienda en propiedad y para la vivienda en alquiler. Estos ejes son:

a) El mantenimiento y la conservación de los espacios, las instalaciones y los servicios de la edificación.
b) Las mejoras sobre estos espacios, instalaciones y servicios.
c) El subarrendamiento[92] o arrendamiento (según quién sea el arrendador: el miembro o la cooperativa) y las transmisiones, *inter vivos* y *mortis causa*, de la participación social a la que se vincula el derecho de uso de la vivienda.
d) Los derechos de adquisición preferente y sus excepciones.

Asimismo, en materia de los derechos y las obligaciones consideramos importante distinguirlos según el tipo de cooperativas de vivienda en cesión de uso de que se trate. Esto es, por un lado, las cooperativas de vivienda con delimitación de los espacios de uso exclusivo y, por el otro, aquellas "hasta la fachada" (cooperativas donde todos los espacios son de uso común, incluidos los apartamentos). Esta clasificación incide en la intensidad con la que se despliega los derechos y los deberes. Así, a modo ilustrativo, la posibilidad del socio en una cooperativa "hasta la fachada" para subarrendar o requerir a la cooperativa que arriende el alojamiento, cuando medie justa causa que lo imposibilite a ocupar temporalmente la vivienda[93], es más restringida; requiriendo previsión estatutaria que lo permita o, en su defecto, la autorización de la cooperativa. Lo anterior justificado en la ausencia de espacios de uso exclusivo que conlleva a que los miembros cedan, los unos con los otros, mayor grado de su intimidad. En este sentido, ningún socio puede disponer de la intimidad del otro, en este caso, permitiendo la entrada y estadía de terceros al domicilio común, sin el consentimiento *ad hoc* de los demás. Otro ejemplo es el que se refiere al deber de mantenimiento y conservación cuya responsabilidad cooperativa es más amplia en

las cooperativas "hasta la fachada", ya que todos los espacios, las instalaciones y servicios que integran la edificación destinada a vivienda son de uso común; y, como son de uso común, la realización unilateral por parte del socio de todo tipo de mejora requiere autorización previa de la cooperativa.

Por lo demás, estas reglas generales y abreviadas son propensas a variación según las circunstancias de cada caso y de la existencia de previsión estatutaria que aumente aún más la protección o module la responsabilidad, en beneficio del socio.

Y segundo, otros de los aspectos mínimos que deberían regularse son las causas a partir de las cuales las bajas voluntarias de los socios se valorarían como "justificadas" (calificación que es importante a los efectos de liquidación y reembolso de las aportaciones al capital social: arts. 51.3, 51.5, 51.7 y 89.5 de la Ley 27/1999; arts. 35.2 letra "c" y 35.3 de la Ley 12/2015)[94] y las causas por las que es posible justificar la expulsión disciplinaria de los socios, como se muestra en la Tabla 2.

| Casusas de baja justificada | Causas de expulsión disciplinaria |
|---|---|
| Alteraciones sustanciales de la estructura familiar que haga inadecuada la vivienda y la imposibilidad de la cooperativa de proveer otra unidad que se ajuste a las nuevas necesidades. | Falta de pago de la cuota de "uso" o de cargos de ocupación y cualquier otra obligación económica adeudada por el socio a la cooperativa y con relación a la vivienda y los elementos de uso común. |
| Deterioro significativo de la vivienda y/o elementos comunes por causas no imputables al socio. | El cambio del destino de la vivienda que no esté autorizado y contravenga el previsto estatutariamente (comprende cuestiones, tales como el subarriendo, el no uso de la vivienda, el uso del inmueble para fines de alquiler turístico, entre otros). |
| Manifiesto incumplimiento de los plazos de ejecución y asignación de la vivienda y de las características de esta respecto a las comprometidas inicialmente. | El incumplimiento grave de los deberes de cuidado y mantenimiento del socio, que constituya un peligro para la seguridad, habitabilidad o salubridad de las viviendas y/o las instalaciones de uso común (comprende cuestiones, tales como daños del inmueble o de los muebles y accesorios de la vivienda y/o espacios comunes; obras de mejoras no autorizadas y perjudiciales; hacinamiento de la vivienda; plagas y mala higiene de la vivienda, etc.). |

| Casusas de baja justificada | Causas de expulsión disciplinaria |
|---|---|
| El incumplimiento del deber de adaptar los ajustes razonables en la edificación, reglas, políticas o prácticas cooperativas, o, aún no existiendo incumplimiento, que la adopción de los ajustes razonables (sobre la edificación, reglas, políticas o prácticas cooperativas) no resulten suficientes para garantizarle al socio la accesibilidad universal de la vivienda. | La negativa del socio de permitir el acceso a la vivienda con el fin de realizar reparaciones necesarias. |
| Inactividad injustificada de la cooperativa (en calidad de titular del dominio de la edificación) con relación a perturbaciones de los derechos de ocupación del socio y su familia por actos de terceros u otros socios. | La conducta disruptiva o antisocial, reiterada y renuente del socio que perturbe de forma significativa (esto es, más allá de lo que razonablemente deba tolerarse) la convivencia ordinaria o el derecho de uso pacífico de los demás socios y sus convivientes respecto de los espacios, servicios e instalaciones, tanto de aquellos de uso exclusivo como los de uso común (comprende cuestiones, tales como el exceso de ruido, agresiones, amenazas, acosos, etc.). |
| El traslado del socio por motivos laborales o académicos, de salud y otras razones imperiosas. | El desarrollo de actividades ilícitas en la vivienda (contrarias a la normativa penal, urbanística, de civismo y convivencia, etc.). |
| La afectación al socio disidente o ausente (en la Asamblea y por una justa causa) ocasionada con la modificación o supresión de derechos o la exigencia de nuevas obligaciones personalísimas, aprobadas en Asamblea. | El incumplimiento especialmente grave, en cuanto a su naturaleza y alcance, de las obligaciones asumidas por el socio con la cooperativa; siempre que estas sean razonables, proporcionales y se hallen expresamente establecidas en los estatutos. |
| La dificultad sobrevenida y sustancial para cumplir puntualmente con las obligaciones económicas, sin que se haya incurrido en mora. | |
| Terminación de la convivencia entre cónyuges o parejas de hecho. | |
| Las bajas que ni legal ni estatutariamente estén tipificadas como injustificadas. | |
| Los demás supuestos de baja justificada tipificados estatutariamente. | |

Tabla 2. Causas de baja justificada y de expulsión disciplinaria de los socios en las cooperativas de vivienda en cesión de uso. Fuente: elaboración propia.

Respecto a las primeras (causas de baja justidicada), además de incluir supuestos específicos[95], en última instancia incluimos todos los supuestos tipificados estatutariamente, en armonía al respeto de la autonomía privada de las cooperativas y, sustancialmente, por cuanto dicha permisibilidad conlleva en sí a una ampliación de la protección legal básica. Esto es, mejora y no perjudica la posición de los socios.

En cuanto a las segundas (es decir, las causas por las que se podría justificar la expulsión), además de incluir supuestos específicos[96], en última instancia incluimos: "el incumplimiento especialmente grave, en cuanto a su naturaleza y alcance, de las obligaciones asumidas por el socio con la cooperativa, siempre que estas sean razonables, proporcionales y se hallen expresamente establecidas en los estatutos".

Con la anterior, pretendemos materializar la permisibilidad legal para que las cooperativas puedan regular y tipificar otras faltas "muy graves" (respeto de la autonomía privada), pero también limitar su potestad (disciplinaria de expulsión) al análisis de factores objetivos y razonables, tales como la entidad del incumplimiento, el tratarse o no de una condición material de la membresía o del contrato de "uso", la importancia de su cumplimiento para la cooperativa o la reiteración o persistencia del incumplimiento.

## V. CONCLUSIONES

I. El éxito de las PH españolas es innegable en cuanto a favorecer la asequibilidad de la vivienda, la democratización de la propiedad privada y del espacio urbano, la seguridad en la tenencia, la libertad y la mixticidad. Ello implica, al tiempo, que es difícil organizar edificios multifamiliares que puedan llegar a ser alternativas reales a ellas. Pero también estas contienen una serie de fundamentos que pueden resultar una fuente de inspiración para otras maneras de organizar la vida en común y que puedan ser deseadas por ciertos colectivos de personas.

II. Las cooperativas de vivienda en cesión de uso, promocionadas abundantemente con recursos públicos en ciertas ciudades desde la crisis financiera mundial de 2007, que adoptan las dinámicas propias del enfoque *cohousing* se enfrentan con importantes limitaciones de índole jurídico y social (además de las financieras) que les hace difícil equipararse a la vivienda en PH en lo que respecta a la seguridad jurídica, la libertad, la mixticidad y la democracia. Estos valores, que se han de preservar en toda tenencia de vivienda, inciden tanto en la replicabilidad del modelo de vivienda cooperativa como en su percepción de ser una alternativa real a la PH.

III. En relacion con las cooperativas de vivienda en cesión de uso y en materia de seguridad jurídica, advertimos una falta de certeza de los miembros sobre su permanencia en la vivienda que es causada por la amplia potestad disciplinaria y regulatoria que tienen las cooperativas para decidir quién entra, quién sale, cómo y cuándo. Lo anterior pone en una constante situación de riesgo de expulsión a los miembros disidentes de las pautas conductuales exigidas por las cooperativas, especialmente aquellas que los instan a una alta interacción y proximidad social.

IV. En materia de libertad, los elementos propios y diferenciales referentes a la propiedad cooperativa y a su función antiespeculativa, conjuntamente con la no regulación legal del derecho de uso, han comportado para los socios su imposibilidad de enajenar, arrendar, constituir cualquier derecho real o cualquier forma de provecho económico sobre la unidad de vivienda asignada. Asimismo, los derechos de libertad (libre desarrollo de la personalidad, libertad religiosa e ideológica y libertad de expresión) se encuentran en riesgo potencial de vulneración a partir de la exigencia cooperativa del cumplimiento de las dinámicas que materializan el enfoque *cohousing* (tareas domésticas y de cuidado de forma colectiva, jornadas de trabajo, etc.).

V. En materia de mixticidad, hemos detectado una mayor susceptibilidad de la tenencia cooperativa a desarrollar prácticas discriminatorias en los procesos de selección de miembros, buscando la homogeneidad. Así, los mecanismos de selección de miembros valoran aspectos subjetivos, de difícil estimación, tales como el "*feeling*" o la simpatía con los que ya son miembros; la compatibilidad de ideas, opiniones y convicciones en pro de la funcionalidad de la comunidad; las habilidades, destrezas y competencias que el aspirante pueda aportar, etc. Factores que desde luego afectan en mayor medida a los colectivos vulnerables como las personas con discapacidad, los emigrantes, las minorías religiosas, etc., y, por tanto, hacen que la población de las cooperativas (bajo la modalidad estudiada) se mantenga homogénea (intereses económicos también convergen en su mantenimiento).

VI. En materia de democracia, hemos visto que la toma de decisiones por parte de los socios cooperativistas constituidos en asamblea no difiere con otras formas de organización de viviendas, como aquellas sujetas al régimen de PH donde también se decide con base al consenso sujeto a regulación. Sin embargo, el sistema de democracia radical del voto donde un socio es igual a un voto no resulta, a nuestro juicio, el más equitativo por no reflejar factores que son esenciales para determinar las cargas y los beneficios de cada socio de forma mucho más proporcional.

VII. Finalmente, a partir de las problemáticas detectadas, ofrecemos propuestas para el fortalecimiento de los valores y los derechos humanos en los entornos comunitarios cooperativistas. Se tratan de dos tipos de pautas. Las primeras destinadas al legislador, las cuales son útiles para la construcción de un futuro y conveniente marco legal del cooperativismo de vivienda en cesión de uso. Las segundas, destinadas a las cooperativas, las cuales son medidas potestativas en respeto de su autonomía privada, pero en coherencia con el carácter fundamental de los derechos que convergen en la vivienda, la consideración de la vivienda como un bien que satisface una necesidad básica y el papel que han venido asumiendo estas organizaciones como actores sociales reivindicativos.

Así pues, pretendemos que estas propuestas sirvan para la construcción de un futuro y necesario marco jurídico del cooperativismo de vivienda en cesión de uso, el cual, a su vez, contribuya a solventar uno de los grandes desafíos que estos modelos de vivienda enfrentan en la actualidad, esto es, la inseguridad jurídica, la discriminación, la homogeneidad y la falta de libertad. Sin obviar que son varios los retos que ocupan atención (de carácter multidisciplinar), especialmente en lo relativo a la financiación, ciertamente la disponibilidad de un marco jurídico suficiente, sistemático y diferencial favorecerá a la funcionalidad de estos modelos de vivienda a largo plazo y posibilitará su utilización como alternativa real a la PH.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

ACHE, P., y FEDROWITZ, M. (2012). The development of co-housing initiatives in Germany, *Built Environment*, Vol. 38, núm. 3.

BANCO DE ESPAÑA (2024). Informe anual 2023, [En línea], disponible en https://www.bde.es/wbe/es/publicaciones/informes-memorias-anuales/informe-anual/informe-anual-2023.html. Visitado el 24/04/2024.

BEN-NER, A., y ELLMAN, M. (2013). The Contribution of behavioural economics to understanding and advancing the sustainability of worker cooperatives, *Journal of Entrepreneurial Organizational Diversity*, Vol. 2, núm. 1.

BRESSONS, S.; y TUMMERS, L. (2014). L'habitat participatif en Europa, *Métropoles*, Vol. 15.

BRESSON, S.; y DENÈFLE, S. (2015). Diversity of self-managed cohousing initiatives in France, *Journal of Urban Research and Practice*, Vol. 8, núm. 1.

BRUUN, M. H. (2018). The financialization of Danish cooperatives and the debasement of a collective housing good, *Critique of Anthropology,* Vol. 38, núm. 2.

CHESTERTON, G. K. (1920). *The superstition of divorce*, New York: Cosimo.

CHIODELLI, F., y BAGLIONE, V. (2014). Living together privately: for a cautious reading of cohousing, *Urban Research & Practice*, Vol. 7, núm. 1.

— (2015) What is really different between cohousing and gated communities?, *European Planning Studies*, Vol. 23, núm. 12.

CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS DE ADMINISTRADORES DE FINCAS DE FINCAS (CGAFE) (2017). Estudio Global sobre la morosidad en Comunidades de Propietarios, [En línea], disponible en https://www.cgcafe.org/wp-content/uploads/2018/06/comunicado-de-prensa-informe-morosidad-2017.pdf. Visitado el 24/04/2024.

— Eurostat (2023). Housing in Europe, [En línea], disponible en https://ec.europa.eu/eurostat/web/interactive-publications/housing-2023. Visitado el 28/04/2024.

— (2023). Housing cost overburden rate by degree of urbanization, [En línea], disponible en https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/ILC_LVHO07D__custom_11111720/default/table?lang=en&page=time:2023. Visitado el 28/04/2024.

— (2024). How many children were born in the EU in 2022, [En línea], disponible en https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/w/ddn-20240307-1#:~:text=The%20total%20fertility%20rate%20in,2021%20and%201.51%20in%202020. Visitado el 28/04/2024.

FITZSIMONS, J. (2014), The German Private Rented Sector: A Holistic Approach, [En línea], disponible en https://bvc.dk/media/1332/the_german_private_rented_sector_web.pdf. Visitado el 24/04/2024.

FOTOCASA RESEARCH (2023). Radiografía del mercado de la vivienda 2022-2023, [En línea], disponible en https://s36216.pcdn.co/wp-content/uploads/2023/05/Informe-Radiografia-del-mercado-de-la-vivienda-en-2022-2023.pdf. Visitado el 28/04/2024. Visitado el 24/04/2024.

GARCÍA TERUEL, R. M., y NASARRE AZNAR, S. (2022). Quince años sin solución para la vivienda. La innovación legal y la ciencia de datos en política de vivienda, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 789.

GONZALO QUINTERO, O. (2024). La inconstitucionalidad del artículo 245-2º CP y la legalización judicial de la ocupación de inmuebles, *Almacén de Derecho*, [En línea], disponible en https://almacendederecho.org/la-inconstitucional-interpretacion-del-art-245-2o-cp-y-la-legalizacion-judicial-de-la-ocupacion-de-inmuebles. Visitado el 28/04/2024.

GRUPO DE TRABAJO DE VIVIENDA DE REAS y ALTERHABIT (2022). Mapa de vivienda cooperativa en cesión de uso, [En línea], disponible en https://experience.arcgis.com/experience/21f036a19c87430b97ff21035f11a86a. Visitado el 17/04/2024.

HAYEK, F. (1973, 1976 y 1979). *Derecho, Legislación y Libertad,* Madrid: Unión Editorial.

HUD. (2011). Recognizing and fighting housing discrimination. Lesson plan and activities, pp. 1-23, [En línea], disponible en https://www.consumer-action.org/downloads/english/Housing_Discrimination_Lesson_Plan.pdf. Visitado el 24/04/2024.

IDEALISTA (2024). Evolución del precio de la vivienda en alquiler en España, [En línea], disponible en https://www.idealista.com/sala-de-prensa/informes-precio-vivienda/alquiler/. Visitado el 28/04/2024.

JAKOBSEN, P., y LARSEN, H. G. (2019). An alternative for Whom? The evolution and socio-economy Danish cohousing, *Journal Urban Research,* Vol. 12, núm. 4.

LACOL y LA CIUTAT INVISIBLE (2018). *Habitar en comunidad: La vivienda cooperativa en cesión de uso*, Madrid: los libros de la Catarata y la Fundación Arquia.

LASNER, M. G. (2012). *High Life*, New Haven: Yale University Press.

MALDONADO, R., y ROSE, R. D. (1996). The application of civil rights laws to housing cooperatives: are co-ops bastions of discriminatory exclusion or self-selecting models of community-based living?, *Fordham Urban Law Journal*, núm. 23.

MARTÍNEZ ATIENZA, G. Artículo 5 Título Constitutivo, *Vlex*.

McCAMANT, K., y DURRETT, C. (2011*). Creating Cohousing*, Canadá: New Society Publishers.

NASARRE AZNAR, S. (2020). *Los años de la crisis de la vivienda*, Valencia: Tirant lo Blanch.

— (2020). New challenges to Spanish condominiums in an economic and pandemic crisis, en R.L. LIPPERT y S. TREFFERS (coords.), *Condominium Governance and Law in Global Urban Context*, New York: Routledge.

— y SIMÓN MORENO, H. (2020) Los efectos de diez años de crisis en las comunidades de propietarios, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 778.

FTÁČNIK, M., LAMBEA-LLOP, N., y RASNAČA, L. (2021). *Concrete actions for affordable housing in the EU*, Bélgica: FEPS (Foundation for European Progressive Studies), [En línea], disponible en https://feps-europe.eu/publication/775-concrete-actions-for-social-and-affordable-housing-in-the-eu/. Visitado el 24/04/2024.

ONTARIO HUMAN RIGHTS COMMISSION (2013). A policy primer: guide to developing human rights police and procedures, [En línea], disponible en https://www3.ohrc.on.ca/sites/default/files/A%20policy%20primer_Guide%20to%20developing%20human%20rights%20policies%20and%20procedures_2013.pdf. Visitado el 24/04/2024.

PRESIDENCIA DEL GOBIERNO DE ESPAÑA (2021). España 2050, Cap. VI, [En línea], disponible en https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/200521-Estrategia_Espana_2050.pdf. Visitado el 24/04/2024.

PUIG BRUTAU, J. (1979). *Fundamentos de Derecho civil*, III-2º, 3ª Ed., Barcelona: Bosch.

RODRÍGUEZ LIÉVANO, M.ª PAULA. (2019). Cooperativas de vivienda: experiencia en Uruguay, *Housing: Revista de la Cátedra UNESCO de Vivienda de la Universidad Rovira i Virgili*, núm. 12.

ROSENBERG, Z. (2015). Judge Dismisses Case Against 'Racist' Dakota Co-op Board, [En línea], disponible en https://ny.curbed.com/2015/9/16/9920850/judge-dismisses-case-against-racist-dakota-co-op-board. Visitado el 24/04/2024.

SCHELLER, D.; y THÖRN, H. (2018). Governing sustainable urban development through self-build groups and co-Housing: the case of Hamburg and Gothenburg, *International Journal of Urban and Regional Research*, Vol. 42, núm. 5.

SIMÓN MORENO, H. (2020). Las cooperativas de vivienda en régimen de cesión de uso: ¿una alternativa real a la vivienda en propiedad y en alquiler en España?, *REVESCO*, núm. 134.

STRAHILEVITZ, L. (2003). Exclusionary amenities in residential communities, *Virginia Law Review*, Vol. 92, núm. 3.

TARNOPOLSKY, W., y PENTNEY, W. (2004). *Discrimination and the law*, Vol. III, Toronto: Thomson and Carswell.

THE NEW YORK TIMES (1985). San Remo Co-op Board Rejects Madonna's Bid, [En línea], disponible en https://www.nytimes.com/1985/07/19/nyregion/san-remo-co-op-board-rejects-madonna-s-bid.html. Visitado el 24/04/2024.

TUMMERS, L. (2015). Taking apart co-housing: towards a long-term perspective for collaborative self-managed housing in Europe, *Urban Research and Practice*, Vol. 8, núm. 1.

UIPI y HOUSING+ (2023). *Multi-unit buildings ownership guide*, Bruselas: UIPI.

**NORMAS**

**Organización de Naciones Unidas**

— ONU (2006). "Convención Internacional de las Personas con Discapacidad (CIPD)", Serie de Tratados, Vol. 2515.

**Unión Europea**

— Directiva 2000/43/EC del Consejo, de 29 junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial y étnico.

— Directiva del Consejo 2004/113/EC, de 13 diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y suministros

**España**

— Ley de 26 de octubre de 1939 sobre construcción, gravamen y régimen de viviendas de pisos o partes determinadas. BOE núm. 301, de 28-10-1939.

— Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal. BOE núm. 176, de 23-7-1960.

— Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. BOE núm. 282, de 25-11-1994.

— Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas. BOE núm. 170, de 17-7-1999.

— Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016. BOE núm. 86, de 10-4-2013.

— Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, BOE núm. 116, de 15-5-2013.

— Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. BOE núm. 134, de 5-6-2013.

— Ley 12/2015, de 9 de julio, de cooperativas de Cataluña. BOE núm. 194, de 14-8-2015.

— Ley 19/2015, de 29 de julio, de incorporación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida al libro quinto del Código civil de Cataluña. BOE núm. 215, de 29-9-2015.

— Real Decreto-Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler. BOE núm. 55, de 5-13-2019.
— Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. BOE núm. 65, de 16-3-2019.
— Ley 10/2022, de 14 de junio, de medidas urgentes para impulsar la actividad de rehabilitación edificatoria en el contexto del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. BOE núm. 142, de 15-6-2022.
— Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. BOE núm. 167, de 13-7-2022.
— Ley 1/2023, de 15 de febrero, de modificación de la Ley 18/2007, del derecho a la vivienda, y del libro quinto del Código civil de Cataluña, BOE núm. 55, de 6 de marzo de 2023, p. 32795. BOE núm. 55, de 6-3-2023.
— Ley 2/2023, de 24 febrero, sobre cooperativas de la Comunidad de Madrid. BOE núm. 137, de 9-6-2023.
— Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. BOE núm. 124, de 25-5-2023.
— Ley 3/2023, de 13 de abril, de viviendas colaborativas de la Comunidad de Valencia. BOE núm. 100, de 27-4-2023.
— Decreto-Ley 6/2024, de 24 de abril, de medidas urgentes en materia de vivienda. DOGC núm. 9150, de 25-4-2024.

**Extranjeras**
— *Bostadsrättsförening* o Ley de cooperativas de Suecia.
— *Burettslagslov* o Ley de cooperativas de Noruega.
— *ABF standardvedtægter* o Estatutos estándar de las cooperativas de viviendas danesas.
— Decreto núm. 183/018 de Uruguay.

**SENTENCIAS**

**Tribunal Europeo de Derechos Humanos**
— STEDH, 15 de septiembre de 2009, *Affaire Mirolubovs Et Autres v. Letonia*, núm. 798/05.

**Tribunal Constitucional**
— STC 218/1988 de 22 de noviembre. BOE núm. 306 de 22/12/1988.
— STC 301/1993, de 21 de octubre. BOE núm. 268 de 09/11/1993.
— STC 96/1994, de 21 de marzo. BOE núm. 99 de 26/04/1994.

**Tribunal Supremo**
— STS de 18 de mayo de 1960, RJ. 1960/1736.
— STS de 2 de abril de 1971, RJ. 1971/1565.
— STS de 7 de febrero de 1989, RJ 1989/672.
— STS de 5 de marzo de1990, RJ 1990/1666.
— STS de 10 de julio de 1995, ES:TS:1995:11455.
— STS de 28 de febrero de 2023, ECLI:ES:TS:2023:727.

**Audiencias Provinciales**
— SAP Ávila de 18 de julio de 2013, ECLI:ES:APAV:2013:229.
— SAP Madrid de 3 de octubre de 2016, ECLI:ES:APM:2016:15680.
— SAP Murcia de 8 de mayo de 2002, ECLI:ES:APMU:2002:1189.

**SENTENCIAS EXTRANJERAS**

**Alemania**
— Tribunal Regional Superior de Karlsruhe en Alemania, en sentencia de 21 de enero de 1985, 3 REMiet 8/84 (disponible en: https://dejure.org/1985,2268).
— Tribunal Federal de Justicia en Alemania, en sentencia del 10 de septiembre de 2003, VIII ZR 22/03 (disponible en: https://dejure.org/2003,1271).

**Canadá**
— The Ontario Board of Inquiry Decision, en el caso *Payne v. Otsuka Pharmaceutical Company,* 2002, 44 C.H.R.R. D/203 (Ont. Bd. Inq.).
— The Ontario (Canada) Human Rights Tribunal, *Iness v. Caroline Co-operative Homes Inc.* (No.5), 2006 HRTO 19 (Can LII) (Iness).
— The Ontario (Canada) Tribunal, *DiSalvo v. Halton Condominium Corporation*, núm. 186, 2009 HRTO 2120.

**Dinamarca**
— Sentencia del Tribunal Superior de Dinamarca del Este, de 24 marzo de 2020, Caso BS-43482/2018-OLR.

**Estados Unidos**
— The U.S. Court of Appeals, Fifth Circuit, The *United States v. West Peachtree Tenth Corp*., 437 F.2d 221 (5th Cir. 1971).
— The U.S. District Court, N. D. California, *The United States v. Youritan Const. Co.,* 370 F. Supp. 643 (N.D. Cal. 1973).
— The U.S. Court of Appeals, Second Circuit, *Robinson v. 12 Lofts Realty*, Inc., 610 F.2d 1032 (2d Cir. 1979).
— The U.S District Court for the Southern District of New York, *United States v. 505 Central Avenue Corp*, nº. 7:2017cv00351.
— The U.S District Court for the Southern District of Florida, *United States of America v. Isle of Paradise "B", "C", and "E"*, *Inc*., nº. 0:2023cv62277.
— The Court of Appeals of the State of New York, *40 West 67th Street Corp. v. Pullman*, 100 N.Y.2d 147, 760 N.Y.S.2d 745, 790 N.E.2d 1174 [N.Y. 2003].
— The Civil Court of the City of New York, New York County, *London Terrace Towers, Inc. v. Davis*, 2004 N.Y. Slip Op. 24497 [N.Y. Civ. Ct. 2005].
— The U.S District Court, E.D. New York, *Fortune Soc'y v. Sandcastle Towers Hous. Dev. Fund Corp.*, 388 F. Supp. 3d 145 (E.D.N.Y. 2019).
— The U.S. Court of Appeals for the second circuit, en el caso *Francis v. Kings Park Manor*, Inc. nº. 15-1823 (2d. Cir. 2019).

## NOTAS

[1] 1Según datos de EUROSTAT (2023). Housing in Europe, [En línea], disponible en https://ec.europa.eu/eurostat/web/interactive-publications/housing-2023. Visitado el 28/04/2024.

[2] Según datos de EUROSTAT (2023). Housing cost overburden rate by degree of urbanisation, [En línea], disponible en https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/ILC_LVHO07D__custom_11111720/default/table?lang=en&page=time:2023. Visitado el 28/04/2024.

[3] Véase, como ejemplo, el Plan de vivienda 2013-2016 (BOE núm. 86 de 10/04/2013) que apuesta fundamentalmente por favorecer esta forma de tenencia.

[4] BOE núm. 116, de 15/5/2013.

[5] BOE núm. 65, de 16/3/2019.

[6] Según datos de IDEALISTA (2024). Evolución del precio de la vivienda en alquiler en España, [En línea], disponible en https://www.idealista.com/sala-de-prensa/informes-precio-vivienda/alquiler/. Visitado el 28/04/2024.

[7] BOE núm. 134, de 5/6/2013.

[8] BOE núm. 55, de 5/13/2019.

[9] BOE núm. 124, de 25/5/2023.

[10] La diversificación de las formas de tenencia de la vivienda se ha considerado una buena práctica para aumentar la asequibilidad en el acceso a la misma en Europa. Ver NASARRE AZNAR, S., FTÁČNIK, M., LAMBEA-LLOP, N., y RASNAČA, L. (2021). *Concrete actions for affordable housing in the EU*, Bélgica: FEPS (Foundation for European Progressive Studies), [En línea], disponible en https://feps-europe.eu/publication/775-concrete-actions-for-social-and-affordable-housing-in-the-eu/.

[11] Así se demuestra en las sucesivas encuestas. Ver FOTOCASA RESEARCH (2023). Radiografía del mercado de la vivienda 2022-2023, [En línea], disponible en https://s36216.pcdn.co/wp-content/uploads/2023/05/Informe-Radiografia-del-mercado-de-la-vivienda-en-2022-2023.pdf. Visitado el 24/04/2024, donde hasta los más jóvenes desearían ser propietarios, al tiempo que ahora los *millenials*, a sus más de 30 años, se encuentran en una importante situación de despatrimonialización con relación a generaciones pasadas. Ver El Diario (2024). La generación sin colchón inmobiliario ni ahorros, [En línea], disponible en https://www.eldiario.es/economia/generaciones-colchon-inmobiliario-ahorros_1_11323158.html. Visitado el 24/04/2024. Recordemos que el alquiler es una forma de tenencia que no implica patrimonialización, se paga para siempre a un arrendador, siempre ha sido más caro en España que comprar hasta 2007 y de nuevo desde 2012 y el parque inmobiliario en alquiler está en peores condiciones que el de propiedad.

[12] España es el segundo país de Europa con una menor tasa de fertilidad después de Malta, conforme a EUROSTAT (2024). How many children were born in the EU in 2022, [En línea], disponible en https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/w/ddn-20240307-1#:~:text=The%20total%20fertility%20rate%20in,2021%20and%201.51%20in%202020. Visitado el 24/04/2024. En España hay 3 millones más de perros que de niños conforme al EL ESPAÑOL (2024). En España hay 3 millones más de perros que de niños, [En línea], disponible en https://www.elespanol.com/reportajes/20240328/espana-millones-perros-ninos-jovenes-dicen-sale-barato/842915724_0.html. Visitado el 28/04/2024.

[13] Véase su promoción con dinero público, regalando solares por 75 años, bonificando el IBI, dando ayudas directas a la construcción y publicitándolas generosamente, en el Plan por el Derecho a la Vivienda de Barcelona 2016-2025, [En línea], disponible en https://www.habitat-

ge.barcelona/es/estrategia/plan-derecho-vivienda. Asimismo, NASARRE AZNAR. S. (2020), *Los años de la crisis de la vivienda*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 614.

[14] GRUPO DE TRABAJO DE VIVIENDA DE REAS y ALTERHABIT (2022). Mapa de vivienda cooperativa en cesión de uso, [En línea], disponible en https://experience.arcgis.com/experience/21f036a19c87430b97ff21035f11a86a. Visitado el 17/04/2024.

[15] GONZALO QUINTERO, O. (2024). La inconstitucionalidad del artículo 245-2º CP y la legalización judicial de la ocupación de inmuebles, *Almacén de Derecho*, [En línea], disponible en https://almacendederecho.org/la-inconstitucional-interpretacion-del-art-245-2o-cp-y-la-legalizacion-judicial-de-la-ocupacion-de-inmuebles. Visitado el 28/04/2024, califica las disposiciones de la Ley de vivienda como de una "expropiación de facto" al "cargar en los particulares el coste de una política de vivienda".

[16] PUIG BRUTAU, J. (1979). *Fundamentos de Derecho civil*, III-2º, 3ª Ed., Barcelona: Bosch, pp. 59.

[17] BOE núm. 301, de 28/10/1939.

[18] STS de 18 de mayo de 1960, RJ. 1960/1736.

[19] PUIG BRUTAU, J. (1979). *Fundamentos…*, pp. 60, quien recoge las SSTS 9-7-1951, 4-12-1953, 23-4-1956 y 27-10-1956.

[20] Ver PUIG BRUTAU, J. (1979). *Fundamentos…*, pp. 61.

[21] BOE núm. 176, de 23/7/1960.

[22] NASARRE AZNAR, S. (2020). New challenges to Spanish condominiums in an economic and pandemic crisis, en R.L. LIPPERT y S. TREFFERS (coords.), *Condominium Governance and Law in Global Urban Context*, New York: Routledge, pp. 158-173.

[23] Ver una comparativa reciente de sistemas de *condominum* en UIPI y HOUSING+ (2023). *Multi-unit buildings ownership guide*, Bruselas: UIPI.

[24] A título de ejemplo, en Alemania, los requisitos de recursos propios para acceder a un préstamo hipotecario son tan elevados, que solamente las familias más pudientes pueden conseguirlo (FITZSIMONS, J. [2014], The German Private Rented Sector: A Holistic Approach, [En línea], disponible en https://bvc.dk/media/1332/the_german_private_rented_sector_web.pdf. Visitado el 24/04/2024). Efectivamente en 2022, el porcentaje población alemana que vive por debajo de los estándares mínimos de vida, que Eurostat sitúa en aquellos que ingresan menos del 60% del ingreso medio equivalente, que vivan en su vivienda en propiedad son solamente el 26,3% (en España el 56,7%), mientras que los que estaban por encima representaban casi el doble, el 50% (81% en España). Por su parte, en Suiza en 2017, la vivienda estaba cada vez más concentrada en grandes corporaciones (como USB o Pensimo) y representaban el 39% de los caseros del país; por entonces, los grandes fondos en España representaban un 3 o 3,5% y en 2023 representan un 8% (Banco de España [2024]. Informe anual 2023, pp. 11, [En línea], disponible en https://www.bde.es/wbe/es/publicaciones/informes-memorias-anuales/informe-anual/informe-anual-2023.html. Visitado el 24/04/2024.

[25] "Demasiado capitalismo no quiere decir demasiados capitalistas, sino demasiado pocos capitalistas" enunció CHESTERTON, G. K. (1920). *The superstition of divorce*, New York: Cosimo, pp. 41.

[26] Ver el análisis de diversas normas relacionadas con la vivienda en GARCÍA TERUEL, R. M., y NASARRE AZNAR, S. (2022). Quince años sin solución para la vivienda. La innovación legal y la ciencia de datos en política de vivienda, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 789, pp. 183-223.

[27] RJ. 1971/1565.

[28] BOE núm. 215, de 29/9/2015.

[29] El Proyecto de prospectiva de la Presidencia del Gobierno (2021). España 2050, Cap. VI, pp. 269, [En línea], disponible en https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/200521-Estrategia_Espana_2050.pdf. Visitado el 24/04/2024, prevé extenderlas al resto del Estado en su política territorial y de vivienda para dicho año, aunque lamentablemente no las previó en la Ley de vivienda 12/2023 (BOE núm. 124 de 25/05/2023). Aún le queda tiempo.

[30] NASARRE AZNAR, S., y SIMÓN MORENO, H. (2020) Los efectos de diez años de crisis en las comunidades de propietarios, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 778, pp. 1.065-1.100.

[31] CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS DE ADMINISTRADORES DE FINCAS DE FINCAS (CGAFE) (2017). Estudio Global sobre la morosidad en Comunidades de Propietarios, [En línea], disponible en https://www.cgcafe.org/wp-content/uploads/2018/06/comunicado-de-prensa-informe-morosidad-2017.pdf. Visitado el 24/04/2024.

[32] BOE núm. 142, de 15/6/2022.

[33] BOE núm. 55, de 6 de marzo de 2023.

[34] Los estatutos son el conjunto de reglas dependientes de la voluntad de todos los propietarios que, incluidas en el título constitutivo u otorgadas separadamente, regulan y completan, en cuanto no resulte prohibido por la Ley, la vida interna de este régimen de propiedad. De modo que en los puntos no previstos por la Ley o en los que ésta es derogable, la comunidad se gobierna por los Estatutos (MARTÍNEZ ATIENZA, G. Artículo 5 Título Constitutivo, *Vlex*, pp. 132-150, pp. 16).

[35] STS de 5 de marzo de1990, RJ. 1990\1666.

[36] STS de 7 de febrero de 1989, RJ. 1989\672.

[37] STS de 10 de julio de 1995, ES:TS:1995:11455.

[38] DOGC núm. 9150, de 25/4/2024.

[39] NASARRE AZNAR. S. (2020). *Los años de la crisis…*, pp. 616-626.

[40] Ver sitio web de Communal living in Russia, [En línea], disponible en http://kommunalka.colgate.edu/cfm/v_tours.cfm. Visitado el 24/04/2024.

[41] THE KITCHEN SISTERS (2014). How Russia's Shared Kitchens Helped Shape Soviet Politics, [En línea], disponible en https://www.npr.org/sections/thesalt/2014/05/20/314054405/how-russias-shared-kitchens-helped-shape-soviet-politics?t=1543699800877. Visitado el 24/04/2024.

[42] BRUUN, M. H (2018). The financialization of Danish cooperatives and the debasement of a collective housing good, *Critique of Anthropology*, Vol. 38, núm. 2, pp. 140-155.

[43] LASNER, M. G. (2012). *High Life*, New Haven: Yale University Press.

[44] ROSENBERG, Z. (2015). Judge Dismisses Case Against 'Racist' Dakota Co-op Board, [En línea], disponible en https://ny.curbed.com/2015/9/16/9920850/judge-dismisses-case-against-racist-dakota-co-op-board. Visitado el 24/04/2024.

[45] THE NEW YORK TIMES (1985). San Remo Co-op Board Rejects Madonna's Bid, [En línea], disponible en https://www.nytimes.com/1985/07/19/nyregion/san-remo-co-op-board-rejects-madonna-s-bid.html. Visitado el 24/04/2024.

[46] UIPI y HOUSING+ (2023) *Multi-unit buildings …* pp. 12 y 13.

[47] Ibídem, pp. 30 y 31.

[48] Ibídem, pp. 27 y 28.

[49] LACOL y LA CIUTAT INVISIBLE (2018). *Habitar en comunidad: La vivienda cooperativa en cesión de uso*, Madrid: los libros de la Catarata y la Fundación Arquia, pp. 28 y ss.

[50] Ibídem, pp. 25 y ss. Asimismo, SIMÓN MORENO, H. (2020). Las cooperativas de vivienda en régimen de cesión de uso: ¿una alternativa real a la vivienda en propiedad y en alquiler en España?, *REVESCO*, núm. 134, pp. 34.

[51] LACOL y LA CIUTAT INVISIBLE (2018). *Habitar en comunidad*… pp. 34.

[52] BOE núm. 100, de 27-4-2023.

[53] LACOL y LA CIUTAT INVISIBLE (2018). *Habitar en comunidad*… pp. 42 y 118.

[54] RODRÍGUEZ LIÉVANO, M.ª PAULA. (2019). Cooperativas de vivienda: experiencia en Uruguay, *Housing: Revista de la Cátedra UNESCO de Vivienda de la Universidad Rovira i Virgili*, núm. 12, pp. 25-28.

[55] McCAMANt, K., y DURRETT, C. (2011*). Creating Cohousing*, Canadá: New Society Publishers, pp. 27 y ss., 73 y ss.

[56] SIMÓN MORENO, H. (2020). Las cooperativas de vivienda en régimen de cesión…. pp. 44.

[57] BOE núm. 170, de 17-7-1999; BOE núm. 194, de 14-8-2015.

[58] BOE núm. 170, de 17/07/1999 y BOE núm. 194, de 14/08/2015.

[59] BOE núm. 282, de 25/11/1994.Asimismo, BOE núm. 176, de 23/07/1960.

[60] A favor del alcance del control judicial no solo en cuanto al examen del cumplimiento de las formalidades estatutarias, sino también del mérito del acuerdo *Vid*. STS de 28 de febrero de 2023, ECLI:ES:TS:2023:727, FJ. 9.15; SAP Murcia de 8 de mayo, ECLI:ES:APMU:2002:1189, FJ. 4 y 5; STC 96/1994, de 21 de marzo, BOE núm. 99 de 26/04/1994, FJ. 3. En contra del amplio control judicial *Vid*. STC 218/1988 de 22 de noviembre, BOE núm. 306 de 22/12/1988., FJ. 1 y 2.

[61] LACOL y LA CIUTAT INVISIBLE (2018). *Habitar en comunidad*… pp. 34.

[62] Ibídem, pp. 28 y ss.

[63] Ibídem, pp. 28-32. Asimismo, BOE núm. 170, de 17/07/1999 y BOE núm. 194, de 14/08/2015.

[64] BOE núm. 100, de 27/04/2023 y BOE núm. 138, de 10/06/2023.

[65] Al respecto, *Vid*. STEDH, 15 de septiembre de 2009, *Affaire Mirolubovs Et Autres v. Letonia*, nº. 798/05.

[66] La Ley 5/2019, de 15 de marzo, BOE núm. 65, de 16/3/2019, endurece los requisitos para la concesión de créditos, entre ellos el de aportar un tercio del precio del inmueble.

[67] LACOL y LA CIUTAT INVISIBLE (2018), *Habitar en comunidad*… pp. 58 y ss.

[68] BRESSONS, S.; y TUMMERS, L. (2014). L'habitat participatif en Europa, *Métropoles*, Vol. 15, pp. 31.

[69] Ibídem.

[70] SIMÓN MORENO, H. (2020). Las cooperativas de vivienda en régimen de cesión… pp. 31-40.

[71] BEN-NER, A.; y ELLMAN, M. (2013). The Contribution of behavioural economics to understanding and advancing the sustainability of worker cooperatives, *Journal of Entrepreneurial Organizational Diversity*, Vol. 2, núm. 1, pp. 75-100.

[72] ACHE, P.; y FEDROWITZ, M. (2012). The development of co-housing initiatives in Germany, *Built Environment*, Vol. 38, núm. 3, pp. 395-412. Asimismo, TUMMERS, L. (2015). Taking apart co-housing: towards a long-term perspective for collaborative self-managed housing in Europe, *Urban Research and Practice*, Vol. 8, núm. 1, pp. 1-4. Igualmente, BRESSON, S.; y DENÈFLE, S. (2015). Diversity of self-managed cohousing initiatives in France, *Journal of Urban Research and Practice*, Vol. 8, núm. 1, pp. 5-16. También, BRUUN, M. H. (2018). The financialization of… pp. 141. Del mismo modo, JAKOBSEN, P., y LARSEN, H.

G. (2019). An alternative for Whom? The evolution and socio-economy Danish cohousing, *Journal Urban Research,* Vol. 12, núm. 4, pp. 414-430. De igual manera, CHIODELLI, F., y BAGLIONE, V. (2014). Living together privately: for a cautious reading of cohousing, *Urban Research & Practice*, Vol. 7, núm. 1, pp. 20-34; y del mismo autor, (2015) What is really different between cohousing and gated communities?, *European Planning Studies*, Vol. 23, núm. 12, pp. 2566-2581.

[73] BOE núm. 170, de 17/07/1999 y BOE núm. 194, de 14/08/2015.

[74] MALDONADO, R., y ROSE, R. D. (1996). The application of civil rights laws to housing cooperatives: are co-ops bastions of discriminatory exclusion or self-selecting models of community-based living?, *Fordham Urban Law Journal*, núm. 23, pp. 1245-1282. Asimismo, STRAHILEVITZ, L. (2003). Exclusionary amenities in residential communities, *Virginia Law Review*, Vol. 92, núm. 3, pp. 437-499. También, LASNER, M. G. (2012). *High Life*… pp. 89-162.

[75] The U.S. District Court, N. D. California, *The United States v. Youritan Const. Co.,* 370 F. Supp. 643 (N.D. Cal. 1973).

[76] The U.S. Court of Appeals, Fifth Circuit, The *United States v. West Peachtree Tenth Corp*., 437 F.2d 221 (5th Cir. 1971).

[77] The U.S. Court of Appeals, Second Circuit, *Robinson v. 12 Lofts Realty*, Inc., 610 F.2d 1032 (2d Cir. 1979).

[78] The Ontario (Canada) Human Rights Tribunal, *Iness v. Caroline Co-operative Homes Inc.* (No.5), 2006 HRTO 19 (Can LII) (Iness).

[79] The U.S District Court for the Southern District of New York, *United States v. 505 Central Avenue Corp*, nº. 7:2017cv00351.

[80] The U.S District Court for the Southern District of Florida, *United States of America v. Isle of Paradise "B", "C", and "E"*, *Inc*., nº. 0:2023cv62277.

[81] The U.S District Court, E.D. New York, *Fortune Soc'y v. Sandcastle Towers Hous. Dev. Fund Corp.*, 388 F. Supp. 3d 145 (E.D.N.Y. 2019).

[82] *United States v. Youritan Const*…

[83] TARNOPOLSKY, W., y PENTNEY, W. (2004). *Discrimination and the law*, Toronto: Thomson and Carswell, Vol. III, pp. 13-25.

[84] BOE núm. 170, de 17/07/1999 y BOE núm. 194, de 14/08/2015.

[85] SCHELLER, D., y THÖRN, H. (2018). Governing sustainable urban development through self-build groups and co-Housing: the case of Hamburg and Gothenburg, *International Journal of Urban and Regional Research*, Vol. 42, núm. 5, pp. 914-933.

[86] Ley 15/2022, de 12 de julio, BOE núm. 167, de 13-7-2022, arts. 3.1 letra "k", 20.2.

[87] El derecho a la igualdad y no discriminación no se vulnera cuando exista una real proximidad íntima y personal entre el propietario o su familia y el nuevo ocupante (Directiva 2000/43/EC del Consejo, de 29 junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial y étnico, considerando núm. 4 y art. 3.1h; y Directiva del Consejo 2004/113/EC, de 13 diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y suministros, considerando núm. 13 y art. 3). Por ejemplo, cuando el alojamiento residencial para el nuevo ocupante se encuentra en una vivienda en la que reside el propietario o su familia o cuando el nuevo ocupante deba compartir espacios esenciales de la vivienda (cocina, baño, etc.). En cuanto a la libertad religiosa, esta implica otorgar una autonomía más amplia a las viviendas o alojamientos gestionados y ofrecidos por comunidades religiosas (STEDH, *Affaire Mirolubovs Et Autres v. Latvia*, nº. 798/05, parr. 80, 2009). Por ejemplo, una organización religiosa que

sirva exclusivamente a los intereses de personas con necesidades habitacionales, pero limite el acceso o de preferencia a quienes pertenezcan a la religión a la que responde la organización.

[88] Esta posibilidad se entiende materializada con la reciente Ley15/2022… que en su art. 26 prescribe la nulidad para las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen nulidad.

[89] Por "ajustes razonables" se entienden "las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas (en el entorno físico, social y de actitud) para satisfacer las necesidades de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada". ONU (2006). "Convención Internacional de las Personas con Discapacidad (CIPD)", Serie de Tratados, Vol. 2515, art. 2. Asimismo, Ley 15/2022… art. 6.1 letra "a".

[90] El Tribunal de Ontario (Canadá), en el caso *DiSalvo v. Halton Condominium Corporation*, nº. 186, 2009 HRTO 2120, indicó que la falta de políticas o procedimientos influye en la responsabilidad, al igual que la idoneidad de las políticas existentes para evaluar si el demandado comprendía sus obligaciones en virtud del *Human Rights Code*. De igual forma, The Ontario Board of Inquiry Decision, en el caso *Payne v. Otsuka Pharmaceutical Company,* 2002, 44 C.H.R.R. D/203 (Ont. Bd. Inq.), señaló que cuanto mayor sea el control y poder del demandado sobre la situación y las partes involucradas en la discriminación, mayor será su obligación de no condonar o promover la acción discriminatoria. Asimismo, The U.S. Court of Appeals for the second circuit, en el caso *Francis v. Kings Park Manor*, Inc. nº. 15-1823 (2d. Cir. 2019), sostuvo que el arrendador puede considerarse responsable de discriminación, cuando este no interviene en la conducta del inquilino contra otro inquilino sobre la cual sabía o razonablemente debía haber sabido, y tenía el poder de abordar la discriminación.

[91] Al respecto ver. ONTARIO HUMAN RIGHTS COMMISSION (2013). A policy primer: guide to developing human rights police and procedures, [En línea], disponible en https://www3.ohrc.on.ca/sites/default/files/A%20policy%20primer_Guide%20to%20developing%20human%20rights%20policies%20and%20procedures_2013.pdf, pp. 31. Asimismo, HUD. (2011). "Recognizing and fighting housing discrimination. Lesson plan and activities", pp. 1-23, [En línea], disponible en https://www.consumer-action.org/downloads/english/Housing_Discrimination_Lesson_Plan.pdf.

[92] A pesar de que el socio en una cooperativa de vivienda en la modalidad de "cesión de uso" no es técnicamente un arrendatario (como tampoco propietario) de la vivienda, hicimos uso del término "subarriendo" para referirse a la situación jurídica en el que el socio alquila la vivienda sobre la que tiene derecho de "uso" en razón a su membresía en la cooperativa. Sin embargo, otra postura diferente es la del Tribunal Regional Superior de Karlsruhe en Alemania, en sentencia de 21 de enero de 1985, 3 REMiet 8/84, [En línea], disponible en https://dejure.org/1985,2268; y el Tribunal Federal de Justicia en Alemania, en sentencia del 10 de septiembre de 2003, VIII ZR 22/03, [En línea], disponible en https://dejure.org/2003,1271, que expresaron que el contrato entre una cooperativa y los socios es un contrato de arrendamiento al que se le aplica la ley de arrendamiento, aunque se le llame contrato de uso.

[93] Algunas circunstancias que podrían justificar la imposibilidad del socio de ocupar temporalmente la vivienda son, por ejemplo, las estancias laborales o académicas de carácter temporal y los problemas de salud. En estos casos resulta razonable permitir el subarrendamiento del alojamiento desocupado (temporalmente) o requerir a la cooperativa su arrendamiento, pero manteniendo al socio (quién tiene la imposibilidad de ocupar temporalmente la vivienda) en su condición de socio con el derecho de recuperar el uso del alojamiento (una vez concluya su imposibilidad para ocuparlo y siempre que no haya transcurrido el plazo máximo permitido para recuperarlo).

[94] BOE núm. 170, de 17/07/1999 y BOE núm. 194, de 14/08/2015.

[95] Algunas de ellas están recogidas en diferentes legislaciones a nivel de Derecho comparado (por ejemplo, Decreto núm. 183/018 de Uruguay, art. 66), otras han sido analizadas por la jurisprudencia (por ejemplo, SAP Ávila de 18 julio de 2013, ECLI:ES:APAV:2013:229; SAP Madrid de 3 octubre, ECLI:ES:APM:2016:15680), otras están previstas (con mayor o menor precisión) en la legislación general de cooperativas (por ejemplo, Ley 12/2015… art. 71.4; Ley 27/1999… arts. 17.4 y 46.2; Ley 2/2023, de 24 febrero, BOE núm. 44, de 21/02/2023, art. 18.3, y otras fueron determinadas por este estudio.

[96] Algunas de ellas están recogidas en diferentes legislaciones a nivel de Derecho comparado (por ejemplo, Decreto núm. 183/018 of Uruguay, art. 70; *burettslagslov* o Ley de cooperativas de Noruega, § 5-22 y 5-23; Ley de cooperativas de Ontario (Canadá), § 171.8[2.2]; *Bostadsrättsförening* o Ley de cooperativas de Suecia, § 18; *ABF standardvedtægter* o Estatutos estándar de las cooperativas de viviendas danesas, art. 9. Stk. 6 y art. 20; Court of Appeals of the State of New York, *40 West 67th Street Corp. v. Pullman*, 100 N.Y.2d 147, 760 N.Y.S.2d 745, 790 N.E.2d 1174 [N.Y. 2003]; Civil Court of the City of New York, New York County, *London Terrace Towers, Inc. v. Davis*, 2004 N.Y. Slip Op. 24497 [N.Y. Civ. Ct. 2005]; Sentencia del Tribunal Superior de Dinamarca del Este, de 24 marzo de 2020, Caso BS-43482/2018-OLR) y otras fueron determinadas por este estudio.

*Trabajo recibido el 3 de octubre de 2024 y aceptado para su publicación el 18 de noviembre de 2024*

# DICTÁMENES Y NOTAS

# Los contratos administrativos y los contratos privados del sector público. Su calificación registral

# *Administrative contracts and private public sector contracts. Registry qualification*

Por

ENCARNACIÓN SANDOVAL CARO

*Registradora de la Propiedad y Mercantil*

RESUMEN: Este trabajo tiene como objetivo realizar un análisis de las relaciones entre el sector público y los particulares en el ámbito de la contratación. En concreto, la vigencia de los criterios de distinción entre contratos privados y contratos administrativos, junto con su reflejo en la legislación vigente. Para ello, se evalúa qué entidades se incluyen dentro del amplio concepto de sector público, y qué partes del procedimiento están regulados por el derecho público y cuáles por el derecho privado. Además, se procede a revisar la doctrina de la actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en materia de contratos privados de la administración. Por último, se examina el ámbito de calificación del registrador de la propiedad en los contratos administrativos, partiendo el artículo 99 del Reglamento Hipotecario para posteriormente proceder a aplicar estos criterios a la contratación efectuada por el sector público.

*ABSTRACT: This work aims to carry out an analysis of the relationships between the public sector and individuals, in the field of contracting. Specifically, the validity of the distinction criteria between private contracts and administrative contracts, together with their reflection in current legislation. To do this, it is evaluated which entities are included within the broad concept of the public sector, which parts of the procedure are regulated by public law and which by private law.*

https://doi.org/10.36151/rcdi.2025.806.04 

*In addition, we proceed to review the doctrine of the current General Directorate of Legal Security and Public Faith regarding private contracts of the administration. Finally, the scope of qualification of the property registrar in administrative contracts is examined, starting from article 99 of the Mortgage Regulation and subsequently proceeding to apply these criteria to the contracting carried out by the public sector.*

PALABRAS CLAVE: Administración pública, Contratos administrativos, contratos privados de la administración, Registro de la Propiedad, calificación registral.

*KEY WORDS: Public administration, Administrative contracts, private administration contracts, Property Registry, registry qualification.*

*SUMARIO:* I. PLANTEAMIENTO GENERAL.—II. LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA: 1. Introducción. 2. Aproximación a los criterios diferenciadores entre contratos públicos y privados de la administración. 3. Legislación aplicable.—III. LA ENTIDAD PÚBLICA INTERVINIENTE EN EL CONTRATO DE LA ADMINISTRACIÓN, ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN.—IV. LA DISTINCIÓN ENTRE CONTRATOS PÚBLICOS Y CONTRATOS PRIVADOS DE LA ADMINISTRACIÓN, ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN.—V. DOCTRINA DE LA DGRN/DGSJFP SOBRE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN.—VI. EL ARTÍCULO 99 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, SU RELACIÓN CON LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN: 1. La calificación registral. 2. La calificación registral en el ámbito de los documentos administrativos. 3. Alcance de la calificación registral a los contratos privados del sector público.—VII. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA Y REPERTORIO JURISPRUDENCIAL.—IX. GLOSARIO

## I. PLANTEAMIENTO GENERAL

La contratación pública supone en la actualidad una herramienta básica para el correcto funcionamiento de nuestro país. Dentro de la contratación realizada por el sector público existen los llamados contratos privados, celebrados entre una entidad pública y un particular. Debido a su carácter singular, es de interés examinar la evolución y régimen jurídico de esta categoría. En concreto, en el ámbito registral resulta interesante la extensión del filtro de legalidad que supone la calificación registral a este tipo de contratos para su inscripción en el Registro de la Propiedad.

También conviene mencionar, dentro de las características del actual funcionamiento administración pública, el interés por su dinamización a través de la creación de la administración electrónica. Su implantación ha supuesto un cambio clave en el régimen de organización de la Administración pública, pues todo trámite administrativo ha de ser realizado en forma electrónica, sustituyendo así al papel físico[1].

El objeto de este trabajo es comprobar la hipótesis de si realmente existe una distinción clara entre los contratos privados y públicos celebrados por el sector público, en relación con el régimen jurídico aplicable a cada uno de ellos y en última instancia el alcance de su calificación por parte del registrador de la propiedad en el supuesto de solicitarse su inscripción.

Para ello se ha seguido el plan de trabajo que se expone a continuación. En primer lugar, se procederá a analizar los posibles criterios de distinción entre ambos contratos desde el punto de vista doctrinal. Posteriormente se procede a revisar la legislación aplicable a estas dos categorías de contratos, de la cual se extrae el distinto régimen jurídico (de derecho administrativo o derecho privado) aplicable según la clasificación pública o privada del contrato en cuestión. Sin embargo, destaca la aplicación en parte del proceso de contratación del derecho público a los impropiamente denominados contratos privados de la Administración, por lo que la aplicación del régimen jurídico correspondiente a los estos contratos no resulta automática sino que habrá que estar a qué aspecto de la tramitación corresponde al derecho administrativo y a cuál el derecho privado. A continuación se examina la Jurisprudencia que el Tribunal Supremo ha venido aplicando a los contratos del sector público, estableciendo el criterio distintivo en la existencia o ausencia de un interés o servicio público, siendo además de interés poner de relieve la casuística existente dado el matiz de la necesidad de una causalidad directa con esta utilidad pública. Por último, también se procede a revisar la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en cuanto al alcance de la calificación registral de los documentos administrativos, para posteriormente concretar esta calificación a los contratos en que interviene el sector público.

## II. LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

### 1. Introducción

La actividad del sector público se conforma además de por actos administrativos unilaterales, de actuaciones con otros sujetos, como los sujetos privados. Dentro de las relaciones entre la Administración y el ciudadano, destacan los contratos administrativos. Se entiende por contrato administrativo, en general,

aquella relación jurídica entre dos partes, que genera obligaciones para ambas, con la particularidad de que una de las partes no es un sujeto privado sino la Administración. El contrato administrativo es uno de los mecanismos básicos que la Administración utiliza para su correcta organización y funcionamiento[2].

El origen de la categoría se halla en el derecho francés, como respuesta a la necesidad de gestión de los bienes de patrimonio nacional que surge tras la Revolución Francesa. Con posterioridad, se eleva este tipo de contratos a una nueva dimensión al ligarlos al concepto de servicio público[3].

En derecho español, la actividad contractual de la Administración ha dado lugar a la elaboración de un derecho específico, que evolucionó a un auténtico régimen jurídico propio de los contratos públicos. En este punto, existe diferencia con países de nuestro entorno, si bien incluso en aquellos países en los que la contratación pública se sujeta al derecho privado existen normas específicas para su aplicación y extinción[4].

En general, puede decirse que el régimen jurídico aplicable será distinto según el concepto en que intervenga el ente público (como tal o como cualquier particular) dando lugar a la distinción entre contratos públicos y contratos privados de la administración, siendo también determinante qué tipo de jurisdicción, civil o contencioso-administrativa, va a intervenir en los conflictos derivados de la aplicación de estos contratos.

## 2. Aproximación a los criterios diferenciadores entre contratos públicos y privados de la administración

### *A) Naturaleza jurídica contractual del contrato administrativo*

Cabe cuestionarse si el contrato administrativo tiene auténtica naturaleza contractual, pues no todo acuerdo entre partes ostenta tal categoría.

Atendiendo a los elementos esenciales del negocio jurídico, conforme al art 1261 CC, estos acuerdos negociales entre la administración y un particular reúnen los requisitos de consentimiento, objeto y causa. El momento de prestación de consentimiento, y de nacimiento del vínculo contractual, puede entenderse producido con el acto de adjudicación, en el cual la Administración correspondiente acepta la oferta presentada por el licitador adjudicatario[5].

Además, existe la vinculación de ambas partes al cumplimiento de las obligaciones generadas en virtud del citado acuerdo, de conformidad con los arts. 1091 y 1258 CC. De esta forma, se podría entender el contrato administrativo como una subcategoría junto con los contratos civiles ordinarios, formando ambos parte de un supraconcepto general de contrato[6]. Por tanto, podría entenderse

que la naturaleza intrínseca de este contrato es la misma que la de un contrato civil, si bien matizada por la intervención en el mismo de la Administración[7].

Sin embargo, en los contratos administrativos el principio de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) cede frente al principio de legalidad, pues su contenido y forma está predeterminado en gran parte por la normativa vigente[8]. Así, la autonomía de la voluntad se ve en gran parte limitada debido a la predeterminación de la otra parte contratante, elegida a través de concurso público. También, por las restricciones existentes a la modificación entre las de este tipo de contratos como se comprobará en el análisis del régimen jurídico aplicable a los mismos[9].

Por ello, también se ha rechazado la categoría contractual para los contratos administrativos, de tal forma que las relaciones con el poder público administrativo darían lugar a la producción actos administrativos, no contratos[10]. En sentido parecido, estas relaciones también han sido calificadas como un actos administrativos mixtos. Se tratarían, por tanto, de actos unilaterales por parte de la administración, pero en las que la aceptación por parte del ciudadano provoca la producción de efectos jurídicos en la relación jurídica entre ambos[11].

En general, en abstracción de la problemática del uso del término "contrato" en esas relaciones, puede entenderse que supone un acuerdo generador de obligaciones entre la Administración y el ciudadano, con capacidad para producir efectos respecto de terceros[12].

La naturaleza jurídica del contrato administrativo, y en general de las situaciones jurídicas en que interviene la administración, crea problemas precisamente cuando su carácter administrativo/civil no está expresamente regulado por la ley. Es estos supuestos existe confusión en cuanto al régimen jurídico aplicable, lo que determina inseguridad jurídica para las partes contratantes en cuanto al contenido y efectos del contrato[13].

Es de destacar que no produce la misma reticencia el reconocer como auténticos contratos a los contratos privados del sector público, cuya categoría contractual parece ser aceptada. En estos supuestos, dado que la Administración interviene desprovista de su facultades exorbitantes, puede entenderse que existe un mayor equilibrio entre las partes, por lo que resulta más fácil aceptar esta relación jurídica dentro de la figura del contrato. No obstante, las relaciones con la Administración supondrán, en todo caso, la entrada en juego de elementos ajenos a la figura contractual derivados del derecho administrativo[14].

Una vez aceptada la hipótesis de la naturaleza contractual del contrato administrativo, en sentido amplio, dado que concurren tal y como se ha expuesto los elementos esenciales de todo contrato, cabe cuestionarse si constituye una categoría separada del clásico concepto de contrato civil. Con carácter preliminar, cabe decir que sus especialidades derivadas de los sujetos intervinientes, su

objeto y causa, además de su regulación separada y específica del contrato civil, contribuyen a que sea considerado como una institución diferente.

### *B) Posibles criterios de distinción entre el contrato privado de la administración y el contrato administrativo*

#### a) El interés público junto con la cláusula de facultades exorbitantes a favor de la administración

Parece acertado descartar de inicio el criterio subjetivo, de intervención de una administración o no, como criterio distintivo del contrato privado de la administración y del contrato administrativo. Sin duda, para involucrar al derecho administrativo ha de estar implicado el sector público de un modo u otro, pues en otro caso estaríamos ante contratos privados celebrados por particulares[15].

Sin embargo, uno de los puntos divergentes en el intento de imbuir la contratación pública dentro del concepto civil de contrato lo constituyen las facultades exorbitantes de la administración. Este factor supone a priori la existencia de desigualdad entre las partes, la cual se ha considerado imposible e inapropiada dado el interés público o genera que defiende la Administración frente al interés particular de la otra parte contratante.

Por ejemplo, resulta difícil defender la potestad unilateral de modificación del contrato en los contratos privados de la Administración o contratos de poderes adjudicadores no Administración, pues la modificación no se halla sujeta al mismo procedimiento reglado que las modificaciones de los contratos administrativos. Estas modificaciones unilaterales adolecerían de defecto de nulidad de pleno derecho[16].

#### b) La sujeción al derecho administrativo o al derecho civil

El régimen jurídico aplicable a las relaciones en que interviene la administración implica considerarlo también como relaciones de derecho administrativo o civil. Partiendo de la plena aplicación del derecho civil en la época decimonónica, dada la ausencia de un derecho administrativo propio, se produce tras su creación una extensión del régimen de derecho administrativo en todas las relaciones que implique intervención de la administración a lo largo del siglo XX. Así, la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en su art. 3 reconoció la competencia de esta Jurisdicción para los contratos celebrados por la Administración "cualquiera que sea su

naturaleza jurídica", cuando su finalidad fuese "obras y servicios públicos de toda especie"[17].

Con posterioridad se vuelve a la dicotomía entre derecho administrativo y civil para uno u otro contrato, con la finalidad de restablecer el equilibrio entre partes al eliminar la supremacía de la Administración en aquellos contratos que no sean administrativos. A esta idea obedece legislación más reciente, como la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que en su art. 19.1b) restringe mucho más el objeto al considerar como contratos administrativos especiales, sujetos en su totalidad al derecho administrativo, a aquellos que "estén vinculados al giro o tráfico específico de la Administración" o que satisfagan "de forma directa o inmediata una finalidad pública" de su específica competencia. Este criterio es adoptado por legislaciones posteriores[18].

c) El objeto del contrato: servicio o utilidad pública, bienes de dominio público

Se trata de un criterio heredado de la doctrina francesa de finales del siglo XIX, que pretende unificar el contrato administrativo con independencia de entidad pública interviniente[19].

De acuerdo con este criterio, el objeto del contrato determinará en la mayoría de los supuestos, sea de forma directa o indirecta, su calificación de contrato público o contrato privado. Cabe cuestionarse si es necesario determinar en el propio contrato el servicio o utilidad pública que entra en juego, fuera de aquellos supuestos en los que esté implícito por su propia naturaleza.

El TS[20] así lo ha entendido, sujetando la facultad exorbitante de resolver el contrato a la justificación del servicio público, y entendiendo que su ausencia determina que estamos ante un contrato privado y no público de la administración.

Por lo tanto, la lógica impone que no sólo exista ese servicio público, sino que por exigencias mínimas se trate de una función competencia de la administración interviniente y que además se satisfaga esa finalidad pública de forma directa e inmediata a través de ese contrato[21].

d) Su calificación como tal por disposición legal

La propia legislación distingue entre contratos públicos y privados. Sin embargo, no constituye la ley un criterio delimitador que aclare el régimen jurídico aplicable, ya que también a los contratos privados se les aplica en ciertos aspectos el derecho administrativo, como se comprobará a continuación en el análisis de la legislación vigente.

e) La jurisdicción competente

Del examen de la regulación vigente, que a continuación se expondrá, resulta evidente la vis atractiva que ejerce la jurisdicción contencioso administrativa a favor de una competencia única por parte de ésta en contratos no sólo estrictamente administrativos, sino en aquellos contratos privados en los que interviene el sector público. No siempre fue así. De hecho, a lo largo del siglo XIX se consideró que la competencia correspondía a los tribunales civiles, siendo uno de los argumentos a favor de ésta que la competencia de tribunales administrativos podía resultar parciaria y favorecer los intereses del Gobierno[22].

En síntesis, la categoría de contrato administrativo puede adquirirse en función de varios criterios que han sido utilizados en todo o en parte por la legislación. No es de aplicación un solo criterio para su delimitación, sino que ésta se constituye por la combinación de varios de ellos[23].

Por lo tanto, dada la variedad y mutabilidad de los criterios aplicables, no es descabellado entender que no existe un contrato administrativo por naturaleza. Se trataría de una categoría histórico-jurídica, influenciada por la ideología política y las necesidades sociales de cada época[24].

## 3. Legislación aplicable

En la actualidad[25], el régimen de los contratos administrativos está recogido en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Esta disposición deroga a la anterior Ley de Contratos del Sector Público 3/2011, de 14 de noviembre.

La mayoría de los preceptos de la LCSP tienen el carácter de norma básica, por lo que habrá de estarse a la normativa de desarrollo dictada por cada Comunidad Autónoma, además del régimen foral especial que prevén sus Disposiciones Finales segunda y tercera para Navarra y País Vasco[26].

Es necesario mencionar, dentro de los mecanismos utilizados por las administraciones para su gestión y organización, la creación de empresas instrumentales privadas para la gestión de sus intereses. Por una parte, se achaca su creación a una mayor eficacia en su actuación frente al rígido funcionamiento de la administración. Por otra, esta huida del derecho administrativo supone una mayor libertad pero también un menor control de las actuaciones llevadas a cabo. Por ello, SÁNCHEZ MORÓN (2018, 64-66) reivindica la necesidad de volver a someter estas actuaciones al derecho administrativo, permitiéndose únicamente

la gestión por empresas privadas para aquellas actividades que sean productoras de mercado.

De acuerdo con la normativa citada, el régimen jurídico de la contratación administrativa ha experimentado una evolución reciente, derivada en parte de la normativa europea, que ha establecido limitaciones a la misma en cuanto al objeto de regulación por parte del régimen jurídico administrativo. En este ámbito, el derecho administrativo se ha expandido a toda contratación relacionada con el sector público, con las especificaciones que a continuación se examinan[27].

## III. LA ENTIDAD PÚBLICA INTERVINIENTE EN EL CONTRATO DE LA ADMINISTRACIÓN, ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN

La LCSP distingue tres tipos de sujetos que pueden intervenir en este tipo de contratos, no teniendo todos ellos la condición de Administración, por lo que se ha considerado que esta clasificación funciona como círculos concéntricos[28]. Con el mismo propósito, se ha denominado esta clasificación como la teoría de los tres círculos (Sector público-poder adjudicador-Administración Pública) ya enunciada desde la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en la que los sucesivos círculos determinan qué parte de la legislación administrativa es aplicable a cada entidad pública, cuál es la naturaleza de contrato, administrativo o civil, y por último a qué órgano de control está sujeto. Se entiende que los contratos que se adjudiquen por organismos públicos o cuya financiación sea mayoritariamente pública han de estar sujetos al control administrativo[29].

Conforme al art. 3 LCSP y en primer lugar, la categoría más amplia la conforma el sector público, que comprende todos los órganos y entes públicos de nuestro ordenamiento. En segundo lugar, dentro del sector público se distinguen a los poderes adjudicadores. Dentro de la categoría de poderes adjudicadores se encuentran varias subcategorías: todas las Administraciones públicas, las Fundaciones públicas, las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y otras entidades en las que así lo declare la ley por sus características. El concepto de poder adjudicador por tanto el plenamente funcional, ya que se evita por la normativa la enumeración de un ente social concreto en cuanto a su forma y naturaleza jurídica, atendiendo para realizar la categoría a su auténtico sustrato material, como quién controla a esta entidad contratante o cómo se financia[30].

Por lo tanto, las Administraciones públicas conforman a su vez una subcategoría de la a su vez subcategoría de poderes adjudicadores, y ambas están comprendidas en la categoría general de sector público.

La distinción señalada es esencial para la determinación del régimen jurídico aplicable a cada entidad pública, siendo por lógica la subcategoría de Administración Pública a la que se aplica en mayor grado el régimen de la contratación administrativa.

## IV. DISTINCIÓN ENTRE CONTRATOS PÚBLICOS Y CONTRATOS PRIVADOS DE LA ADMINISTRACIÓN, ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN

### 1. Regulación en la LCSP

La LCSP parte de la ya clásica distinción entre contratos administrativos y contratos privados.

Según la citada LCSP, los contratos administrativos son los contratos de obra, de concesión de obra, de concesión de servicios, de suministros y servicios, y aquellos en así lo declare la Ley (art. 25.1 LCSP) y siempre han de ser celebrados por una Administración.

La ley enumera en este artículo los clásicos contratos administrativos típicos, que han sido objeto de especial atención por el ordenamiento jurídico, junto con otros contratos que serán administrativos por expresa declaración legal[31]. Estos contratos están sujetos íntegramente a su legislación especial y administrativa, siendo el derecho civil de aplicación supletoria, y la competencia para dirimir conflictos en esta materia corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Destaca en la actual LCSP la desaparición del contrato de colaboración público-privada y del contrato de gestión de servicios públicos (sustituido por la categoría de contrato de concesión de servicios, si bien con ciertas matizaciones[32]).

Por otra parte, se delimitan los contratos privados del sector público como aquellos que cumplan con alguna de las características especificadas en su art. 26[33]. En general, se consideran contratos privados aquéllos que se encuentren en una de las siguientes situaciones:

- Por razón de su materia: contratos que siendo celebrados por la Administración Pública, tengan un objeto distinto al de los contratos administrativos, según los define el art. 25 de la Ley.
- Por razón de los sujetos intervinientes: contratos que estén celebrados por entidades del sector publico que siendo poder adjudicador no reúnan la condición de Administración Pública, y contratos celebrados por entidades del Sector Público que no reúnan la condición de poder adjudicador[34].

Por lo tanto, la delimitación del contrato privado del sector público respecto del contrato propiamente administrativo se realiza con base en tres criterios. El primero atiende al objeto. Los dos restantes, atienden a la naturaleza del sujeto interviniente por parte del sector público, debido a la ausencia de condición de Administración Pública o de condición de poder adjudicador.

Por su parte, el art. 27 determina la jurisdicción competente en materia de contratación administrativa. En concreto, para los contratos privados de las administraciones públicas (entendiendo en adelante administración pública en sentido amplio, comprendiendo por tanto a todas las entidades del sector público) se distribuye el fuero de la siguiente forma:

— Se establece la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones Públicas y de entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores. Además, también se establece competencia del mismo orden en la preparación, adjudicación y también en modificaciones contractuales (conforme al régimen de modificaciones contractuales previstas o no en el pliego de condiciones en los términos de los arts. 204 y 205 de la Ley), cuando dicha modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración pública. Por último, también ostenta competencia el orden jurisdiccional contencioso-administrativo en materia de recursos contra actos recurribles en este ámbito.

— La competencia del orden jurisdiccional civil se reduce a las controversias y cuestiones que se susciten entre las partes en relación con los efectos y extinción de los contratos privados de entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores, y también de aquellas Administraciones y entidades con el carácter de poder adjudicador con la excepción en estos dos últimos sujetos de los supuestos de modificaciones contractuales en las que tiene competencia el orden jurisdiccional contencioso administrativo[35]. También se atribuye competencia al orden jurisdiccional civil en cuestiones litigiosas relativas a la financiación privada del contrato de concesión de obra pública o de servicios salvo en lo relativo a las actuaciones en ejercicio de las obligaciones y potestades administrativas, en las que la competencia será del orden jurisdiccional contencioso administrativo.[36]. Especial atención merece la modificación de estos contratos, pues si bien no existe un procedimiento reglado paralelo al que se establece para los contratos administrativos, se establecen ciertos requisitos procedimentales que ha de respetarse. En este sentido, destaca la necesidad de audiencia del contratista, o incluso su conformi-

> dad cuando se trate de modificaciones no previstas superiores al veinte por ciento del presupuesto (art. 191.1 y 206.2 LCSP). En todo caso, habrá de entenderse que las modificaciones de estos contratos, si bien no estarán sujetos al régimen general de modificación de contratos administrativos de la LCSP, sus alteraciones no pueden implicar la vulneración de los principios que informan la contratación del sector público[37].

De la redacción del articulado se extrae la existencia de una competencia predominantemente del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, siendo la competencia del orden jurisdiccional civil reducida y centrada en los efectos y extinción de los contratos privados de la administración y en la financiación privada del contrato de concesión de obra pública o de concesión de servicios.

Sin embargo, incluso en la fase de eficacia y extinción de los contratos privados de la administración, la normativa prevé que ciertos aspectos se rijan por el derecho administrativo. Esta restricción en la aplicación del derecho privado en este tipo de contratos se ha entendido como una muestra del retorno al derecho administrativo de las actuaciones que implican intervención de poderes públicos, operando una vis atractiva que reduce al mínimo la aplicación de las normas de derecho privado[38].

Cabe cuestionarse si es aconsejable desde el punto de vista de la eficiencia en la protección y efectividad de estos contratos, mantener la división de fuero en materias concretas como la financiación privada del contrato de concesión de obra o de concesión de servicios, pues una unidad de fuero administrativo en esta materia podría facilitar la práctica judicial[39]. En todo caso, es indudable la tendencia expansiva del orden jurisdiccional contencioso administrativo, siendo la competencia de los tribunales civiles excepcional y puntual[40].

Por lo tanto, en atención a lo expuesto el régimen jurídico de los contratos privados de la administración no es íntegramente de derecho privado, sino que los actos de preparación y adjudicación de estos contratos se consideran independientes de su contenido, e incluso en ciertos aspectos de su modificación y extinción se aplicará el derecho administrativo, existiendo una tendencia a la uniformización en la aplicación del régimen legal administrativo a todo tipo de contratos de la administración.

No obstante, la tradicional distinción entre las diversas fases de los contratos privados de la administración como criterio delimitador de su régimen jurídico privado o administrativo aplicable se desarrolló por la doctrina y jurisprudencia, siendo denominada la doctrina de los "actos separables"[41], doctrina adoptada como se desarrollará en apartados subsiguientes por el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado.

## 2. Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Por su parte, el Tribunal Supremo ha utilizado varios de los criterios expuestos hasta ahora para determinar si un contrato tiene la categoría o no de contrato administrativo. No basta, por lo tanto, aplicar de forma mecánica un criterio en aquellos supuestos dudosos. Atendiendo a cada caso concreto, el Alto Tribunal decide si existe la necesaria conexión directa con la satisfacción del servicio público. A lo largo de los años, el Alto Tribunal ha ido dirimiendo caso por caso, destacando los siguientes ejemplos que se citan a continuación:

— En primer lugar, destacan las siguientes dos SSTS: En la STS 8640/2007, de 20 de diciembre[42] el Alto Tribunal declaró la competencia de los tribunales civiles para dirimir la responsabilidad de particulares por la defectuosa ejecución de un contrato de obra con el Ayuntamiento. Por su parte, La STS 3305/2008, de 28 de mayo[43] consideró la naturaleza privada de un contrato de arrendamiento de servicios profesionales con una empresa pública, en cuanto a la responsabilidad patrimonial derivada de su incumplimiento, declarando la competencia de los tribunales civiles[44]. El TS considera en estos supuestos que tratándose de responsabilidad civil, la competencia no es del orden jurisdiccional contencioso administrativo. La STS 2717/2017, de 26 de junio[45], respecto de la responsabilidad patrimonial surgida de un contrato de seguro, adopta de forma plena la doctrina de los actos separables al entender que resulta competente la jurisdicción civil para dirimir las cuestiones relativas al incumplimiento de este contrato[46].

Destaca además de la STS 3305/2008 citada, la observación del Alto Tribunal en su FD 5º al criticar la postura de la Administración, entendiéndose que no puede exigirse al ciudadano acudir primero al orden jurisdiccional contencioso administrativo, para posteriormente derivar la cuestión al orden jurisdiccional civil, pues esto supone una carga desproporcionada que roza la vulneración del principio de tutela judicial efectiva proclamado en nuestra CE. Este comentario por parte del TS se considera muy acertado, pues constituye una advertencia dirigido al órgano administrativo para que tenga en cuenta que no todas las cuestiones de un contrato en el que intervenga, por esa circunstancia, implican competencia exclusiva de la jurisdicción y derecho administrativo.

— En segundo lugar, como Jurisprudencia que atiende a las fase del contrato en la que se encuentra el conflicto entre las partes, destacan las siguientes Sentencias citadas a continuación. La STS 7101/2008, de 5 de diciembre[47], declara la competencia a favor del orden jurisdiccional civil para dirimir las consecuencias de una cesión de crédito consecuencia de un contrato administrativo, dado que la "cuestión planteada es de ámbito privado y ajena al desenvolvimiento de una obra pública aunque presente conexión con un

contrato administrativo de esta naturaleza"(FD 2º)[48]. La STS 3123/2021, de 19 de julio[49], en el ámbito de un proceso de contratación por el que se enajenan unos bienes inmuebles por la administración, entiende que la competencia es del orden jurisdiccional contencioso administrativo al hallarse el contrato en fase de preparación y adjudicación. Una vez analizada la fase en la que se encontraba el contrato por parte del Alto Tribunal, resulta de directa aplicación el art. 27 LCSP, por lo que carece de duda la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa.

— Por último, en lo relativo a la causa del contrato para determinar su naturaleza civil o administrativa, destacan las siguientes SSTS: En la STS 2682/2018, de 12 de julio[50], se dirime la naturaleza jurídica civil o administrativa de un contrato de explotación de un servicio de aparcamiento, entendiendo el TS que no estamos en este supuesto ante un contrato de arrendamiento privado, sino de un contrato de arrendamiento de servicio público, siendo por tanto aplicable el derecho administrativo. En la STS 1/2021 de 13 de febrero[51], en la que se declara la ineficacia de la compra de inmuebles de patrimonio histórico-artístico, el Alto Tribunal insiste, como en Sentencias anteriores, en la necesidad de causalidad directa con el servicio público que se pretende satisfacer a través de la contratación. La STS 1882/2024, de 20 de marzo[52], frente a la reclamación a la Confederación Hidrográfica para la incorporación de cuotas de nuevos miembros a una comunidad de regantes, entendió que es una cuestión privada competencia del orden jurisdiccional civil, independientemente de la intervención de un organismo público en la cuestión. De la Jurisprudencia citada se extrae que el TS aplica con criterio restrictivo, en el mismo sentido que la ley, la consideración de un contrato como plenamente administrativo, insistiendo de forma muy acertada en que no basta con la intervención de un ente público para considerar de aplicación plena el derecho administrativo a todos los ámbitos del contrato, sino que tiene que existir una causalidad directa con el interés o servicio público que se alega. No podría ser de otro modo, pues en caso contrario, además de burlarse lo dispuesto en el art. 27 LCSP, se estaría contribuyendo a un desequilibrio mayor entre ambas partes contratantes, en perjuicio del particular que contrata con el sector público.

Se observa del análisis de la citada Jurisprudencia, la tendencia del órgano administrativo parte del contrato a entender que éste ha de estar imbuido en su práctica totalidad por el derecho administrativo (más favorable, desde luego, a sus intereses), por lo que se considera primordial que las Sentencias del Alto Tribunal recuerden la legalidad vigente, en concreto el necesario respeto a la parte del contrato sujeta al derecho privado.

En la línea de lo expuesto con anterioridad, el Tribunal Supremo aplica sin ambages la doctrina de los actos separables, que cita expresamente. Destaca de la ya mencionada STS de 26 de junio de 2017, en su FD 5º dispone que "en aplicación de la doctrina de los «actos separables», se ha de distinguir entre la fase de preparación y adjudicación del contrato, cuya impugnación se habría de decidir ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de aquellos conflictos que surjan entre la Administración y la aseguradora en cuanto a los efectos y extinción del contrato, que sería competencia de la Jurisdicción civil. (…) el contrato cuyo incumplimiento origina la reclamación objeto de este proceso reviste carácter privado, y se halla sólo sometido a la legislación administrativa en todo cuanto afecta a los actos tradicionalmente considerados separables —los relativos a la formación de la voluntad de la Administración, a su preparación y adjudicación—, en tanto que en cuanto a sus efectos y extinción se somete a las normas de derecho privado, correspondiendo, por consiguiente, a los órganos de la jurisdicción civil la competencia para conocer de los litigios relativos (…) a las consecuencias del incumplimiento contractual."

## V. DOCTRINA DE LA DGSJFP SOBRE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN

### 1. El tipo de documento desde el punto de vista formal

Respeto al ámbito formal del principio de legalidad, de indudable aplicación a nuestro sistema registral inmobiliario, cabe preguntarse en qué tipo de documento han de formalizarse los contratos celebrados por el sector público que no tengan la categoría de contratos administrativos. Siendo de aplicación el art. 3 LH, y tratándose de un contrato privado de la administración, el formato adecuado de constitución del mismo será la escritura pública.

En este sentido, la DGSJYFP entendió que no es título válido la certificación administrativa para inscribir un contrato de compraventa de un bien patrimonial de la administración. La inscripción en estos casos mediante certificación administrativa se permite cuando se trate de inmatriculación de fincas no inscritas, no de transmisiones de fincas ya inscritas en el registro. Así, se considera que si bien la certificación administrativa es un título público, no es título público adecuado para inscribir la transmisión de este tipo de bienes, que ha de documentarse en escritura pública[53].

El hecho de que el envase jurídico sea la escritura pública y no una resolución administrativa, no impide considerar que la calificación registral de hecho va a estar limitada conforme al art. 99 RH en aquellos aspectos que sean administrativos, como se expondrá posteriormente.

### 2. La teoría de los actos separables

La DGSJYFP[54] ha entendido con carácter general que si bien un contrato de compraventa tiene la naturaleza de un contrato privado, siendo uno de los sujetos intervinientes una Administración Pública, no es posible entender que la regulación del mismo sea exclusivamente civil. En estos supuestos ha de intervenir necesariamente también la normativa sobre contratación del sector público, de naturaleza administrativa.

En este punto, el Centro Directivo se hace eco de la denominada doctrina de los "actos separables" en la interviene el derecho civil o el derecho administrativo según la fase en la que se halle el contrato. Así lo reconoce la Ley de Contratos del Sector Público en los términos expuestos en el apartado anterior, que consagra normativamente la teoría de los actos separables.

Por lo tanto, la hoy DGSJYFP asume la doctrina de los actos separables como criterio delimitador del derecho, administrativo o civil, aplicable de cara a la calificación registral. La creación de esta doctrina se asocia a la inevitable convivencia entre el derecho público y el derecho privado cuando existen interacciones entre una entidad pública y un particular, dando lugar a la aplicación de una doble legalidad a esta relación y a los subsiguientes conflictos. La solución consiste en descomponer los distintas fases o trámites de esta relación y aplicar uno u otro derecho en atención a la intervención del fin público o no[55].

Entre la variada doctrina podemos destacar las RDGSJYFP de 11 de julio de 2014, 17 de abril de 2015, 12 de diciembre de 2016, 13 de diciembre de 2019, 3 de febrero de 2021, 11 de abril de 2022 y 6 de septiembre de 2022[56]. La primera Resolución citada, en su FD 4º, se hace eco de esta dicotomía civil-administrativa que se da en este tipo de contratos, al manifestar que "el contrato sujeto a la legislación sobre contratación de las Administraciones Públicas, se perfecciona por la concurrencia de consentimientos, al igual que ocurre en sede civil, pero se diferencia de la característica falta de requisitos procedimentales propias del Derecho privado por la existencia de un riguroso procedimiento que garantiza sus principios típicos de publicidad, concurrencia y transparencia".

## VI. EL ARTÍCULO 99 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, SU RELACIÓN CON LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN.

### 1. La calificación registral

La calificación por el registrador de los títulos que acceden al Registro de la Propiedad constituye el pilar básico del sistema registral español. Esta función se ejerce por el registrador desde su posición de independencia e imparcialidad,

realizándose un examen de la legalidad del documento para proceder a la inscripción solicitada o denegar o suspender la inscripción en el supuesto de que existan defectos impeditivos a la misma.

La importancia de esta labor es indudable, habiendo sido considerado un componente esencial de nuestro sistema registral[57]. Combinando la calificación registral con la exigencia de titulación auténtica (ex art. 3 LH) se obtienen los pilares fundamentales de la seguridad jurídica inmobiliaria[58].

La calificación del registrador no comprende la totalidad del título presentado a inscripción, sino ciertos elementos o circunstancias que el legislador entiende que han de ser comprobadas por el registrador para poder practicar la inscripción correspondiente[59]. Los preceptos aplicables al respecto son básicamente el art. 18 LH y los arts. 98 y ss. RH.

El art. 18 LH determina el alcance de la calificación registral, al extenderla a la "la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro". De su lectura resulta que la calificación registral no sólo comprende el cumplimiento de las formalidades extrínsecas del documento y la capacidad de sus otorgantes, si no que también incluye este filtro de legalidad el examen de la validez del acto otorgado.

Esta última circunstancia constituye, como se verá a continuación, un criterio diferenciador en la calificación de los documentos notariales, a los que les es de plena aplicación este artículo, respecto de los documentos judiciales y administrativos, en los cuales se restringe el ámbito de calificación del registrador.

## 2. La calificación el ámbito de los documentos administrativos

Cuando el ejercicio de potestades administrativas deba producir una modificación en los asientos del Registro de la Propiedad, deberá sujetarse además de al derecho administrativo, a la legislación hipotecaria. Debido a los efectos añadidos que atribuye la legislación hipotecaria a los asientos registrales, serán plenamente aplicables a estos actos administrativos sus principios hipotecarios, destacando el principio de legitimación registral, de tracto sucesivo, de inoponibilidad de lo no inscrito y de prioridad[60].

Cabe recordar, que conforme al art. 39 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, los actos administrativos producen sus efectos entre las partes del procedimiento, sin perjuicio de tercero. Es a través de su inscripción que los actos administrativos adquieren efectos "erga omnes", de los cuales carecen sin la publicidad que otorga el Registro de la Propiedad.

En el ámbito de los documentos administrativos, la calificación registral se encuentra limitada, si bien se admite una extensión mayor que a la calificación de los documentos judiciales (establecida en el art. 100 RH). En concreto, dispone el art. 99 RH[61] que en este supuesto la calificación "se extenderá, en todo caso, a la competencia del órgano, a la congruencia de la resolución con la clase de expediente o procedimiento seguido, a las formalidades extrínsecas del documento presentado, a los trámites e incidencias esenciales del procedimiento, a la relación de éste con el titular registral y a los obstáculos que surjan del Registro".

De la propia redacción del precepto se deduce que el registrador no puede calificar el fundamento o validez intrínseca de una resolución administrativa[62]. Sin embargo, si podrá calificar la competencia del órgano que expide la resolución, las formalidades extrínsecas y la tramitación esencial del procedimiento, así como los obstáculos que impidan la inscripción según el Registro.

La DGSJYFP ha delimitado el ámbito de la calificación en una extensa doctrina, de la cual cabe destacar que:

A) No entra dentro de la calificación registral el incumplimiento de cualquier normativa administrativa, sino cuando ésta incida directamente en la transmisión, constitución, modificación o extinción del derecho real cuya inscripción se solicita. (RDGRN de 7 de Enero de 2009[63]).

B) La calificación registral de los actos administrativos se extiende a la competencia del órgano administrativo. A tal efecto existen múltiples resoluciones que entendieron que un Ayuntamiento no puede embargar bienes fuera de su término municipal, siendo por tanto objeto de calificación por falta de competencia en estos supuestos y desestimados los recursos contra la calificación en este punto (RDGRN de 9 de Marzo de 2006[64], tres de 29 de Noviembre de 2006[65], 24 de enero de 2007, 6 y 9 de Marzo de 2007[66], 8 de Marzo de 2007[67], 27 de Agosto de 2008[68], o 18 de julio de 2011[69]). En este punto, sin embargo, destaca el cambio de doctrina de la RDGRN de 23 de mayo de 2011, que revoca la calificación del registrador, entendiendo que sí tiene la competencia para dictar providencia de apremio y diligencia de embargo un Ayuntamiento fuera de su término municipal, si bien, no podrá ejecutar el bien sino los organismos competentes[70]. Este último criterio es adoptado en Resoluciones posteriores por el Centro Directivo (RDGSJYFP de 23 de noviembre de 2022, entre muchas otras).

C) El registrador es competente para analizar si el procedimiento seguido por la Administración es el legalmente establecido para el supuesto de que se trate. Se exceptúa el supuesto en que la Administración puede elegir entre distintos procedimientos si así está legalmente establecido. En este supuesto el Registrador no puede revisar la elección realizada por el órgano de la Administración ni las razones de conveniencia o oportunidad que llevaron a tal elección (RDGRN de 23 de julio de 2019[71])

a) Dentro del procedimiento elegido por la Administración, el registrador ha de calificar si el documento presentado a inscripción es congruente con el procedimiento, si existe una coherencia entre el documento presentado a inscripción y los actos realizados en el procedimiento administrativo seguido, que han de ser realizados conforme a las prescripciones legales.
b) Y también si hay o no cumplimiento de los trámites esenciales del mismo. Ha de tratarse por lo tanto de una omisión ostensible del trámite o del total procedimiento, y además que éste tenga el carácter de esencial. Se ha entendido por omisión ostensible "aquella que sea manifiesta y palpable sin necesidad de una particular interpretación jurídica" [72] (RDGRN de 13 de Marzo de 2007[73], 27 de octubre de 2007[74] o 8 de Noviembre de 2011[75]). Dentro de los trámites esenciales, la DGRN se ha pronunciado en distintos aspectos:
   — Destacan dentro del ámbito de la calificación en este sentido las citaciones del afectado, por su exhaustividad. En concreto, en procedimientos de apremio por débitos fiscales, en cuanto a la comprobación del plazo entre la publicación del anuncio y la subasta y la realización de la notificación (RDGRN de 7 de septiembre de 1992). También es de mencionar la especial calificación en los procedimientos de expropiación forzosa[76]. De acuerdo, con el párrafo anterior, en general tiene especial importancia dentro de los trámites esenciales de cualquier procedimiento administrativo la realización de las citaciones y notificaciones exigibles. No es de extrañar, pues tiene su fundamento último en la proscripción de la indefensión de los interesados conforme al principio de tutela judicial efectiva proclamado por el art. 24 de la Constitución Española. Por lo tanto han de comprobarse la realización de estas notificaciones en cada uno de los trámites del procedimiento en que sean exigibles (RDGSJYFP de 1 de febrero de 2022[77]).
   — También ha considerado la DG, que, tratándose de defectos u omisiones en procedimiento que excedan de meros errores matemáticos o materiales, y supongan una auténtica modificación o complemento del procedimiento, habrán de observarse los requisitos legales necesarios para tales modificaciones. Así lo entendió en un proyecto de reparcelación que omitió operaciones de segregación (RDGSJYFP de 18 de enero de 2022[78]).
   — La DG ha considerado trámite esencial la elección de forma de enajenación (subasta, concurso, adjudicación directa), así como los requisitos y trámites esenciales de la enajenación (RDGRN de 28 de abril

> de 2012[79], 11 de abril de 2018[80] y 6 de febrero de 2019[81]). Así, destaca la Resolución citada de 11 de abril de 2018 que "la subasta pública es la regla general en materia de enajenación de los bienes de las Corporaciones Locales y que la circunstancia de haber quedado desierta la subasta no está contemplada en las normas como excepción a esa regla general; y ello porque la finalidad de la subasta pública es salvaguardar la publicidad, la competencia y la libre concurrencia que debe regir en la contratación con las Administraciones Públicas en cuanto al contratante, lograr el mejor postor en la adquisición de unos bienes que por su especial carácter de pertenecientes al municipio deben servir al interés general, así como evitar la desvalorización de los bienes de los entes públicos".

D) También ha declarado la DG, que no es requisito necesario que el acto administrativo sea nulo de pleno derecho para ser objeto de calificación negativa. Se incluyen por tanto también los actos anulables, pues al registro sólo deben acceder los actos plenamente válidos, aún con más razón cuando la causa de anulabilidad pueda afectar al titular registral en cuanto a evitar su indefensión. (RDGRN de 10 de octubre de 2018[82] y 6 de febrero de 2019).

E) Y por último, queda claro en reiterada doctrina que el Registrador no puede calificar el fondo de la resolución adoptada por el órgano de la Administración (RDGRN de 16 de octubre de 1992, y RDGSJYFP de 11 de abril de 2023[83] y 23 de mayo de 2023[84]).

## 3. Alcance de la calificación registral a los contratos privados del sector público

En atención a lo expuesto en apartados anteriores, la calificación registral ha de atender en primer lugar al aspecto formal del título público presentado a inscripción. Así, si el documento presentado en el registro es un documento administrativo, le son sin duda aplicables las limitaciones a la calificación registral recogidas en el art. 99 RH, con las matizaciones estudiadas.

Sin embargo, cuando lo que se presenta es un documento de índole notarial, pero en el que interviene un organismo del sector público (la Administración en sentido amplio), habrá que realizar un análisis de los distintos aspectos que integran el acto presentado a inscripción, dirimiendo así si se trata de un contrato administrativo o de un contrato privado de la administración. En último supuesto, habrá que distinguir qué normativa es aplicable para determinar los aspectos que pueden ser objeto de calificación por el registrador.

Así, los aspectos puramente contractuales, privados (como por ejemplo las consecuencias patrimoniales de su incumplimiento, sus efectos y su extinción) estarán sujetos a la norma general establecida en el art. 18 LH. Sin embargo, los aspectos administrativos, como son los relativos a la preparación y adjudicación de un contrato, estarán sujetos a las limitaciones que para la calificación de documentos administrativos establece el art. 99 RH[85]. Debe recordarse en este punto, por su importancia, de acuerdo con lo expuesto en apartados anteriores, que si bien la calificación de los aspectos administrativos del contrato está limitada con arreglo al citado artículo, comprende aspectos esenciales. En concreto, tal y como se ha desarrollado, ha de extremarse la precaución extendiéndose la calificación a los trámites esenciales del procedimiento; sobre todo los relativos a la notificación y audiencia de los interesados en el acto administrativo, consecuencia del principio constitucional de tutela judicial efectiva y proscripción de la indefensión.

## VII. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

I. El contrato administrativo puede considerarse una auténtica figura contractual, dado que intervienen los elementos esenciales de todo contrato, si bien habrá de tenerse en cuenta que la intervención de la Administración, como parte, determina la aplicación del régimen de derecho administrativo al mismo, distanciándose así en cuanto a sus efectos del resto de contratos privados.

II. Es reconocida tanto por la legislación como por la doctrina y jurisprudencia, la distinción entre contratos privados y contratos públicos de la administración. Sin embargo, se considera la denominación de contratos privados de la administración impropia, dado que de la propia ley se deriva que este tipo de contratos pueden ser celebrados por un órgano perteneciente al sector público que no tenga la condición de Administración Pública. Por lo tanto, con mayor precisión se ha de distinguir entre contratos administrativos o contratos públicos de la Administración, y contratos privados del sector público.

III. Tanto el TS como la DGSJFP se hacen eco de la doctrina de los actos separables para distinguir, en los contratos privados del sector público, qué régimen jurídico (civil o administrativo) ha de ser aplicable. Esta doctrina se ha positivizado en la LCSP, la cual fragmenta el régimen aplicable a estos contratos, que se considera híbrido al aplicarse en parte el derecho civil (a los efectos, ciertas modificaciones y extinción del contrato) y en parte el derecho administrativo (a la fase de

preparación y adjudicación del contrato). Está división del régimen jurídico aplicable al contrato contribuye a crear inseguridad jurídica, por lo que podría defenderse una uniformización en el régimen hacia el derecho administrativo en su totalidad. Sin embargo, la autora que suscribe descarta tal posibilidad, además de por la asentada doctrina jurisprudencial existente, por considerar que no procede una regulación administrativa de una cuestión privada, como lo es un contrato privado del sector público, una vez superada la fase de preparación y adjudicación, que en atención al propio interés del particular sí ha de estar reglada por el derecho administrativo.

IV. Los contratos del sector público están sujetos a la calificación registral, del mismo modo que cualquier documento público cuando se solicita su inscripción. En concreto, a los contratos privados del sector público, con independencia del formato (notarial o administrativo) en el que se documenten, les serán aplicables las limitaciones del art. 99 RH en cuanto a los aspectos que estén regulados por el derecho administrativo, que impide entrar en la calificación de la validez del acto otorgado. A sensu contrario, los aspectos netamente privados no estarán sujetos a estas limitaciones.

V. En virtud de los puntos anteriormente citados, se confirma por tanto la hipótesis de considerar suficientemente clara y justificada la distinción entre contratos privados y públicos del sector público, así como su régimen jurídico diferenciado. Sin embargo, se advierte una complejidad en la calificación registral de los contratos privados del sector público, al ser necesario distinguir en cada momento qué aspectos del contrato son civiles o administrativos para determinar el alcance de la calificación.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA Y REPERTORIO JURISPRUDENCIAL.

ARANCIBIA MATTAR, J. (2019) Naturaleza y Justicia de los contratos administrativos. *Revista de derecho administrativo económico*, no 30. pp. 27-53. Disponible online en: https://analesdearquitectura.uc.cl/index.php/REDAE/article/view/10142

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (1996) Reflexiones sobre la" huida" del Derecho Administrativo. *Revista de administración pública*, no 140. pp. 25-67.

BARRERO RODRIGUEZ, C. (2014) *Lecciones de derecho administrativo. Parte general* / Concepción Barrero Rodríguez (coordinadora) ; autores: Concepción Barrero Rodríguez, Pedro Escribano Collado, Francisco López Menudo, (6a ed.). Tecnos.

BERNAL BLAY, M. A. (2018) El desarrollo autonómico de la normativa sobre contratos públicos. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, no 18. pp. 91-138.

BOQUERA OLIVER, J.M. (1999) Los contratos de la Administración desde 1950 a hoy. *Revista de administración pública*, 1999, no 150. pp. 13-32.

CABALLERO SÁNCHEZ, R. La extensión del derecho administrativo y su proyección contencioso-administrativa. *Revista de Derecho Público/ Teoría y método*, 2021, vol. 4, p.p. 7-65.

CARRETERO PÉREZ, A. (1970) La teoría de los actos separables*. Revista de administración pública*, no 61. pp. 83-117.

CHINCHILLA MARÍN, M. C. (2017) Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica" privada" y su personalidad jurídica" diferenciada"/¿ realidad o ficción? *Revista de administración pública*, no 203. pp.17-56.

CODINA GARCÍA-ANDRADE, X. *La modificación de los contratos del sector público*. Boletín Oficial del Estado, 2019. P. 199-200.

CONTRERAS ORTIZ, M. M. (2008) La distinción entre los contratos administrativos especiales y los contratos privados de la Administración en la Ley de Contratos del Sector Público: el caso de los contratos inmobiliarios*. Revista española de la función consultiva,* 2008, no 10. pp.21-32.

FERMOSO SASTRE, F. (2005) Contratos administrativos y contratos privados de las administraciones públicas. *Revista de estudios locales. Cunal*, no 83. pp. 54-66

GIMENO FELIU, J.M; PINOS SANTIAGO J.; DE LA MORENA LOPEZ, J. (2018) C*ontratacion del sector público local: comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*/ directores, José Manuel Martínez Fernández, Pedro Bocos Redondo. Wolters Kluwers España (4a ed.).

GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (1993) La calificación registral en el pensamiento de don Jerónimo González/ Su vigencia actual*. Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, vol.69, no 619. pp. 1853-1902.

GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., y DEL POZO CARRASCOSA, P. (2006). *Lecciones de derecho hipotecario.* Marcial Pons.

LÓPEZ GARCÍA, C. (2009) Contratos públicos y privados de los poderes públicos desde 1845 hasta la Ley 30/2007, de contratos del sector público. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 2009.

MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S. (1996) Reflexiones sobre la" huida" del Derecho Administrativo. *Revista de administración pública*, no 140, pp. 25-67.

MEILAN GIL, J.L. (2011) Una concepción iusadministrativista de los contratos públicos. *Derecho PUCP*, no 66. pp. 223-245. Disponible online en: https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3028

OGÁYAR AYLLÓN, T. (1974) Impugnación de la calificación registral. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 50, no 500.

ROCA SASTRE, R. M., y ROCA-SASTRE I MUNCUNILL, L. (1995). *Derecho hipotecario*, 8a ed. Bosch.

SÁNCHEZ MORÓN, M. (2018) El retorno del derecho administrativo. *Revista de administración pública,* 2018, no 206. pp. 37-66.

SANTAMARIA PASTOR, J. A. (2018) *Principios de derecho administrativo general II*. (5a ed.) Iustel.

TOSCANO GIL, F. (2019) Análisis de las transformaciones actuales del derecho administrativo en España. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, vol. 22. pp. 337-363. Disponible online en: https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/rdigdad22&div=15&id=&page=

TRELLES, O. (2002) El contrato administrativo, el contrato-ley y los contratos de concesión de servicios públicos. *THEMIS Revista de Derecho*, no 44. pp. 237-251.

VILLAREJO GALENDE, H.; CALONGE VELÁZQUEZ, A. (2018) Las principales novedades de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. *Revista jurídica de Castilla y León*, no 46. pp. 7-64. Disponible online en: https://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1131978346397/_/1284821870851/Redaccion

**Resoluciones de la DGRN/DGSJYFP y Sentencias del Tribunal Supremo**

Resolución de 7 de septiembre de 1992
Resolución de 16 de octubre de 1992
Resolución de 9 de marzo de 2006
Resoluciones de 29 de noviembre de 2006
Resolución de 24 de enero de 2007
Resolución de 6 de marzo de 2007
Resolución de 8 de marzo de 2007
Resolución de 9 de marzo de 2007
Resolución de 13 de marzo de 2007
Resolución de 27 de octubre de 2007
Resolución de 27 de agosto de 2008
Resolución 13 de marzo de 2007
Resolución de 7 de enero de 2009
Resolución de 23 de mayo de 2011
Resolución de 18 de julio de 2011
Resolución de 8 de noviembre de 2011
Resolución de 28 de abril de 2012
Resolución de 11 de julio de 2014
Resolución de 17 de abril de 2015
Resolución de 12 de diciembre de 2016
Resolución de 10 de octubre de 2018
Resolución de 11 de abril de 2018
Resolución de 13 de diciembre de 2019
Resolución de 6 de febrero de 2019
Resolución de 13 de febrero de 2019
Resolución de 21 de junio de 2019
Resolución de 23 de julio de 2019
Resolución de 3 de febrero de 2021
Resolución de 18 de enero de 2022
Resolución de 1 de febrero de 2022
Resolución de 11 de abril de 2022

Resolución de 6 de septiembre de 2022
Resolución de 23 de noviembre de 2022
Resolución de 11 de abril de 2023
Resolución de 23 de mayo de 2023
Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2007
Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2008
Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2008
Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2013
Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2017
Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2018
Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2021
Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2021
Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2024

## IX. GLOSARIO

LH: Ley Hipotecaria
RG: Reglamento Hipotecario
DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado
DGSJYFP: Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública
LCSPvLey de Contratos del Sector Público
RDGRN/RDGSJYFP: Resolución/es de la Dirección General de los Registros y del Notariado/ Resolución/es de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública
TS: Tribunal Supremo
STS: Sentencia del Tribunal Supremo
Art.: artículo
Arts.: artículos

## NOTAS

[1] TOSCANO GIL, F. (2019) Análisis de las transformaciones actuales del derecho administrativo en España. Rev. Digital de Derecho Admin., vol. 22, p. 350.

[2] TRELLES, O. (2002) El contrato administrativo, el contrato-ley y los contratos de concesión de servicios públicos. THEMIS Revista de Derecho, no 44, p. 237-238.

[3] MEILAN GIL, J.L. (2011) Una concepción iusadministrativista de los contratos públicos. Derecho PUCP, no 66, p. 224.

[4] SANTAMARIA PASTOR, J. A. (2018) Principios de derecho administrativo general II. (5a ed.). Iustel. Pag. 160-162.

[5] MEILAN GIL, J.L. (2011) Una concepción iusadministrativista de los contratos públicos. Derecho PUCP, no 66, p. 236.

[6] MELIAN GIL J.L. (2011) Una concepción iusadministrativista de los contratos públicos. Derecho PUCP, no 66, p. 229.

[7] CONTRERAS ORTIZ, M.M. (2008) La distinción entre los contratos administrativos especiales y los contratos privados de la Administración en la Ley de Contratos del Sector Público-el caso de los contratos inmobiliarios. REFC, no 10, p. 31.

[8] MELIAN GIL J.L. (2011) Una concepción iusadministrativista de los contratos públicos. Derecho PUCP, no 66, p. 239.

[9] ARANCIBIA MATTAR, J. (2019) Naturaleza y Justicia de los contratos administrativos. Revista de derecho administrativo económico, no 30, p. 29.

[10] BOQUERA OLIVER, J.M. (1999) Los contratos de la Administración desde 1950 a hoy. Revista de administración pública, no 150, p. 14.

[11] ARANCIBIA MATTAR, J. (2019) Naturaleza y Justicia de los contratos administrativos. Revista de derecho administrativo económico, no 30, p. 48

[12] TRELLES, O. (2002) El contrato administrativo, el contrato-ley y los contratos de concesión de servicios públicos. THEMIS Revista de Derecho, no 44, p. 238.

[13] CARRETERO PÉREZ, A. (1970) La teoría de los actos separables. Revista de administración pública, no 61, p. 89.

[14] ARANCIBIA MATTAR, J. (2019) Naturaleza y Justicia de los contratos administrativos. Revista de derecho administrativo económico, no 30, p. 34.

[15] FERMOSO SASTRE, F. (2005) Contratos administrativos y contratos privados de las administraciones públicas. Revista de estudios locales. Cunal, no 83, p. 56.

[16] CODINA GARCÍA-ANDRADE, X. (2019) La modificación de los contratos del sector público. Boletín Oficial del Estado. P. 199-200

[17] MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (1996) Reflexiones sobre la" huida" del Derecho Administrativo. Revista de administración pública, no 140, p. 27.

[18] CONTRERAS ORTIZ, M.M. (2008) La distinción entre los contratos administrativos especiales y los contratos privados de la Administración en la Ley de Contratos del Sector Público: el caso de los contratos inmobiliarios. Revista española de la función consultiva, no 10, p. 29.

[19] LÓPEZ GARCÍA, C. (2009) Contratos públicos y privados de los poderes públicos desde 1845 hasta la Ley 30/2007, de contratos del sector público. Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, p. 135-136.

[20] STS de 30 de abril de 2013, relativa a la resolución unilateral por parte de la administración de un contrato de compraventa de terrenos sujetos a concesiones mineras, gestionados por el Consorcio de Zonas Francas, para la construcción de un polígono industrial, estando

los citados terrenos situados fuera de la zona franca de Vigo. La administración califica este contrato como contrato administrativo, destacando además que en la escritura de compraventa en ningún momento se hace mención al interés o servicio público concurrente (STS 2335/2013 — ECLI:ES:TS:2013:2335)FJ 6 "aunque el Consorcio adquiriera las concesiones mineras para la construcción de un polígono industrial, no resulta que dicha finalidad fuera la perseguida por las ambas partes contratantes, ni se incorporó como causa del contrato en el mismo, por lo que no se hizo depender su eficacia de la efectiva construcción del polígono. Debemos rechazar que el contrato pudiera, tal y como realiza la resolución administrativa, considerarse como un contrato administrativo especial ya que la construcción de dicho Polígono no se encuentra vinculada al giro o tráfico específico del Consorcio, y dado que estamos ante un contrato de naturaleza privada, el Consorcio no tenía la facultad de resolver el contrato, por lo que procede anular la resolución administrativa recurrida."

[21] CONTRERAS ORTIZ, M. M. (2008) La distinción entre los contratos administrativos especiales y los contratos privados de la Administración en la Ley de Contratos del Sector Público: el caso de los contratos inmobiliarios. Revista española de la función consultiva, no 10, p. 24-25.

[22] BOQUERA OLIVER, J.M. (1999)Los contratos de la Administración desde 1950 a hoy. Revista de administración pública, no 150, p. 14-15.

[23] FERMOSO SASTRE, F. (2005) Contratos administrativos y contratos privados de las administraciones públicas. Revista de estudios locales. Cunal, no 83, p. 56.

[24] LÓPEZ GARCÍA, C. (2009) Contratos públicos y privados de los poderes públicos desde 1845 hasta la Ley 30/2007, de contratos del sector público. Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, p. 139.

[25] Legislaciones anterior a la actual, por orden cronológico:

— Ley 13/95, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas

— Ley 53/99, de 28 de diciembre, de reforma de la ley 13/95, y el TR 2/2000, de 126 de junio

— Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público

— Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

[26] BERNAL BLAY, M. A. (2018) El desarrollo autonómico de la normativa sobre contratos públicos. Revista Aragonesa de Administración Pública,, no 18, p. 92 y 100.

[27] TOSCANO GIL, F. (2019) Análisis de las transformaciones actuales del derecho administrativo en España. Rev. Digital de Derecho Admin., vol. 22, p. 344.

[28] BARRERO RODRIGUEZ, C.; HORGUÉ BAENA. (2022) Lecciones de derecho administrativo. Parte general / Concepción Barrero Rodríguez (coordinadora) ; autores: Concepción Barrero Rodríguez, Pedro Escribano Collado, Francisco López Menudo (6a ed.). Tecnos. P. 267

[29] VILLAREJO GALENDE, H.; CALONGE VELÁZQUEZ, A. (2018) Las principales novedades de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Revista jurídica de Castilla y León, no 46, p. 23-24.

[30] CHINCHILLA MARÍN, M. C. (2017) Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica" privada" y su personalidad jurídica" diferenciada"/¿ realidad o ficción? Revista de administración pública, no 203, p. 28.

[31] Op Cit. BARRERO RODRIGUEZ, C.; HORGUÉ BAENA. (2022) Lecciones de derecho administrativo. Parte general / Concepción Barrero Rodríguez (coordinadora) ; autores:

Concepción Barrero Rodríguez, Pedro Escribano Collado, Francisco López Menudo (6a ed.). Tecnos. P. 269

[32] VILLAREJO GALENDE, H.; CALONGE VELÁZQUEZ, A. (2018) Las principales novedades de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Revista jurídica de Castilla y León, no 46, p. 28-20. Se distingue esta categoría de la anterior en el matiz de tratarse de un contrato de concesión, que se une al de concesión de obra, además de que no tiene por qué tratarse de un servicio público, para que aúnen estos casos ahora sigan siendo de aplicación los principios del régimen administrativo.

[33] El citado art. dispone que "1. Tendrán la consideración de contratos privados:

a) Los que celebren las Administraciones Públicas cuyo objeto sea distinto de los referidos en las letras a) y b) del apartado primero del artículo anterior.

b) Los celebrados por entidades del sector público que siendo poder adjudicador no reúnan la condición de Administraciones Públicas.

c) Los celebrados por entidades del sector público que no reúnan la condición de poder adjudicador.

2. Los contratos privados que celebren las Administraciones Públicas se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por las Secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley con carácter general, y por sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En lo que respecta a su efectos, modificación y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado.

No obstante lo establecido en el párrafo anterior, a los contratos mencionados en los números 1.º y 2.º de la letra a) del apartado primero del artículo anterior, les resultarán de aplicación, además del Libro Primero de la presente Ley, el Libro Segundo de la misma en cuanto a su preparación y adjudicación. En cuanto a sus efectos y extinción les serán aplicables las normas de derecho privado, salvo lo establecido en los artículos de esta Ley relativos a las condiciones especiales de ejecución, modificación, cesión, subcontratación y resolución de los contratos, que les serán de aplicación cuando el contrato esté sujeto a regulación armonizada.

3. Los contratos privados que celebren los poderes adjudicadores que no pertenezcan a la categoría de Administraciones Públicas mencionados en la letra b) del apartado primero del presente artículo, cuyo objeto esté comprendido en el ámbito de la presente Ley, se regirán por lo dispuesto en el Título I del Libro Tercero de la misma, en cuanto a su preparación y adjudicación.

En cuanto a sus efectos y extinción les serán aplicables las normas de derecho privado, y aquellas normas a las que se refiere el párrafo primero del artículo 319 en materia medioambiental, social o laboral, de condiciones especiales de ejecución, de modificación del contrato, de cesión y subcontratación, de racionalización técnica de la contratación; y la causa de resolución del contrato referida a la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205.

4. Los contratos que celebren las Entidades del Sector Público que no posean la condición de poder adjudicador, se regirán por lo dispuesto en los artículos 321 y 322.

En lo que se refiere a sus efectos, modificación y extinción se regularán por las normas de derecho privado que les resulten de aplicación."

[34] Cabe traer a colación la Resolución del Recurso no 193/2024 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 20 de marzo de 2024. Esta Resolución resuelve

recurso interpuesto contra el Colegio de Registradores por la adjudicación de servicios informáticos en los Registros de la Propiedad por exigencias de la Ley 11/2023, que implanta el registro electrónico. Se inadmite el recurso al carecer el Colegio de Registradores, según la propia Resolución, de la condición de poder adjudicador, requisito para su admisión conforme al art. 44 LCSP.

[35] VILLAREJO GALENDE, H.; CALONGE VELÁZQUEZ, A. (2018) Las principales novedades de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Revista jurídica de Castilla y León, no 46, p. 52.

[36] Conforme al at 25.1.a), tienen carácter administrativo los contratos de servicios financieros y que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria, y los de espectáculos con ciertos números de referencia CPV, y aquellos cuyo objeto sea la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos.

[37] CODINA GARCÍA-ANDRADE, X. (2019) La modificación de los contratos del sector público. Boletín Oficial del Estado. P. 168

[38] TOSCANO GIL, F. (2019) Análisis de las transformaciones actuales del derecho administrativo en España. Rev. Digital de Derecho Admin., vol. 22, p. 351-352.

[39] GIMENO FELIU, J.M; PINOS SANTIAGO J.; DE LA MORENA LOPEZ, J. (2018) Contratacion del sector público local: comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público/ directores, José Manuel Martínez Fernández, Pedro Bocos Redondo (4a ed.). P. 159

[40] CABALLERO SÁNCHEZ, R. (2021) La extensión del derecho administrativo y su proyección contencioso-administrativa. Revista de Derecho Público/ Teoría y método, vol. 4, p. 59-60.

[41] MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S. (1996) Reflexiones sobre la" huida" del Derecho Administrativo. Revista de administración pública, no 140, p. 53.

[42] Roj: STS 8640/2007 — ECLI:ES:TS:2007:8640. El Ayuntamiento de Valle de Losa demandó a particulares por daños consecuencia de la ejecución de un contrato de obra, causados en las piscinas municipales, para que fueran condenados solidariamente a realizar en las mismas, su entorno, sistemas e instalaciones de las mismas, las obras necesarias, con objeto de que quedaran en perfectas condiciones y aptas para ser destinadas a la finalidad contratada.

[43] Roj: STS 3305/2008 — ECLI:ES:TS:2008:3305 D. Joaquín Loraque y Asociados, S. A. interpuso demanda de reclamación de cantidad contra el Instituto Madrileño de Desarrollo (IMADE) por el arrendamiento de servicios profesionales consistentes en la ejecución de determinados proyectos de seguridad e higiene, control de calidad y dirección facultativa de un edificio de oficinas sito en el Parque Tecnológico de Alcalá de Henares y su urbanización.

[44] En su FD 5º establece que "La doctrina de los actos separables comporta la procedencia de reservar para la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de la legalidad de los actos administrativos previos a la perfección del contrato privado celebrado por la Administración y se funda en que dichos actos, aun cuando condicionan la validez y los efectos del contrato, pueden ser impugnados ante aquella jurisdicción con carácter independiente.

Esta doctrina obliga al particular a impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa dichos actos, pero no puede conducir a obstaculizar las reclamaciones por incumplimiento de los contratos privados ante la jurisdicción civil cuando la Administración se defiende alegando ante ella una inexistencia o invalidez que no ha declarado previamente. En este supuesto no existe acto administrativo que pueda tener carácter separable, y la imposición al administrado de la carga de provocar dicho acto administrativo con carácter presunto por la vía del silencio y de impugnarlo posteriormente ante la jurisdicción contencioso-administrativa tiene carácter

desproporcionado, porque supone que para reclamar el cumplimiento del contrato debe acudirse previamente a la vía civil para determinar si la Administración —a pesar de no haberse pronunciado previamente en vía administrativa habiendo sido advertida de la reclamación— rechaza la validez del procedimiento previo seguido para la perfección del contrato, y que, en este caso, debe abandonarse la vía iniciada para acudir a la contencioso-administrativa.

Según ha declarado reiteradamente la jurisprudencia constitucional, es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva la imposición de obstáculos o cargas desproporcionadas para acudir a los tribunales (…)y lo es la carga des eguir sucesivamente un doble proceso ante órdenes judiciales distintos para el ejercicio de una reclamación sobre el mismo objeto sin causa suficiente que lo justifique, pues no es causa justificada la conducta procesal de la Administración demandada que se opone a admitir la validez del contrato por incumplimiento de requisitos administrativos cuando ha tenido oportunidad de pronunciarse previamente sobre ella y no lo ha hecho. Debe tenerse en cuenta, a este respecto, la facultad que tiene la jurisdicción civil para resolver con carácter prejudicial cuestiones administrativas."

[45] Roj: STS 2717/2017 — ECLI:ES:TS:2017:2717. El Ayuntamiento de Alhaurín el Grande, interpuso demanda de juicio ordinario contra la entidad aseguradora Zurich Insurance P.L.C., sucursal en España, para reclamarle una cantidad de dinero, consecuencia de la contratación de un seguro de responsabilidad civil, por los daños ocasionados a 28 vecinos de la localidad por la ejecución de obras por parte del Ayuntamiento para la construcción de una Biblioteca.

[46] Así se expresa el Alto Tribunal en el FD 5: "en aplicación de la doctrina de los «actos separables», se ha de distinguir entre la fase de preparación y adjudicación del contrato, cuya impugnación se habría de decidir ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de aquellos conflictos que surjan entre la Administración y la aseguradora en cuanto a los efectos y extinción del contrato, que sería competencia de la Jurisdicción civil. De ahí que se puede coincidir con la sentencia 781/2007, de 25 de junio, aunque el contrato sobre el que decide ésta no es de seguro, que el contrato cuyo incumplimiento origina la reclamación objeto de este proceso reviste carácter privado, y se halla sólo sometido a la legislación administrativa en todo cuanto afecta a los actos tradicionalmente considerados separables —los relativos a la formación de la voluntad de la Administración, a su preparación y adjudicación—, en tanto que en cuanto a sus efectos y extinción se somete a las normas de derecho privado, correspondiendo, por consiguiente, a los órganos de la jurisdicción civil la competencia para conocer de los litigios relativos, como aquí sucede, a las consecuencias del incumplimiento contractual.

Por tanto, procede estimar el recurso y declarar la competencia de la jurisdicción civil para conocer del litigio, por cuanto lo que plantea la parte actora es el cumplimiento por la aseguradora de la obligación derivada del contrato de seguro."

[47] Roj: STS 7101/2008 — ECLI:ES:TS:2008:7101. Se discute la cesión de crédito operada a favor de Productos Asfálticos, S. A. y Stirelf Ibérica S. A., por la entidad Obras, Tendidos y Caminos, S. A. (Oteca, S. A.), mediante la cual esta última cedía a aquellas en virtud de las escrituras aportadas con la demanda el crédito frente a la Consellería de Política Territorial (Dirección Xeral de Carreteras), Obras Pública e Vivenda da Xunta de Galicia. El crédito cedido derivaba de la ejecución de la obra de ensanche y mejora del trazado de una carretera. Se solicitaba, en definitiva, que se declarase que la Administración era deudora por consecuencia del contrato administrativo de referencia, que había pagado a quien no debía, y que se la condenase a pagar a la actora.

[48] Sigue el FD 2º expresando que "La doctrina de los actos separables comporta la procedencia de reservar para la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de la legali-

dad de los actos administrativos previos a la perfección de un contrato privado celebrado por la Administración y se funda en que dichos actos, aun cuando condicionan la validez y los efectos del contrato, pueden ser impugnados ante aquella jurisdicción con carácter independiente (verbigracia, STS 28 de mayo de 2008, rec. 598/2001). Resulta evidente que esta doctrina obliga al particular a impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa dichos actos, pero no tiene aplicación cuando se discute si los efectos derivados de una cesión entre particulares de un crédito frente a la Administración nacido de un contrato administrativo deben ser conocidos por uno u otro orden jurisdiccional, pues no se trata de determinar si tales actos tienen carácter separable como actos administrativos susceptibles de ser impugnados independientemente, sino de determinar la naturaleza civil o administrativa de la cuestión planteada."

[49] Roj: STS 3123/2021 — ECLI:ES:TS:2021:3123. Se recurre la Resolución del Conseller d'Economia i Coneixement de 28 de diciembre de 2015, por la que se declaró la inadmisibilidad del recurso de alzada formulado contra la resolución de la Dirección General del Patrimonio de la Generalitat de Catalunya de 19 de octubre de 2015, por la que se había desestimado la ampliación del plazo de pago del precio de la enajenación de unos inmuebles situados, y dejado sin efecto el acuerdo GOV/93/2015, de 16 de junio, que aprobó la enajenación directa a favor de la actora de los citados inmuebles.

[50] Roj: STS 2682/2018 — ECLI:ES:TS:2018:2682. Por el Cabildo Insular de Gran Canaria se interpuso demanda de juicio verbal contra Delta Diez, S.L. en reclamación de rentas impagadas por esta última. Tal reclamación tiene su origen en un contrato de arrendamiento que tiene por objeto la explotación del servicio de aparcamiento del Centro Insular del Deportes y del que resultó adjudicataria, tras el oportuno concurso público, la demandada. La parte demandada se opuso alegando en primer lugar la falta de jurisdicción por cuanto el contrato, en tanto que afecto a la prestación de su servicio público, tiene naturaleza administrativa y como tal su conocimiento le corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa y no a la jurisdicción civil.

[51] Roj: STS 1/2021 — ECLI:ES:TS:2021:1. En virtud de esta STS se declara de forma definitiva la ineficacia de los contratos de compraventa de bienes de patrimonio histórico-artístico por parte del Monasterio de Sijena. En lo que se refiere a la naturaleza del contrato, dice el TS que ""Por tanto, no basta con que, en última instancia, exista una finalidad publica, sino que es preciso que el objeto público sea el elemento esencial y principal del contrato para su consideración como administrativo"(…)"subrayando la necesidad de que la finalidad pública del contrato trascienda a su causa" (FD6º.5 y 10). Llegando, con ello, a la conclusión de que "Analizando el tenor de los contratos objeto de la litis () no se reflejó ninguna finalidad o servicio público como elemento de causalización del contrato." (FD6º.10 in fine)."

[52] Roj: STS 1882/2024 — ECLI:ES:TS:2024:1882. FD 5º: "los Acuerdos que adopten las Comunidades de Regantes exclusivamente para exigir el ingreso de las cuotas de incorporación a los nuevos miembros, no son susceptibles de ser revisados ante la jurisdicción contenciosa-administrativa, cuando puedan calificarse de actos separables sometidos al Derecho privado, por afectar a la gestión de su patrimonio, siendo la jurisdicción competente para su enjuiciamiento y control la jurisdicción civil".

[53] RDGRN de 21 de junio de 2019 (FD 2 y 4).

[54] RDGRN 17 de abril de 2015.

[55] CARRETERO PÉREZ, A. La teoría de los actos separables. (1970) Revista de administración pública, no 61, p. 86 y 91.

[56] — Resolución de 11 de julio de 2014: En virtud de la citada Resolución, el Ayuntamiento e Santa Eulalia de Riuprimer se solicita anotación de demanda, en base a la resolución

de un contrato de venta de unas parcelas destinadas a la construcción de vivienda de protección publica. En su FD 4 dice que "En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, como ha declarado este Centro Directivo en sus Resoluciones de 1 de junio de 2012 y 12 de febrero de 2014, el contrato sujeto a la legislación sobre contratación de las Administraciones Públicas, se perfecciona por la concurrencia de consentimientos, al igual que ocurre en sede civil, pero se diferencia de la característica falta de requisitos procedimentales propias del Derecho privado por la existencia de un riguroso procedimiento que garantiza sus principios típicos de publicidad, concurrencia y transparencia." Esta resolución trata la doctrina de los actos separables en su FD 5, la registradora cuestiona tanto la competencia del órgano como la idoneidad del procedimiento seguido, al considerar que la resolución del contrato pretendido queda sujeto a las normas civiles y no a las administrativas de la contratación del sector público, cuestión tributaria de la naturaleza privada o administrativa del contrato. FD 6, habla de cómo se ha interpretado si un contrato es administrativo o privado.

— Resolución de 17 de abril de 2015 (ANULADA POR ST 11 DIC 2015 JPI VALENCIA): En virtud de la citada Resolución se resuelve la inscripción de un contrato de compraventa entre el Ayuntamiento de Cullera y un particular, habiéndose adquirido el bien no en virtud de previo concurso, sino por adjudicación directa.

— Resolución de 12 de diciembre de 2016: Recurso presentado por el Ayuntamiento de Camas para rectificación de asientos registrales por error en proyecto de reparcelación, para cesion de terrenos destinados a vivienda protegida. FD 2: calificación de documentos administrativos. FD 3, doctrina de los actos separables. (aquí se le dio la razón al Ayuntamiento y se permitió ejercitar reversión/resolución de los terrenos)

— Resolución de 13 de febrero de 2019: recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad interina de Granada n.o 1, por la que suspende la inscripción de una escritura de compraventa de una finca

— Resolución de 3 de febrero de 2021: recurso presentado por el Ayuntamiento de San Clemente ante la negativa de la registradora a inscribir la resolución de un contrato de compraventa. En definitiva, se reconoce la facultad de la administración de ejercitar la resolución si concurre el supuesto, pero han de cumplirse los requisitos de requerimiento, consignación...(59 RH).FD 5: naturaleza contrato administrativo.

— Resolución de 11 de abril de 2022: recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Las Palmas de Gran Canaria n.o 5, por la que se suspende la inscripción de una certificación administrativa. Habla nuevamente de la doctrina de los actos separables. También de la naturaleza privada de los contratos de transmisión de bienes patrimoniales.

— Resolución de 6 de septiembre de 2022: recurso contra la negativa del registrador a inscribir la elevación a público de un contrato de compraventa en ejercicio de una opción de compra, que ejercita una sociedad arrendataria frente al Ayuntamiento de San Sebastian de los Reyes, concedente/arrendador. FD 4: doctrina de los actos separables. FD 5: calificación de los documentos administrativos. Confirma la calificación del registrador, que pide que se aporte el previo contrato de arrendamiento con opción de compra y la cesión, para comprobar que se cumplió con la normativa administrativa.

[57] OGÁYAR AYLLÓN, T. (1974) Impugnación de la calificación registral. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, vol. 50, no 500, p. 12.

[58] GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (1993) La calificación registral en el pensamiento de don Jerónimo González/ Su vigencia actual.Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, vol.69, no619,p.1896.

[59] GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., y POZO CARRASCOSA, P. del. (2006). Lecciones de derecho hipotecario. Marcial Pons. P.84

[60] RDGSJYFP de 23 de mayo de 2023 (FD 3º).

[61] La redacción actual del citado art. fue dada por el RD de 12 de noviembre de 1982.

[62] ROCA SASTRE, R. M., y ROCA-SASTRE I MUNCUNILL, L. (1995). Derecho hipotecario, 8a ed. Bosch. p.37.

[63] Recurso interpuesto por don Elías González Pinto y doña Rosario Cuevas Barba, contra la negativa del registrador de la propiedad de Sanlúcar de Barrameda, a inscribir una escritura de compraventa.

[64] Dictada en el recurso gubernativo interpuesto por el Ayuntamiento de Adeje, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Granadilla de Abona a practicar una anotación preventiva de embargo. El Registrador deniega la anotación por falta de competencia del Ayuntamiento al carecer de jurisdicción para trabar bienes en actuaciones de recaudación ejecutiva situados fuera del territorio de su corporación. La DGRN confirma la calificación del registrador.

[65] Dictadas: — en el recurso interpuesto por el recaudador Municipal del Ayuntamiento de Sanlúcar de Barrameda contra la negativa de la Registradora de la propiedad de Rota a practicar una anotación preventiva de embargo sobre la finca registral 40289. — recurso interpuesto por el recaudador Municipal del Ayuntamiento de Sanlúcar de Barrameda contra la negativa del Registrador de la propiedad de El Puerto de Santa María, número 4 a practicar una anotación preventiva de embargo. Y en el recurso interpuesto por el Recaudador Municipal del Ayuntamiento de Sanlúcar de Barrameda contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Rota a practicar una anotación preventiva de embargo sobre la finca registral 22386. Mismos supuestos y criterios que la RDGRN de 9 de marzo de 2006.

[66] Recurso interpuesto por el Recaudador Municipal del Ayuntamiento de Javea, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Calpe, a practicar una anotación preventiva de embargo. Y recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Sanlúcar de Barrameda, contra la negativa de la registradora de la propiedad de Rota, a practicar una anotación preventiva de embargo. Mismo supuesto y criterio que la RDGRN de 9 de marzo de 2006.

[67] Recurso interpuesto por el Consell Comarcal de la Selva, contra la negativa de la registradora de la propiedad interina n.o 24, de Barcelona, a practicar una anotación preventiva de embargo. Mismo supuesto y criterio que la RDGRN de 9 de marzo de 2006.

[68] Recurso interpuesto por el recaudador municipal del Ayuntamiento de Javea, contra la negativa del registrador de la propiedad de Valencia n.º 12, a la práctica de una anotación de embargo. Mismo supuesto y criterio que la RDGRN de 9 de marzo de 2006.

[69] En virtud de esta resolución, se declaró del mismo modo que las anteriores citadas la falta de competencia de las entidades municipales para embargar bienes fuera de su término municipal. Así en su FD 3 dispone: "carecen de tal competencia para realizar actuaciones de realización forzosa sobre bienes inmuebles situados fuera de su término municipal, que deberá llevarse a cabo por los órganos competentes de la correspondiente Comunidad Autónoma cuando deban realizarse en el ámbito territorial de ésta, y por los órganos competentes del Estado en otro caso, previa solicitud del presidente de la Corporación."

[70] Así lo dispone en su FD 5º la citada Resolución: "En definitiva, las Entidades Locales tienen plena competencia para dictar el acto administrativo mediante el cual se declara la existencia de un crédito exigible a su favor, cuando sea cierta su cuantía y la persona del obligado, y también para su recaudación en período voluntario o ejecutivo, dictando a tal efecto la correspondiente providencia de apremio, diligencia de embargo y medidas cautelares como es el mandamiento de anotación del embargo. En cambio, carece de tal competencia para realizar

actuaciones de realización forzosa sobre bienes inmuebles situados fuera de su término municipal, que deberá llevarse a cabo por los órganos competentes de la correspondiente Comunidad Autónoma cuando deban realizarse en el ámbito territorial de ésta, y por los órganos competentes del Estado en otro caso, previa solicitud del Presidente de la Corporación."

[71] Recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Jaén n.o 3, por la que se suspende la inscripción de la transmisión de una finca, realizada en procedimiento de ejecución.

[72] RDGRN de 13 de marzo de 2007, (FD 2).

[73] Recurso interpuesto por «Inmuebles, Viviendas y Obras de Galicia, S.A.», y «El Corte Inglés, S.A.», contra la negativa de la registradora de la propiedad n.1, de Talavera de la Reina, a inscribir una escritura de constitución de derecho de superficie.

[74] Recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Getafe, contra la nota de calificación de la Registradora de la propiedad de Getafe número dos, por la que se suspende la inscripción de una escritura de constitución y cesión gratuita de derecho de superficie.

[75] Esta resolución se refiere a la calificación de documentos judiciales, estableciendo en su FD 2 "Ese principio de interdicción de la indefensión procesal exige que el titular registral afectado por el acto inscribible, cuando no conste su consentimiento auténtico, haya sido parte o haya tenido, al menos la posibilidad de intervención, en el procedimiento determinante del asiento. Así se explica que, aunque no sea incumbencia del registrador calificar la personalidad de la parte actora ni la legitimación pasiva desde el punto de vista procesal apreciada por el juzgador ni tampoco la cumplimentación de los trámites seguidos en el procedimiento judicial, su calificación de actuaciones judiciales sí debe alcanzar, en todo caso, al hecho de que quien aparece protegido por el Registro haya sido emplazado de forma legal en el procedimiento.

Por lo tanto entiende este Centro Directivo que la calificación por los registradores del cumplimiento del tracto sucesivo no supone apreciar una eventual tramitación defectuosa (que no compete al registrador determinar), sino una inadecuación, en este caso, entre la resolución recaída y el procedimiento o juicio en que debiera dictarse, que sí es materia a la que alcanza la potestad de calificación del registrador, conforme al artículo 100 del Reglamento Hipotecario."

[76] Conforme al art. 32 RH, que establece reglas concretas que ha de cumplir el expediente de expropiación para poder practicarse la inscripción en el registro.

[77] Recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Benaguasil a inscribir una certificación de acta de adjudicación y el correspondiente mandamiento de cancelación de cargas librados en procedimiento de apremio administrativo.

[78] Recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Colmenar Viejo n.o 2, por la que se suspende la inscripción de una certificación administrativa aprobatoria de un proyecto de reparcelación.

[79] Recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de La Carolina, por la que se deniega la inscripción de una escritura de compraventa otorgada por el Ayuntamiento de Navas de San Juan.

[80] Recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de San Javier n.o 2 a inscribir una escritura de compraventa.

[81] Recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de L'Hospitalet de Llobregat n.o 6, por la que suspende la inscripción de una escritura de rectificación en ejecución de convenio para la compraventa de determinado inmueble

[82] recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Ourense n.o 3, por la que suspende la inscripción de una certificación sobre adju-

dicación de bienes inmuebles expedida en procedimiento administrativo de apremio por deudas a la Seguridad Social y el correlativo mandamiento de cancelación de cargas.

[83] Recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Marbella n.1, por la que se rechaza la toma de razón de una prohibición de disponer

[84] Recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Marbella n.1, por la que se rechaza la toma de razón de una prohibición de disponer. Supuesto similar al de la RDGSJYFP de 11 de abril de 2023.

[85] RDGRN 17 de abril de 2015, establece que "Estos criterios están hoy, como se ha dicho, consagrados normativamente, y así el apartado 2 del artículo 20 del referido texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, si bien somete los efectos y extinción de los contratos privados al régimen propio del Derecho privado, aclara que en cuanto a su preparación y adjudicación los mismos se regirán «por la presente ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de Derecho administrativo o, en su caso, las normas de Derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante».

Trasladada esa distinción al ámbito de la función calificadora de los registradores de la Propiedad puede sostenerse que el primero de los aspectos, el netamente contractual, queda sujeto a la regla general sobre calificación del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, sin ninguna distinción en cuanto a aquellos en que sean parte tan solo los particulares; en tanto que el segundo, el aspecto netamente administrativo del contrato, debe ser calificado dentro de los límites que impone el artículo 99 del Reglamento Hipotecario." "el artículo 99 del Reglamento Hipotecario faculta al registrador para calificar, respecto de los documentos administrativos, entre otros extremos, la competencia del órgano, la congruencia de la resolución con el procedimiento seguido, los trámites e incidencias esenciales de éste, así como la relación del mismo con el título registral y a los obstáculos que surjan con el Registro (cfr. entre otras, las Resoluciones de 27 de abril de 1995, 27 de enero de 1998, 27 de marzo de 1999, 31 de julio de 2001, 31 de marzo de 2005, 31 de octubre de 2011, 1 de junio de 2012 y 12 de febrero de 2014).

De acuerdo con esta doctrina, efectivamente corresponde al registrador, dentro de los límites de su función calificadora de los documentos administrativos, examinar, entre otros extremos, la observancia de los trámites esenciales del procedimiento seguido, a fin de comprobar el cumplimiento de las garantías que para los particulares están establecidas por las leyes y los reglamentos. En particular, el registrador ha de calificar negativamente los documentos administrativos cuando estén desligados plenamente del procedimiento legalmente establecido. Esta calificación debe ponerse en inmediata relación con el artículo 62.1.e) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que sólo admite la nulidad de aquel acto producido en el seno de un procedimiento en el que la Administración Pública ha prescindido «total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido»."

*Trabajo recibido el 23 de septiembre de 2024 y aceptado para su publicación el 7 de octubre de 2024*

# RESOLUCIONES
# DE LA DIRECCIÓN GENERAL

# RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA

Coordinado por Juan José Jurado Jurado

## Registro de la Propiedad

Por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 10-6-2024
*BOE* 9-10-2024
Registro de la Propiedad de Monforte de Lemos-Quiroga.

PROPIEDAD HORIZONTAL: LICENCIA. DERECHO DE VUELO: REQUISITOS.

Si la configuración de la propiedad horizontal se asemeja a un complejo inmobiliario, será precisa licencia administrativa. El derecho de vuelo no puede constituirse en favor del dueño del suelo.

En relación con la posibilidad de configurar un derecho de vuelo como elemento independiente de una propiedad horizontal, el defecto debe confirmarse. Por tanto, únicamente pisos, locales o espacios de un edificio suficientemente delimitados y susceptibles de aprovechamiento independiente pueden constituir elementos privativos de una división horizontal, y es indudable que un derecho real, como el derecho, de vuelo en ningún caso cumple con dichas exigencias, aunque se constituya sobre elemento común.

Mientras en los complejos inmobiliarios se produce la formación de fincas, que pasan a ser elementos privativos, en cuanto crean nuevos espacios del suelo objeto de propiedad totalmente separada, a las que se vincula en comunidad ob rem otros elementos, en la propiedad horizontal propiamente dicha, aunque sea tumbada, desde el momento en que mantiene la unidad jurídica de la finca —o derecho de vuelo— que le sirve de soporte, no hay división o fraccionamiento jurídico del terreno o suelo, ni derecho privativo alguno sobre el mismo, pues el suelo sobre el que se asienta el inmueble es común en su totalidad. Es la propia legislación sustantiva urbanística que resulte aplicable la que ha de establecer qué actos están sometidos a licencia y qué actos pueden estimarse como reveladores de una posible parcelación urbanística ilegal, o ser asimilados a ésta, así como determinar qué otros actos de uso del suelo o de las edificaciones quedan sujetas

https://doi.org/10.36151/rcdi.2025.806.05 

a la intervención y control municipal que el otorgamiento de la licencia comporta, determinación que constituye un presupuesto previo o «prius» respecto de su exigencia en sede registral —cfr. Resolución de 15 de julio de 2021—. De la legislación urbanística gallega puede deducirse sin dificultad que, en general, la preceptiva licencia urbanística será exigible, en su caso, a efectos de inscripción, para los actos de parcelación, división o segregación o aquellos que puedan considerarse legalmente equiparados que pretendan acceder al Registro de la Propiedad.

Como ha afirmado en otras ocasiones este Centro Directivo —vid. Resoluciones citadas en los «Vistos»—, la división horizontal de un inmueble no implica por sí misma un acto de parcelación que suponga la división de terrenos en dos o más lotes a fin de su edificación (cfr. artículo 148 de la Ley del suelo de Galicia), ni tampoco de segregación u otros actos de división de terrenos a que se refiere el artículo 142.2.f) de la misma ley. Sin embargo, si la división horizontal se configura de tal modo que puede resultar equiparada a la división material de la finca hasta tal punto que sea incompatible con la unidad jurídica de la misma, a pesar de las estipulaciones de las partes, debe exigirse a efectos registrales la oportuna licencia urbanística, al amparo en este caso del artículo 142.2.f) de la Ley del suelo de Galicia. En definitiva, reiterando el criterio seguido en la Resolución de 3 de junio de 2019, como regla general: a) no se precisará la aportación de licencia para la propiedad horizontal cuando la misma se ajuste a la licencia de obras que autorice la construcción de las edificaciones (cfr. Resolución de 13 de julio de 2015). b) tampoco se precisa la aportación de licencia de la propiedad horizontal cuando la misma no provoque un incremento de elementos privativos respecto de los que consten en la previa declaración de la obra nueva. c) este Centro Directivo ha sostenido la aplicación analógica, aunque con matices, del artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo a aquellos supuestos en que ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes.

En el caso particular de este expediente, en consideración de las anteriores circunstancias, puede concluirse que concurren las notas definitorias de los fraccionamientos de suelo que se realizan bajo la cobertura jurídica del régimen de los complejos inmobiliarios, y, en particular, de los contemplados en el artículo 24 de la Ley sobre propiedad horizontal. Puede afirmarse que, en el presente caso, se configuran dos parcelas de suelo como verdaderos elementos privativos, exclusivos y excluyentes, que implican de facto un fraccionamiento jurídico y funcional de la finca matriz.

Por lo que se refiere a la objeción que opone la registradora porque, a su juicio, no está plenamente configurado el derecho de vuelo y éste no puede pertenecer al propietario del suelo, el defecto debe confirmarse. El derecho de vuelo es un derecho real sobre cosa ajena, con vocación de dominio, por el que su titular tiene la facultad de elevar una o varias plantas o de realizar construcciones bajo el suelo, adquiriendo, una vez ejercitado, la propiedad de lo construido. El derecho de vuelo no puede pertenecer al propietario del suelo. De lo contrario, se trataría de una simple facultad del dominio. Por tanto, el derecho de vuelo sólo puede nacer por transmisión a un tercero o por su reserva al tiempo de enajenar el edificio o parte de él, según la reiterada doctrina de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones en los «Vistos»). Asimismo, del ya transcrito artículo 16.2 del Reglamento

Hipotecario, resultan los requisitos para que el derecho de vuelo quede plena y perfectamente configurado. En consecuencia, para la constitución del derecho de vuelo, ha de determinarse el número de plantas, plazo de ejercicio, cuotas de nuevos elementos, y demás requisitos exigidos como se ha mencionado, y ninguno de estos se determina en la escritura cuya inscripción se pretende.

Como último defecto, entiende la registradora que existe incongruencia de los estatutos de la división horizontal específicamente en dos puntos. Por un lado, se configura como elemento común «el solar sobre el que se ubica el edificio y la parte del solar que rodea el edificio», cuando parte del mismo ha sido configurado como elemento independiente, y, por otro, se faculta a los propietarios para desvincular las «edificaciones destinadas a almacén anejas privativas a su vivienda», siendo así que no hay ninguna vivienda que tenga como anejo un almacén. Aunque en la redacción de las normas que integran los estatutos de la propiedad horizontal es deseable la mayor claridad y precisión posible, en la medida en que aquéllas, una vez inscritas, tienen alcance real y resultan oponibles frente a terceros (cfr. artículo 5 de la Ley sobre propiedad horizontal), no puede mantenerse el defecto invocado por la registradora.

Resolución de 10-7-2024
*BOE* 9-10-2024
Registro de la Propiedad de Mahón.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Si de las alegaciones de los colindantes resultan elementos que justifican dudas sobre la identidad de la finca, procede denegar la inscripción de la base gráfica.

Como ha declarado reiteradamente esta Dirección General, en multitud de Resoluciones, como la de 29 de noviembre de 2023, el objeto del recurso es determinar, exclusivamente, si la calificación registral negativa recurrida es o no ajustada a Derecho. En el presente caso, tratándose de una calificación negativa, que se basa en la alegación de un colindante que es una Administración Pública, cuando la suspensión se basa en la oposición de uno de los colindantes notificados, como dice el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, el registrador «decidirá motivadamente según su prudente criterio, sin que la mera oposición de quien no haya acreditado ser titular registral de la finca o de cualquiera de las registrales colindantes determine necesariamente la denegación de la inscripción».

La motivación de la calificación registral debe comprender tanto el punto de vista jurídico, como declaró la Resolución de esta Dirección General de 26 de julio de 2023, sin que pueda el registrador limitarse a una referencia genérica a los preceptos que a su juicio han sido infringidos, sino que debe indicar que preceptos concretos son aplicables al caso debatido, y por qué los considera infringidos, como el punto de vista material, pudiendo el registrador rechazar la inscripción de la rectificación de la descripción por los siguientes motivos: que la representación gráfica aportada coincida en todo o en parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, o a que se invadan fincas colindantes inmatriculadas, o a que se encubra un negocio traslativo u operación de modificación hipotecaria.

Ciertamente, como declaró la Resolución de esta Dirección General de 5 de marzo de 2019, el hecho de que, según el planeamiento municipal la finca esté destinada a cesión obligatoria para viales, no significa que por este solo hecho la finca sea de dominio público, por lo que no puede rechazarse la inscripción de la representación gráfica georreferenciada por ese solo motivo. Pero ello no es óbice, en el presente caso, para determinar que lo que fue objeto de la segregación, que originó la primera inscripción de la finca 4.051 en el año 1965, fue una finca que lindaba por el norte con un paso para peatones, por lo que pretender ahora suprimir la existencia de dicho paso, sea de naturaleza pública o privada, supondría alterar la realidad física amparada por el folio registral. De dichas dudas, además puede resultar un indicio latente de contienda judicial y como declaró esta Dirección General en las Resoluciones de 19 de enero de 2022, 30 de noviembre de 2023 o 27 de febrero de 2024, entre otras, en el expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria no hay trámite de prueba, dada la sencillez procedimental del expediente.

Resolución de 22-7-2024
*BOE* 9-10-2024
Registro de la Propiedad de Utrera, número 2.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Para la rectificación de un error de concepto es necesario el consentimiento de todos los titulares de derechos inscritos o anotados que puedan verse perjudicados o, en su defecto, deberá acudirse a un procedimiento judicial entablado contra aquéllos.

Del análisis de la disposición testamentaria resultan algunas consideraciones y razonamientos que conviene tener en cuenta: en primer lugar, que de una lectura de la totalidad de las disposiciones testamentarias, además de la debatida, hay otras en las que se establecen sustituciones semejantes a la que es objeto de análisis, y todas ellas tienen como denominador común que todos los llamamientos hechos a favor de doña P. M. N. o de doña D. M. N., bien sean directos o por sustitución vulgar, son sometidos a gravamen fideicomisario.

En el presente caso, el supuesto error que el recurrente considera producido en el Registro deriva de inscripciones practicadas hace tres años y se pretende su rectificación por la misma registradora que la practicó conforme al artículo 217 de la Ley Hipotecaria, por entender el recurrente que se trata de un error de concepto. Constituye una regla básica en nuestro Derecho hipotecario la de que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (artículo 1, párrafo tercero de la Ley Hipotecaria). La rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho —lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho.

Según la doctrina de este Centro Directivo (vid. Resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente), el artículo 212 de la Ley Hipotecaria exige para considerar un error como material que con el mismo no se cambie el sentido general de la inscripción ni de ninguno de sus conceptos; por otra parte, el artículo 216 de la misma ley establece que se comete error de concepto cuando al expresar en la inscripción alguno de los contenidos en el título se altere o varíe su verdadero sentido. Debe entenderse que el consentimiento o acuerdo unánime de todos los interesados y del registrador son requisitos indispensables para la rectificación. Y ello porque, en caso de error, la inexactitud viene provocada por la actuación equivocada del registrador al extender los asientos, de forma que lo que publica el Registro contraviene lo querido por las partes y plasmado correctamente en el título, mientras que cuando la inexactitud es consecuencia de falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento, la rectificación del Registro precisará el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuye algún derecho, pero no del registrador cuya actuación ha sido ajena al origen de la inexactitud.

En consecuencia, tal y como ha declarado este Centro Directivo de modo reiterado, será necesario que conste el consentimiento de todos los titulares de derechos inscritos o anotados que puedan verse perjudicados o, en su defecto, deberá acudirse a un procedimiento judicial entablado contra aquéllos (artículos 40 y 214 de la Ley Hipotecaria y 322 y siguientes de su Reglamento), debiendo entretanto rechazarse la solicitud formulada por el recurrente.

Resolución de 22-7-2024
*BOE* 9-10-2024
Registro de la Propiedad de Vigo, número 6.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Si consta la afectación del dominio público, procede denegar la inscripción de la base gráfica.

Si la representación gráfica georreferenciada no es inscribible por albergar el registrador dudas fundadas acerca de que con la misma se invada otra finca ya inscrita o el dominio público, lo procedente es denegar, no suspender, la inscripción.

La protección registral que la ley otorga al dominio público no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito, pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción. En el caso de este expediente, y con independencia del valor jurídico que deba otorgarse al contenido del Inventario Municipal, es evidente que del informe incorporado al título resulta la afectación a camino público como consecuencia de la operación documentada; que la descripción de la finca formada por división bajo el número 1 dice que linda al este, con don J. A. D., y que en la cartografía catastral resulta que la franja de terreno que en el certificado técnico incorporado al título se atribuye a la finca formada por división bajo el número 2 tiene la consideración de camino público. En consecuencia, constando el carácter demanial de la franja de

terreno atribuida a la finca creada bajo el número 2, según resulta de informe de la Administración afectada incorporada al propio título calificado, no cabe sino confirmar la nota de calificación.

Resolución de 22-7-2024
*BOE* 9-10-2024
Registro de la Propiedad de Marbella, número 2.

PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO: NEGOCIOS INDIRECTOS.

No cabe inscribir una venta que en realidad oculta un acto solutorio de una deuda previamente vencida.

Esta Dirección General ha puesto de relieve en numerosas ocasiones (vid. las Resoluciones de 26 de diciembre de 2018 y 28 de enero de 2020, y en particular en las de 27 de octubre de 2020, 15 de marzo y 21 de julio de 2021, 13 de julio de 2022 y 12 de diciembre de 2023, entre otras) que el Código Civil rechaza enérgicamente toda construcción jurídica en cuya virtud, el acreedor, en caso de incumplimiento de la obligación, pueda apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía por el deudor (vid. artículos 6, 1859 y 1884 del Código Civil). También este Centro Directivo ha aplicado la prohibición del pacto comisorio incluso cuando las operaciones elusivas del mismo se instrumentan mediante negocios jurídicos indirectos.

Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2017 son dos los presupuestos que caracterizan la aplicación de la figura del pacto comisorio: «En primer lugar, que el pacto de apropiación o disposición, previo o coetáneo a la garantía, se halle causalmente vinculado al nacimiento del crédito cuyo cumplimiento se garantiza. En segundo lugar, que la apropiación o disposición del bien no esté sujeta a un procedimiento objetivable de valoración de la adquisición». En definitiva, se admite el pacto por el que pueda adjudicarse al acreedor o venderse a un tercero el bien objeto de la garantía siempre que se establezca un procedimiento de valoración del mismo que excluya la situación de abuso para el deudor.

Y como lo que ha tenido lugar es la satisfacción del crédito mediante un contrato —la compraventa— cuya función económico social (causa) en absoluto consiste en una finalidad solutoria sino (como es perfectamente sabido) en algo bien distinto, todo ello nos lleva ineludiblemente a trazar un paralelismo y, por ende, una comparación entre lo sucedido y las exigencias del mal llamado procedimiento extrajudicial de ejecución, hoy venta directa ex artículos 129 de la Ley Hipotecaria y 236 del reglamento Hipotecario. Procedimiento que sí que tiene por objeto la satisfacción del acreedor, mediante el cobro de la deuda con el importe obtenido como resultado final de un procedimiento que precisamente termina con una venta, y que, para la mejor doctrina no deja de ser un procedimiento con finalidad ejecutiva y por tanto forzoso, como toda ejecución, cuya causa se encuentra en un previo incumplimiento contractual (el de la prestación debida). Eso sí, a través de un procedimiento que tiene unas garantías para el deudor y para otros eventuales acreedores posteriores que aquí brillan por su ausencia.

Resolución de 22-7-2024
*BOE* 9-10-2024
Registro de la Propiedad de Sevilla, número 12.

CONDICIÓN RESOLUTORIA: PURGA DE CARGAS POSTERIORES.

Para cancelar cargas posteriores a una condición resolutoria es necesario que los titulares de estas hayan sido oportunamente notificados en el procedimiento o que hayan inscrito o anotado después de la práctica de la procedente anotación de demanda.

Es cierto que en el plano registral la inscripción de la condición resolutoria explícita confiere eficacia real a la eventual acción resolutoria del contrato y evita que terceros que reúnan los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria hagan inoperante ese juego resolutorio (vid. Resolución de 26 de noviembre de 2012). En los casos de ejercicio judicial de la facultada derivada de la condición resolutoria, ha señalado este Centro Directivo que una cosa es dar publicidad a la condición, y otra al desenvolvimiento de la misma mediante la oportuna demanda judicial, momento en el que se pone en juego un nuevo derecho, el de tutela judicial efectiva, que no resulta suficientemente protegido mediante la simple constancia registral de la condición, sino que requiere, además, que se acredite que los terceros adquirentes y titulares de cargas posteriores han tenido la posibilidad de intervenir en el proceso, algo que sólo puede obtenerse si son demandados o se les notifica la existencia del mismo al tiempo de admitirse la demanda, y en todo caso antes de que se dicte la sentencia y con posibilidad efectiva de intervenir en el procedimiento en defensa de sus derechos. Por todo ello, el ejercicio de la facultad de purga de asientos posteriores procedente de la condición resolutoria exige, bien que se hubiera anotado con anterioridad la demanda de su resolución en el Registro, bien la intervención de los titulares de los indicados asientos en el procedimiento de resolución correspondiente para evitar su indefensión. En esta misma línea, la Sentencia del Tribunal Supremo número 616/2021, de 21 de septiembre.

Resolución de 22-7-2024
*BOE* 9-10-2024
Registro de la Propiedad de Padrón.

PUBLICIDAD FORMAL: INTERÉS LEGÍTIMO.

Acreditado el interés legítimo del solicitante, debe expedirse la publicidad formal solicitada.

Es doctrina reiterada y conocida de este Centro Directivo que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 221 y 222 de la Ley Hipotecaria y 332 de su Reglamento, el contenido del Registro sólo se ha de poner de manifiesto a quienes tengan interés en conocer el estado de los bienes y derechos inscritos y, por tanto, este interés se ha de justificar ante el registrador. En consecuencia, ante una solicitud de publicidad formal, el registrador, debe calificar en primer lugar, si procede o no expedir la información o publicidad formal respecto de la finca o derecho que se solicita, atendiendo a la causa o finalidad alegada; en segundo lugar,

deberá valorar la existencia de un interés legítimo, y, en tercer lugar, qué datos y circunstancias de los incluidos en el folio registral correspondiente puede incluir o debe excluir de dicha información. La publicidad ha de ser para finalidades propias de la institución registral como la investigación, jurídica, en sentido amplio, patrimonial y económico (crédito, solvencia y responsabilidad), así como la investigación estrictamente jurídica encaminada a la contratación o a la interposición de acciones judiciales o administrativas. No cabe para la investigación privada de datos no patrimoniales si no es cumpliendo estrictamente con la normativa de protección de datos.

En el procedimiento de concentración parcelaria, al coexistir plenamente vigentes, abiertos, y operativos, los folios reales tanto de las fincas de origen como de las fincas de reemplazo, se han producido numerosísimos supuestos de doble inmatriculación en nuestro sistema registral, y de disociaciones entre los actos y negocios jurídicos que se han venido inscribiendo sobre las fincas de origen, cuyo historial permanece vigente y los actos y negocios jurídicos que se han venido inscribiendo sobre las fincas de reemplazo.

Para dar solución a estos supuestos debe tenerse en cuenta el procedimiento regulado en artículo 209 de la Ley Hipotecaria, tras la reforma operada por la Ley 13/2015, dedicado a la regulación de la subsanación de la doble o, en general, múltiple inmatriculación de una misma finca o parte de ella en folios registrales distintos, atribuyendo la competencia para su tramitación y resolución, en línea con el objetivo de desjudicialización que proclama su exposición de motivos, al registrador del distrito hipotecario en que radique la finca doblemente inmatriculada. Como se ha señalado por este Centro Directivo (cfr. Resolución 9 de enero de 2024) una vez interpuesto el recurso, el registrador, de conformidad con el artículo 327 de la Ley Hipotecaria, podría haber requerido al interesado a fin de que complementara su solicitud, identificara las fincas concretas y profundizara en sus argumentos a fin de valorar si procede expedir la certificación solicitada lo cual resulta de todo punto pertinente para averiguar que se persigue con la obtención de la publicidad registral. Si, además, como consecuencia de esta averiguación, resulta, a juicio del registrador la existencia de una posible doble inmatriculación podrá iniciarse el procedimiento recogido en el artículo 209 de la Ley Hipotecaria, incluso de oficio, cancelando el historial de las fincas de origen.

Por otro lado, conviene recordar en este punto, que, como regla general, de conformidad con el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, el titular registral del dominio o de cualquier derecho real sobre una finca inscrita puede completar la descripción literaria de su finca acreditando su ubicación y delimitación gráfica y, a través de ello, sus linderos y superficie, mediante la aportación de la correspondiente certificación catastral descriptiva y gráfica mediante la incorporación de una base gráfica de la que se resulte su extensión, superficie y linderos o de no estar de acuerdo con la cartografía catastral, mediante el procedimiento previsto para incorporar una base gráfica alternativa. Por todo lo expuesto, anteriormente y dado que no pueden utilizarse los procedimientos comunes a fin de actualizar las descripciones registrales de las fincas afectadas por la concentración parcelaria en sede registral, resulta de todo punto relevante conocer la descripción de la finca en el Registro así como la circunstancia, si constare, de su estado de coordinación con Catastro, que es lo que se pide expresamente en la solicitud del recurrente.

En conclusión, y dado que no se cuestiona por parte del registrador en ningún momento el interés legítimo del solicitante, tanto si lo que se pretende con la obtención de la publicidad registral es impugnar el procedimiento de concentración parcelaria, como, si lo que se persigue es poner de manifiesto la posible existencia de una doble inmatriculación derivada de la inscripción de la misma, una vez determinadas las fincas y con pleno respecto a la normativa de protección de datos, procedería, en su caso, expedir las certificaciones solicitadas.

Resolución de 22-7-2024
*BOE* 9-10-2024
Registro de la Propiedad de Oviedo, número 4.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No cabe inscribir una base gráfica si consta acreditada la concurrencia de una duda fundada sobre la identidad de la finca.

Como ha declarado reiteradamente esta Dirección General, en multitud de Resoluciones, como la de 29 de noviembre de 2023, el objeto del recurso es determinar, exclusivamente, si la calificación registral negativa recurrida es o no ajustada a Derecho. Tratándose de un expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, no estando ante uno de los supuestos de denegación automática de la tramitación del mismo, como son la posible invasión de dominio público o la invasión de la georreferenciación registral de una finca colindante, la cual está protegida por los principios hipotecarios, cuando la suspensión se basa en la oposición de uno de los colindantes notificados, como dice el artículo 199, el registrador «decidirá motivadamente según su prudente criterio, sin que la mera oposición de quien no haya acreditado ser titular registral de la finca o de cualquiera de las registrales colindantes determine necesariamente la denegación de la inscripción».

En el presente caso, la registradora funda su nota de calificación en las alegaciones de las partes, que alegan invasión de finca colindante. A la vista de las georreferenciaciones alternativas de la finca objeto del expediente, aportada a la instancia calificada, y de las aportadas por los colindantes para fundar se alegación, se observa que estas colindan entre sí y puede identificarse un camino público en el lindero oeste de la finca y un paso o camino separador de las fincas 5.086 y 9.899, entendiendo el recurrente que las alegaciones de los colindantes no han sido debidamente valoradas por la registradora, quien no ha decidido motivadamente sobre cada alegación, limitándose precisamente a que la mera oposición de los colindantes dé lugar a la denegación de la inscripción.

La nota de calificación del registrador ha de ser ajustada a Derecho, tanto desde el punto de vista material, como jurídico, indicando en qué forma se han infringido los preceptos legales, como declaró la Resolución de esta Dirección General de 26 de julio de 2023, sin bastar una referencia genérica a los preceptos infringidos. El registrador debe también fundar objetivamente su juicio sobre las dudas en la identidad de la finca, como ha declarado reiteradamente esta Dirección General en varias Resoluciones, como la de 12 de julio de 2023. Las dudas registrales han de referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en

todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas. En el presente caso, la registradora entiende que se ha invadido el camino de acceso existente entre las fincas colindantes implicadas, sin que su existencia se desprenda del Registro ni del Catastro. El juicio de identidad del registrador no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que está motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, como declaró también la Resolución de 11 de abril de 2024.

Desde un punto de vista material, la servентía es la franja de terreno existente, generalmente, entre fincas colindantes cedida voluntariamente y de mutuo acuerdo por los propietarios de las mismas para crear un camino de servicio particular, formada a partir del retranqueo de los linderos de dichas fincas. Desde un punto de vista jurídico, la servентía es un derecho de paso indivisible, sin asignación de cuotas, cuya titularidad corresponde en régimen de comunidad de uso y disfrute a los propietarios de las fincas que han cedido terreno para crearla y que se sirven de ella. Cuando la servентía se traza entre fincas colindantes, por la franja de la colindancia, los linderos de dichas fincas coinciden con los extremos o caja del camino de servicio. Por ello son derechos de los propietarios colindantes usar la servентía, cuyo terreno han cedido terreno para crear el camino de servicio y pueden cerrar sus fincas haciendo coincidir los linderos con los extremos o caja del camino de servicio que constituye la servентía. Los propietarios colindantes no pueden realizar alteraciones en la servентía sin el consentimiento unánime de los demás ni exigir individualmente la extinción de la servентía, sin perjuicio de que puedan renunciar a su utilización. Y la servентía se extingue cuando todos los colindantes así lo acuerden.

De dichas dudas, puede resultar un indicio latente de contienda judicial y como declaró esta Dirección General en las Resoluciones de 19 de enero de 2022, 30 de noviembre de 2023 o 27 de febrero de 2024, entre otras, en el expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria no hay trámite de prueba, dada la sencillez procedimental del expediente. Por ello, su finalidad no es resolver una controversia, sino que la documentación aportada por quien se opone a la inscripción sólo tiene por objeto justificar su alegación para que el registrador califique si, a su juicio, hay o no controversia. Y, según las Resoluciones de esta Dirección General de 24 de mayo y 12 de diciembre de 2023 y 20 de febrero de 2024, ni el expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, ni la calificación registral ni el recurso contra la calificación registral es el cauce apropiado para resolver un conflicto entre titulares registrales colindantes, cuestión que, a falta de acuerdo, debe resolverse por los tribunales de Justicia.

Resolución de 23-7-2024
*BOE* 9-10-2024
Registro de la Propiedad de Sevilla, número 13.

PROPIEDAD HORIZONTAL: DIVISIÓN DE ELEMENTOS PRIVATIVOS.

Si bien son admisibles cláusulas estatutarias que reserven en favor de una persona la facultad de dividir un elemento privativo sin autorización de la Junta, esas cláusulas han de interpretarse en sus justos términos.

La división o segregación de los pisos o locales y sus anejos, en cuanto modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, requiere consentimiento de los propietarios de los distintos elementos privativos que la integran. La exigencia de ese consentimiento de los propietarios se fundamenta en dos consideraciones. Por una parte, una de tipo material, apreciable en toda situación fáctica de edificio en régimen de propiedad horizontal: el hecho de que tales operaciones puedan suponer alteraciones materiales en las cosas comunes y afectar al uso de servicios generales. Por otra, una consideración de tipo jurídico, vinculada al funcionamiento orgánico de la comunidad: el hecho de que, además, puedan suponer una alteración de las estructuras que sirven de base para fijar las cuotas de participación en la comunidad de propietarios. Ahora bien, el consentimiento que deben prestar a la división o segregación los restantes propietarios es un acto para el que se atribuye competencia a la junta como órgano colectivo de la comunidad. Y aunque, en general, el artículo 17.6 de la Ley sobre propiedad horizontal exige para los acuerdos no regulados expresamente en el mismo precepto, que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo o en los estatutos, «la unanimidad del total de los propietarios que, a su vez, representen el total de cuotas de participación», esta regla de unanimidad quedó flexibilizada después de las modificaciones llevadas a cabo en dicha ley por la disposición final primera de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, de modo que aquella Ley modificada pasó a regular la división, segregación o agregación de los pisos o locales y sus anejos en el artículo 10.3.b), conforme al cual —según dicha redacción literal— requieren petición a la junta, aprobación por las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, el consentimiento de los titulares afectados y la fijación de las nuevas cuotas de participación. La norma del citado artículo 10.3.b) se refiere a la «previa aprobación por la mayoría de propietarios que en cada caso proceda de acuerdo con esta Ley»; y esa mayoría no es sino la establecida en el apartado 4 del artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal —también modificado por el citado Real Decreto-ley 8/2023—.

Sin perjuicio de lo anterior, esta Dirección General (cfr., por todas, las Resoluciones de 19 de junio de 2012, 1 de febrero y 7 de mayo de 2014 y 12 de febrero de 2016) ha admitido la validez de las cláusulas por las que se permite la división, segregación, agrupación o agregación de elementos privativos sin necesidad de consentimiento de la junta de propietarios. Nada impide que puedan ir más allá, facultando incluso a que se altere la estructura general del edificio siempre que no se menoscabe su seguridad, pues si puede la junta autorizarlo no constando en estatutos, también podrá haber quedado plasmada anticipadamente la voluntad de los propietarios en este sentido en el título constitutivo. La validez de este tipo de cláusulas estatutarias es igualmente admitida por el Tribunal Supremo, como ponen de relieve las Sentencias de 15 de noviembre de 2010 y 25 de febrero de 2013.

Según la Resolución de 9 de octubre de 2013: «Es reiteradísima la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de este Centro Directivo admitiendo las reservas realizadas en el título constitutivo de propiedad horizontal, cuando son establecidas por el único propietario del inmueble, antes de verificar su venta por espacios independientes, para instrumentar y delimitar ciertos aspectos fundamentales de

la misma siempre que no alteren o contradigan el régimen de propiedad horizontal». En el presente caso, según las normas estatutarias, es una persona cuyo nombre se especifica quien «se reserva el derecho de dividir en la forma que crea conveniente los locales de negocio de la planta baja, por su sola decisión y sin necesidad del consentimiento de las personas que lleguen a ser propietarios de los pisos viviendas». Para resolver la cuestión planteada en la calificación objeto de este expediente es determinante que tanto de la interpretación literal como de la contextual de la cláusula estatutaria debatida no cabe sino concluir que la reserva de la facultad de dividir o segregar los locales comerciales sin necesidad de consentimiento de quienes lleguen a ser propietarios de las viviendas únicamente puede entenderse referida a la concreta persona nominada, sin que pueda entenderse que se extiende a los futuros propietarios de los locales.

Resolución de 23-7-2024
*BOE* 9-10-2024
Registro de la Propiedad de Valencia, número 8.

TÍTULO FORMAL: EXIGENCIA DEL TÍTULO ADECUADO EN CADA CASO.

No puede suplirse la presentación de una instancia privada de heredero único por un acta de manifestaciones.

En primer lugar, debe afirmarse que entre los principios de nuestra legislación hipotecaria es básico el de tracto sucesivo, en virtud del cual para inscribir un título en el Registro de la Propiedad se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente (artículo 20 de la Ley Hipotecaria). En efecto, las exigencias del principio de tracto sucesivo han de confirmar la calificación, toda vez que la finca se encuentra inscrita a nombre de un tercero distinto del transmitente del dominio según el título que se menciona, siendo por tanto imprescindible la previa inscripción a favor del mismo mediante la presentación del oportuno título del que resulte su previa adquisición.

En cuanto a las formalidades extrínsecas del documento que se ha de presentar a los efectos de esa previa inscripción, como señala registradora, la instancia privada de herencia no ha sido debidamente aportada con la firma de don J. C. S. legitimada notarialmente o ratificada ante registrador. En este punto, el recurrente intenta suplir la ausencia —por pérdida— del título con un acta de manifestaciones donde justifica que existió y causó inscripciones en otros Registros y oficinas públicas. En cuanto a la eficacia del acta de manifestaciones presentada, el artículo 17 de la Ley del Notariado diferencia los contenidos de las escrituras y de las actas notariales. El citado precepto dispone que las escrituras públicas tienen el contenido propio de las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen la prestación de consentimiento y los contratos y negocios jurídicos de todas clases. Por otro lado, dispone que las actas notariales tienen como contenido la constatación de los hechos o la percepción que de los mismos tenga el Notario, siempre que por su índole no puedan calificarse de actos o de contratos, así como sus juicios o calificaciones. En definitiva, a la vista de estas disposiciones, se debe concluir que para que el citado documento privado objeto del expediente sea considerado título

a los efectos de la inscripción, debe ser el auténtico en el que la firma de don J. C. S. fue puesta a presencia del registrador o legitimada notarialmente.

Resolución de 23-7-2024
*BOE* 9-10-2024
Registro de la Propiedad de Granada, número 3.

HIPOTECA: CONTROL DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA MATERIAL.

El control encomendado al notario de que se han cumplido las obligaciones derivadas de la Ley 5/2019 sobre transparencia material ha de extenderse también al fiador.

La Ley 5/2019 impone a los notarios unos amplios deberes de control de la legalidad y la transparencia material del contrato de préstamo, cuyo centro de gravedad se sitúa en el acta de información que se debe firmar al menos un día antes del otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario, pero que incluye también otros aspectos adicionales: el control del transcurso del plazo de diez días desde la entrega de la documentación informativa hasta la firma de la escritura, del cumplimiento en su clausulado de las limitaciones que con carácter imperativo se imponen en los artículos 20 al 25, del depósito de las condiciones generales del contrato en el correspondiente Registro, etc. Tanta importancia tiene la realización de estos controles, y en particular del acta de información previa, que el artículo 15.7 de la Ley 5/2019 ordena que en la escritura pública del préstamo el notario autorizante de ésta inserte una reseña identificativa del acta de transparencia, con expresión de número de protocolo, notario autorizante y su fecha de autorización, así como la afirmación del notario bajo su responsabilidad, de acuerdo con el acta, de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en ese artículo. Si no se acredita que se han cumplido todas esas obligaciones a las que se refiere el artículo 14.1, no podrá autorizarse la escritura pública de préstamo, por prohibirlo expresamente el artículo 15.5.

El registrador debe calificar la existencia de la reseña de dicha acta (con el contenido expresamente establecido en la Ley —número de protocolo, notario autorizante y su fecha de autorización—), así como la afirmación del notario bajo su responsabilidad, de acuerdo con el acta, de que el prestatario, y también el hipotecante no deudor y el fiador personas físicas en caso de existir, han recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en el artículo 15 de la Ley. Ciertamente, el apartado 7 del citado artículo 15 se refiere únicamente al «prestatario», pero frente a la interpretación únicamente literal de esta norma debe prevalecer la interpretación lógica, sistemática y finalista de la misma para incluir en la preceptiva reseña contenida en la escritura calificada en el presente caso la indicación de que también se ha cumplido el principio de transparencia material respecto del fiador.

Este control notarial del cumplimiento del principio de transparencia material no puede ser revisado por el registrador, de modo que éste deberá limitarse en su función calificadora a comprobar que, por lo que se expresa en el título presentado, el notario haya ejercido ese control que la ley le encomienda. No obstante,

en el presente caso, el notario autorizante de la escritura calificada se limita a hacer constar en ella que ha autorizado el acta previa, que la entidad prestamista ha cumplido con todas sus obligaciones relativas a la entrega y explicación de la información precontractual exigida por la Ley, que no existen discrepancias entre la FEIN, el proyecto de contrato y las condiciones fijadas en la escritura, así como que la parte deudora ha dispuesto de toda la documentación establecida en la Ley 5/2019 con la antelación que ésta prevé. Y, además de que nada se afirma respecto del fiador, tales expresiones deben considerarse insuficientes para cumplir la obligación que dicha ley le impone de incluir de forma expresa, como se ha indicado, «la afirmación del notario bajo su responsabilidad, de acuerdo con el acta, de que el prestatario ha recibido en plazo (…) el asesoramiento previsto en este artículo».

Resolución de 23-7-2024
*BOE* 9-10-2024
Registro de la Propiedad de Martos.

HERENCIA: DESHEREDACIÓN.

La eficacia de la desheredación no queda sujeta a la notificación de desheredado.

En cuanto a la alegación sobre el hecho de que la misma escritura ha causado inscripción en otros cuatro registros, debe recordarse que, como ha reiterado este Centro Directivo, el registrador, al ejercer su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción, no está vinculado por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación o de la anterior presentación de otros títulos, y ello por aplicación del principio de independencia en ese ejercicio de su función, dado que debe prevalecer la mayor garantía de acierto en la aplicación del principio de legalidad por razones de seguridad jurídica.

Para inscribir la adjudicación hereditaria en caso de desheredación de algún legitimario es necesario que se cumplan los siguientes requisitos que, entre otros, son propios de toda desheredación: a) que dicha privación de la legítima se funde en una de las causas de establecidas en la ley y sea expresada en el testamento (artículos 848 y 849 del Código Civil). b) que la certeza de la causa expresada no sea negada por los desheredados o, si se ha negado, que haya sido probada por los herederos (arts. 850 y 851). c) que, mientras no se declare judicialmente que no es cierta la causa de desheredación, intervengan los hijos o descendientes de los desheredados (salvo que se trate de un caso en que el testador haya nombrado contador-partidor con facultades para realizar la partición de la herencia de la que resulte que se ha reconocido la legítima a tales herederos forzosos).

La desheredación constituye un acto de voluntad testamentaria de apartar de la sucesión a un legitimario. Pero ha de ser una voluntad no sólo explicitada, sino bien determinada. Esta exigencia de determinación se proyecta en un doble sentido: por una parte, impone la expresión de una causa legal, que, si no ha de ser probada por el testador, al menos ha de ser alegada como fundamento de la privación sucesoria, ya por referencia a la norma que la tipifica ya mediante la imputación

de la conducta tipificada. Y, por otra, también requiere la identificación del sujeto, del legitimario, al que se imputa la conducta legalmente relevante para justificar su apartamiento. También debe poder deducirse del título de la sucesión, o del documento atributivo de la herencia, la aptitud genérica del desheredado para serlo.

En el concreto supuesto de este expediente, la desheredación está fundada en una causa legítima y establecida en la ley; se expresa de forma determinada en el testamento; existe una identificación precisa de la desheredada que era sujeto de imputación al tiempo de hacerse la desheredación. No hay ninguna disposición específica en la Ley, ni pronunciamiento en la jurisprudencia, ni doctrina, por los que se exija la notificación de la desheredación al afectado por ella. Por tanto, gozarán de plena eficacia los actos y atribuciones particionales que se ajusten al testamento, aunque conlleven exclusión de los derechos legitimarios, mientras no tenga lugar la impugnación judicial de la disposición testamentaria que priva de la legítima; y para que la negación de la certeza de la causa de la desheredación prive a ésta de su eficacia debe aquélla realizarse ante los tribunales de Justicia.

Resolución de 23-7-2024
*BOE* 9-10-2024
Registro de la Propiedad de Madrid, número 36.

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO: ÁMBITO.

La liquidación de un bien adquirido por los cónyuges que se divorcian antes de contraer matrimonio ha de realizarse en escritura pública para poder tener acceso al Registro.

Como ha puesto de relieve este Centro Directivo (vid. Resoluciones citadas en el apartado «Vistos» de la presente), es inscribible el convenio regulador sobre liquidación del régimen económico matrimonial que conste en testimonio judicial acreditativo de dicho convenio, siempre que haya sido aprobado por la sentencia que acuerda la nulidad, la separación o el divorcio. Respecto de la sociedad de gananciales, proclamada en nuestro Derecho la posibilidad de transmisión de bienes entre cónyuges por cualquier título (cfr. artículo 1323 del Código Civil), nada se opone a que éstos, con ocasión de la liquidación de la sociedad conyugal preexistente puedan intercambiarse bienes privativos. Pero no siempre esas transmisiones adicionales de bienes privativos del patrimonio de un cónyuge al del otro tendrán como causa exclusiva la propia liquidación del consorcio. Puede haber, en ocasiones, un negocio complejo, en el que la toma de menos por un cónyuge del remanente consorcial se compense con esa adjudicación —a su favor— de bienes privativos del otro cónyuge o, simplemente, negocios adicionales a la liquidación, independientes jurídicamente de ésta, con su propia causa. Fuera de tales supuestos, las transmisiones adicionales de bienes entre cónyuges, ajenas al procedimiento de liquidación (como son, en vía de principios, las que se refieren a bienes adquiridos por los cónyuges en estado de solteros no especialmente afectos a las cargas del matrimonio), constituyen un negocio independiente, que exige acogerse a la regla general de escritura pública para su formalización.

A la luz de las anteriores consideraciones, el recurso no puede prosperar. La adjudicación de un bien inmueble adquirido antes del matrimonio, de carácter privativo, es un negocio ajeno al contenido típico del convenio regulador, por lo que para su inscripción en el Registro de la Propiedad es necesaria la oportuna escritura pública o, en su defecto, la sentencia firme dictada por juez competente en el procedimiento que corresponda. Ciertamente, si se tratara de la vivienda familiar y se hubieran realizado con dinero ganancial pagos del precio de compra aplazado, la titularidad privativa inicial habrá devenido —ex lege— con los desembolsos realizados, en el nacimiento de una comunidad romana por cuotas entre la sociedad de gananciales y los cónyuges titulares, en proporción al valor de las aportaciones respectivas (cfr. artículos 1354 y 1357, párrafo segundo, del Código Civil). Esa situación y la consiguiente extinción de ese condominio, para tener acceso registral, tiene que ser así convenida por las partes (cfr. artículo 91.3 Reglamento Hipotecario). En el caso presente, en la documentación presentada a calificación no resulta que la finca haya tenido el carácter de vivienda familiar ni que se haya adquirido con precio aplazado y que parte del mismo se haya pagado con dinero ganancial.

Resolución de 23-7-2024
*BOE* 9-10-2024
Registro de la Propiedad de Madrid, número 36.

PROPIEDAD HORIZONTAL: MODIFICACIÓN DE LOS ESTATUTOS.

La modificación estatutaria que implica eliminar la facultad de dividir los departamentos privativos requiere el consentimiento individualizado de todos los propietarios.

Respecto del primer defecto apreciado por la registradora, relativo a la acreditación del cargo del presidente de la comunidad de propietarios, cabe recordar que, como ha reiterado este Centro Directivo (vid., por todas, las Resoluciones de 26 de junio de 1987, 23 de junio de 2001, 23 de mayo de 2005, 9 de abril de 2014, 5 de junio de 2015, 15 de febrero de 2018 y 4 de junio de 2024), dicha acreditación puede verificarse por una doble vía: Testimonio notarial del contenido del libro de actas, o bien certificación expedida por el órgano de la comunidad que tenga facultad certificante, con aseveración notarial, con referencia al libro de actas, de que el autor de la certificación se halla en el ejercicio de su cargo, constituyendo por tanto defecto que no se acredite en ninguna de dichas formas que quienes soliciten la inscripción ostenten los cargos que alegan.

Este centro directivo ha resuelto en otras ocasiones (vid. resoluciones citadas en los «Vistos») sobre esta materia, en la que las cuestiones debatidas se han referido a la necesidad de notificar a titulares inscritos que hayan adquirido después del acto colectivo de aprobación del acuerdo y cuya adquisición hubiera accedido al Registro antes de la adopción del acuerdo, sin poner en cuestión la posibilidad de tomar acuerdos por la cuasi unanimidad referida. En consecuencia, no hay duda de la posibilidad de aceptar la cuasi unanimidad para la modificación de estatutos de la comunidad de propietarios, siendo meramente circunstancial el

hecho de que el acuerdo sea adoptado de facto por un solo propietario, puesto que, en el caso del presente recurso, ocurre que la comunidad está integrada únicamente por dos propietarios.

Expuesto lo anterior, debe determinarse si se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, así como por esta Dirección General para la toma del acuerdo cuya calificación es objeto de este recurso. En primer lugar, resulta del expediente que se han respetado íntegramente las formas, garantías y procedimientos establecidos en tal precepto legal: Comunicación del contenido del acuerdo al propietario ausente —en la forma establecida por el artículo 9 de la misma ley—, sin que haya manifestado su discrepancia mediante la correspondiente comunicación en el plazo de treinta días naturales, por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción. En segundo lugar, no concurren ninguna de las dos excepciones que contempla el referido artículo 17.8, pues no se trata de supuestos expresamente previstos en los que no se pueda repercutir el coste de los servicios a los propietarios que no hayan votado a favor del acuerdo en la junta, ni la modificación o reforma se hace para aprovechamiento privativo.

En materia de propiedad horizontal debe distinguirse entre los acuerdos que tienen el carácter de actos colectivos (adoptados con los requisitos previstos en la legislación de propiedad horizontal resultantes de la correspondiente acta —cfr. artículo 19 de la Ley sobre propiedad horizontal—), los cuales no se imputan a cada propietario singularmente, sino a la junta como órgano comunitario, y aquellos otros actos que, por afectar al contenido esencial del derecho de dominio de pisos o elementos privativos, requieren el consentimiento individualizado o «uti singuli» de los propietarios correspondientes, el cual habrá de constar en documento público para su acceso al Registro de la Propiedad (mediante la adecuada interpretación de los artículos 3, 10 y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal; cfr., también, el último inciso del apartado 2 del artículo 18, según la redacción vigente). Es también reiterada la doctrina de este centro directivo (vid. Resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente) según la cual en los supuestos de modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, aunque sea a través de un consentimiento colectivo, la misma no puede afectar a los titulares registrales de departamentos que adquirieron con posterioridad al acuerdo de modificación y accedieron al Registro con anterioridad a la pretensión de inscripción de la modificación del título constitutivo y ello con independencia de la formulación de los consentimientos en acto colectivo o individualizado.

En el caso de este expediente, la nueva redacción estatutaria objeto de debate prohíbe a los titulares de las viviendas y locales que integran el inmueble toda división, segregación y agrupación de los mismos. Así, en la medida en que el cambio pretendido restringe la facultad que tienen los propietarios para dividir, segregar o agrupar sus pisos o locales —legalmente atribuida con las mayorías previstas por el artículo 17 de la ley—, afectando con ello al contenido esencial del derecho de dominio, pues, adicionalmente, priva de tal facultad a los titulares del garaje, local comercial y local de oficina que hasta entonces tenían expresamente reconocida y atribuida la posibilidad de llevar a cabo tales operaciones, incluso sin necesidad de contar con el consentimiento de la junta, con las limitaciones que en dicha cláusula estatutaria se dispone, se hace inexcusable contar con el consentimiento

específico de todos los propietarios afectados, por cuanto significa una restricción al derecho que les corresponde sobre los elementos privativos de su titularidad.

Resolución de 23-7-2024
BOE 9-10-2024
Registro de la Propiedad de Illescas, número 1.

CALIFICACIÓN REGISTRAL: NO SON ADMISIBLES LAS CALIFICACIONES INFORMALES O VERBALES. REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: ART. 98 LEY 24/2001.

La calificación negativa ha de ser global, unitaria y siempre realizada con todas las garantías legales. Si el poder no está inscrito en el Registro Mercantil, habrá de indicarse el título representativo del concedente del poder.

Debe ponerse de relieve que, conforme al artículo 325 de la Ley Hipotecaria, según la redacción resultante de la modificación efectuada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre la subsanación de los defectos indicados por el registrador en la calificación no impedirá a cualquiera de los legitimados, incluido el que subsanó, la interposición del recurso. A la luz de estos preceptos y de la doctrina del Tribunal Supremo, y habida cuenta de que en la comunicación del hecho de haberse inscrito la escritura el registrador hizo referencia a la subsanación de ésta —y no a la interposición del recurso— esta Dirección General considera, con base en el principio «pro actione», que debe tramitarse el presente recurso.

Según reiterada doctrina de este Centro Directivo las normas reguladoras del procedimiento de calificación registral excluyen inequívocamente la posibilidad de una calificación verbal o con formalidades menores que las legalmente establecidas y la pretendida existencia de una fase previa de calificación material no sujeta a tales formalidades.

Hay que recordar que, tratándose de poderes inscritos en el Registro Mercantil, se presume la exactitud y validez de los asientos del Registro (cfr. artículo 20 del Código de Comercio). Resulta por ello prescindible la expresión de quién concedió el poder. Pero, tratándose de poderes no inscritos, como afirma el Tribunal Supremo en la citada Sentencia número 378/2021, de 1 de junio, «no puede invocarse dicha presunción, por lo que la reseña del documento en que funda su representación el apoderado debe comprender también el título representativo del concedente del poder, ya que la validez del poder otorgado a su favor (representación de segundo grado) dependerá, entre otras circunstancias, de la validez del nombramiento del órgano societario o del apoderado que se lo haya conferido (representación de primer grado)». En el presente caso, el notario autorizante de la escritura calificada sí que ha expresado el título representativo del concedente del poder, al especificar que la escritura de poder la otorgó un administrador cuyo cargo está inscrito en el Registro Mercantil. Por ello debe concluirse que esa reseña del documento auténtico del que resulta la representación expresa suficientemente las circunstancias precisas para que el registrador pueda comprobar que el notario ha verificado debidamente la licitud de la actuación representativa.

Resolución de 23-7-2024
*BOE* 9-10-2024
Registro de la Propiedad de Benalmádena, número 1.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No cabe inscribir una base gráfica si consta acreditada la concurrencia de una duda fundada sobre la identidad de la finca.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

Entre los efectos jurídicos de la inscripción de una base gráfica, y sin pretender aquí ser exhaustivos en modo alguno, cabe citar los siguientes: a) en primer lugar, conforme al artículo 17 de la Ley Hipotecaria, que recoge el llamado principio de prioridad registral, una vez inscrita dicha georreferenciación «no podrá inscribirse o anotarse ninguna (…) que se le oponga o sea incompatible». Así lo confirma también de modo más específico aún el artículo 199 ordenando que «el Registrador denegará la inscripción de la identificación gráfica de la finca, si la misma coincidiera en todo o parte con otra base gráfica inscrita». b) en segundo lugar, conforme al artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que recoge el llamado principio de tracto sucesivo «para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales» (y entre ellos, la modificación de la ubicación y delimitación geográfica de su objeto) «(…) deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos». c) en tercer lugar, conforme al llamado principio de legitimación registral, el artículo 9 de la Ley Hipotecaria proclama que «se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica (…) que ha quedado incorporada al folio real». Pero la aplicación de la protección máxima del llamado principio de fe pública registral, enunciado en el citado artículo 34, sobre el mantenimiento en la adquisición del dominio de una determinada finca con una concreta georreferenciación previamente inscrita, se ciñe y limita a los posibles conflictos entre titulares de dominio privado, y en cambio, como regla general, no opera, o lo hace de modo matizado para proteger al titular registral inscrito conforme al artículo 34 frente a las posibles acciones de deslinde, reivindicación y recuperación posesoria del dominio público, dado que éste se rige por el principio constitucional inalienabilidad e imprescriptibilidad proclamado en el artículo 132 de nuestra Carta Magna.

Aunque la nota de calificación no lo ponga de manifiesto, se aprecia claramente un importante error de desplazamiento de la cartografía catastral hacia el oeste, y en

menor medida, hacia el norte. Asimismo, se aprecia claramente que la georreferenciación pretendida, como sí destaca la nota de calificación recurrida, se superpone parcialmente, por su parte sur, a una edificación existente en la finca colindante por el sur. Por todo ello, aunque las dos primeras objeciones de la registradora no son consistentes, ya que no se aprecia ningún problema en los linderos este ni oeste, por lo que en estos extremos el recurso sí ha de ser estimado, en cambio, el defecto relativo a que por el sur se invade una edificación ubicada en la parcela colindante, sí que justifica sobradamente la existencia de dudas fundadas sobre que la georreferenciación pretendida por el promotor se corresponda con la identidad de su propia finca.

Resolución de 23-7-2024
*BOE* 9-10-2024
Registro de la Propiedad de Almuñécar.

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: TÍTULO FORMAL.

No cabe practicar asiento de presentación de un título que es una mera fotocopia.

La prioridad es uno de los principios fundamentales sobre los que se sustenta nuestro sistema hipotecario. En el supuesto de este expediente los plazos de calificación y notificación se han excedido de forma injustificada. Además, debe recordarse que la negativa a la presentación de un documento es una nota de calificación y como tal debe estar redactada con la claridad y motivación suficiente y especificar los recursos que caben contra la misma. Esto último se ha omitido en la nota de calificación.

Entrando en el fondo del recurso, respecto a la representación del presentante como ha reiterado esta Dirección General, el artículo 39 del Reglamento Hipotecario considera representante de los interesados a quien presente los documentos correspondientes en el Registro con objeto de solicitar la inscripción. Y a ese presentante se le notifica la calificación negativa del registrador (artículo 322 de la Ley Hipotecaria). Si bien según la doctrina de este Centro Directivo, el ámbito de la representación a que se refiere citado precepto reglamentario está circunscrito a una mera actuación material —la presentación del documento en el Registro— si bien no incluye la interposición del recurso contra la calificación registral que atribuya al título algún defecto.

El hecho de que la instancia que acompaña a los documentos conste firmada electrónicamente y como tal haya sido reconocida en la sede registral, no implica que los documentos que se unen a aquella y cuya presentación se pretenden queden excluidos de cumplir los requisitos que, para el caso de presentación telemática, deben reunir. Y estos documentos deben contar bien con un código seguro de verificación que permita su comprobación en la respectiva Sede Electrónica, bien en el caso de documentos privados en los supuestos en que sean admisibles, con firma electrónica avanzada que permite que una persona firme un documento online con plena validez legal, quedando constancia del registro de la hora, fecha y medios utilizados para la firma, sistema regulado por el Reglamento eIDAS, Reglamento (UE) n.º 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, que determina el marco legal para la firma electrónica dentro de la Unión Europea.

Pero, en el caso de este expediente tales circunstancias ni se dan, ni pueden ser objeto de subsanación, pues los documentos que se han unido según consta en la nota de calificación, lo que no rebate el recurrente, son fotocopias de documentos firmados manualmente, con lo cual solo cabe la presentación de los documentos originales de forma presencial, sea acudiendo a la oficina del Registro sea remitiéndolos por correo postal.

Resolución de 23-7-2024
*BOE* 9-10-2024
Registro de la Propiedad de La Bañeza.

CONCENTRACIÓN PARCELARIA: COORDINACIÓN DE LOS HISTORIALES REGISTRALES.

Se aclara cómo proceder para coordinar el historial registral de la finca de origen y de reemplazo.

Como señaló el Tribunal Supremo en su Sentencia 29 de septiembre de 1986, la naturaleza jurídica de la concentración parcelaria «es la de una subrogación real o conversión legal caracterizada por la inmutabilidad del elemento subjetivo. En consecuencia, la parcela de reemplazo es el objeto en que reaparecen los derechos de dominio y demás derechos reales y situaciones jurídicas que tuvieron por base las parcelas sujetas concentración», por lo que, por ejemplo, como era el caso analizado en dicha sentencia, el legado de fincas concentradas recae sobre las de reemplazo.

La aplicación de la normativa reguladora tiene como resultado, la existencia de supuestos de doble inmatriculación entre fincas de origen sujetas a concentración y fincas de reemplazo resultantes de la concentración, ya que no se deja constancia registral en el folio de las fincas de origen del hecho de que estén afectadas por un procedimiento de concentración parcelaria, ni posteriormente al tiempo de la inscripción de las actas de reorganización se cancela el folio real de dichas fincas de origen, y tampoco se refleja cuál o cuáles sean las concretas fincas de reemplazo adjudicadas por subrogación real en equivalencia o correspondencia con las fincas de origen aportadas al procedimiento.

En las fincas de origen no constaba asiento alguno relativo a estar incluidas en el procedimiento de concentración. Dichas fincas estaban gravadas con una hipoteca que fue objeto de ejecución, y como resultado del procedimiento judicial, fueron adjudicadas a la sociedad vendedora en la escritura objeto de calificación, produciéndose la inscripción del decreto de adjudicación y la consecuente cancelación de cargas en los folios registrales de dichas fincas de origen. Tampoco estos hechos se tuvieron en cuenta en el procedimiento de concentración parcelaria, de forma que las fincas se inscribieron a favor de los iniciales titulares, libres de la carga hipotecaria. No se trata pues de un supuesto de incumplimiento del tracto sucesivo, puesto que este se ha seguido estrictamente en las fincas de origen, sino de falta de adecuación de las actas notariales de formalización de la concentración parcelaria por las que se inscriben las fincas de reemplazo, a la situación registral de las fincas de origen.

Conforme a la legislación antes transcrita los titulares y causahabientes de las situaciones registrales expresadas en los antiguos asientos podrán pedir su traslación sobre las fincas de reemplazo. En defecto de acuerdo entre las partes, formulado ante la Dirección General competente, la traslación se instará del juez competente. Acreditada la correspondencia entre las fincas por los certificados de concentración parcelaria, insertos en la escritura calificada y la doble inmatriculación que se ha producido por la falta de constancia en el expediente de concentración de los cambios de titularidad operados en las fincas de origen, lo que procede, dadas las circunstancias que concurren en este caso, es resolver dicha situación sobrevenida, para lo cual lo procedente será cancelar o rectificar el historial registral de la finca o fincas de origen, y mantener vigente, con las modificaciones precisas, el de la finca o fincas de reemplazo.

Resolución de 24-7-2024
*BOE* 9-10-2024
Registro de San Sebastián de La Gomera.

PROPIEDAD HORIZONTAL: ALQUILER TURÍSTICO.

Se aclara la interpretación de una cláusula de prohibición de concertación de arrendamientos turísticos de corta estancia a la luz de la legislación canaria.

La necesidad de unanimidad para los acuerdos que impliquen modificación del título constitutivo se ha mantenido aun cuando las sucesivas reformas de la Ley sobre propiedad horizontal, entre las últimas por Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, que precisamente dio nueva redacción al artículo 17, han ido encaminadas a facilitar que los acuerdos alcanzados, especialmente para incorporar actuaciones previstas en la citada ley. No obstante, uno de los supuestos en que la misma ley exceptúa la unanimidad es el contemplado en el apartado 12 del citado artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, introducido en dicha Ley por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, que reduce la mayoría necesaria al voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación para adoptar el acuerdo, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, por el que se limite o condicione el ejercicio de lo que se conoce como alquiler o explotación turística de las viviendas.

Lo que ocurre es que, en el presente caso, no se establece una prohibición de mero alquiler vacacional, sino «la concertación de arrendamientos turísticos de corta estancia», disposición estatutaria que debe interpretarse en el sentido más adecuado para que produzca efectos (cfr. artículo 1284 del Código Civil), conforme a la normativa sectorial turística a que se refiere el apartado 12 del citado artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, que en este caso está constituida por el Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias. Por ello, la calificación objeto de este recurso no puede ser confirmada.

Resolución de 24-7-2024
*BOE* 9-10-2024
Registro de la Propiedad de Jávea, número 1.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No hay impedimento para inscribir una base gráfica si la única objeción es que la afección de la finca para ser destinada a vial de carácter público.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En el presente caso las dudas del registrador manifestadas en la nota de calificación se basan en una supuesta invasión de dominio público, resultando que la Administración Pública no formula oposición alguna a la inscripción pretendida, limitándose a hacer constar la afectación de la finca para ser destinada a vial de carácter público. La jurisprudencia viene manteniendo que la existencia de normas urbanísticas o acuerdos municipales sobre ejecución del planeamiento que afecten a terrenos de propiedad privada no implica que estos pasen al dominio público por tal razón, hasta tanto no exista el acto formal de cesión de tales terrenos.

Por todo ello, no puede mantenerse la calificación del registrador, por no resultar que se haya materializado el acto formal de cesión a la Administración Pública —futura titular del bien demanial—, la cual, indirectamente en el informe emitido reconoce no ser la actual titular de la porción de terreno destinada a viario, siendo además conveniente y necesario para la determinación de la parte de finca que haya de ser objeto de cesión, por resultar así del número 4 del artículo 30 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística.

Resolución de 24-7-2024
*BOE* 9-10-2024
Registro de la Propiedad de León, número 3.

USO VIVIENDA FAMILIAR: TEMPORALIDAD.

Se reitera la doctrina que exige la fijación de una duración temporal al derecho de uso en procesos de divorcio si los hijos son mayores de edad.

Según la reiterada doctrina de este Centro Directivo, al abordar la naturaleza jurídica del derecho de uso sobre la vivienda familiar regulado en el artículo 96 del Código Civil, lo procedente es considerarlo como un derecho de carácter familiar y,

por tanto, ajeno a la distinción entre derechos reales y de crédito. Tal carácter impone consecuencias especiales, como la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por éste. Además, el derecho de uso sobre la vivienda familiar integra, por un lado, un derecho ocupacional, y, por otro, una limitación de disponer que implica que el titular dominical de la vivienda no podrá disponer de ella sin el consentimiento del titular del derecho de uso o, en su caso, autorización judicial. N impide que, si así se acuerda en el convenio y el juez, en atención al interés más necesitado de protección, aprueba la medida acordada por los cónyuges, se atribuya, en consecuencia, el uso del domicilio familiar a los hijos menores. En tal caso sí es necesaria la aportación de los datos identificativos de los hijos.

Tratándose de derechos de vida limitada, como es el derecho de uso, una de las circunstancias que debe concretarse por los interesados es su duración o término, ya sea esta fija o variable. Esta exigencia debe imponerse a todo tipo de documento que se presente en el Registro, ya tenga origen notarial, judicial o administrativo, siendo por ello objeto de calificación por parte del registrador, según lo establecido en los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 100 de su Reglamento, al tratarse de un título judicial. En consecuencia, puede apreciarse de la doctrina jurisprudencial, en el marco del Derecho común, un diferente tratamiento del derecho de uso sobre la vivienda familiar cuando existen hijos menores, que no permite explícitas limitaciones temporales —si bien, resultarán de modo indirecto— que cuando no existen hijos o éstos son mayores, pues en este último caso, a falta de otro interés superior que atender, se tutela el derecho del propietario, imponiendo la regla de necesaria temporalidad del derecho. El carácter esencialmente temporal de este derecho implica que el mismo no pueda ser atribuido con carácter indefinido a dicha persona, habida cuenta además de la mayoría de edad del hijo mencionado.

También debe confirmarse la calificación respecto la exigencia de identificación y descripción de la finca cuyo uso es objeto de atribución, pues en el título presentado a inscripción, como reconoce la misma recurrente, faltan los datos descriptivos de la vivienda que detalla en el documento que se aporta junto con el escrito de impugnación; documento que no puede ser tenidos en cuenta en la resolución de este recurso.

Resolución 24-7-2024
*BOE* 9-10-2024
Registro de la Propiedad de Torrent, número 3.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

Caducada una anotación de embargo que sustenta un procedimiento de ejecución, no cabrá ya cancelar las cargas posteriores.

El sistema de cancelación de cargas como consecuencia de un procedimiento de ejecución está basado en el principio de prioridad que permite determinar qué cargas son posteriores a la anotación de embargo o a la hipoteca que en su caso se esté ejecutando. Consecuentemente, esta cuestión es susceptible de calificación por parte del registrador y respeta plenamente los límites que estos efectos señala el artículo 99 del Reglamento Hipotecario.

Las anotaciones preventivas tienen una vigencia determinada y su caducidad opera «ipso iure» una vez agotado el plazo de cuatro años, hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, entre ellos la posición de prioridad que las mismas conceden a su titular, y que permite la inscripción de un bien con cancelación de cargas posteriores a favor del adjudicatario, que ha adquirido en el procedimiento del que deriva la anotación, de modo que los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba aquel asiento y no podrán ser cancelados en virtud del mandamiento prevenido en el artículo 175.2.ª del Reglamento Hipotecario, si al tiempo de presentarse aquél en el Registro, se había operado ya la caducidad. Y ello porque como consecuencia de ésta, han avanzado de rango y pasado a ser registralmente preferentes.

Respecto de las alegaciones realizadas en el escrito de recurso en relación con la postura que el Tribunal Supremo en los últimos años sobre esta materia, conviene recordar que el Tribunal Supremo —acogiendo alguna de las preocupaciones manifestadas en la doctrina de este Centro Directivo— en su Sentencia número 237/2021, de 4 de mayo, ha matizado su doctrina contenida en la Sentencia número 427/2017, de 7 de julio, en cuanto que la emisión de la certificación de cargas y la extensión de la nota marginal más que «causar estado» definitivo, constituyen una prórroga temporal, de cuatro años, a la anotación preventiva de embargo, de forma que durante este periodo podrá hacerse valer el efecto de cancelación de cargas posteriores del eventual decreto de adjudicación dictado en esa ejecución.

En el presente caso, cuando se presentan en el Registro la certificación del acta de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas librados en el procedimiento administrativo de apremio ya hacía más de dos años que se había cancelado por caducidad la anotación de embargo que se practicó en dicho procedimiento.

Resolución de 24-7-2024
*BOE* 9-10-2024
Registro de la Propiedad de Villacarrillo.

USUFRUCTO: RELACIÓN CON LA TITULARIDAD GANANCIAL.

Se reitera la doctrina acerca de las diferentes hipótesis de un usufructo ganancial.

De una parte, el carácter vitalicio, unido al de personalísimo que tradicionalmente se atribuye al derecho de usufructo, y de otra, la naturaleza sui géneris de la sociedad de gananciales, como comunidad de tipo germánico y que no aparece dotada de una personalidad jurídica independiente de la de los dos esposos, origina que, al ponerse en relación ambas instituciones, se planteen complejos problemas jurídicos de no fácil solución, y en cuyo estudio y tratamiento no se muestra concorde la doctrina, así como tampoco es unánime la jurisprudencia.

En nuestro Derecho puede conectarse el carácter vitalicio del usufructo con la sociedad de gananciales, a pesar de las dificultades conceptuales y prácticas que supone, ya que si en tal caso (como también fuera de la sociedad de gananciales)

un usufructuario enajena su derecho de usufructo, en todo o en parte (artículo 480 del Código Civil), no queda alterado el contenido del derecho, y en este sentido deben diferenciarse las siguientes situaciones: a) si fallece el cónyuge que adquirió el usufructo, y a cuya vida está unida la existencia de este derecho, quedará extinguido el mismo de acuerdo con el número 1 del artículo 513 del Código Civil y consolidarán los nudos propietarios el pleno dominio, siendo nulo su valor a efectos de la liquidación de la sociedad conyugal; b) si el que fallece es el cónyuge del que adquirió el usufructo, este derecho real sigue subsistiendo hasta tanto no fallezca el otro esposo, circunstancia que determinará su extinción. En tal hipótesis es necesario que a la muerte del otro esposo se requiera, para disponer del derecho de usufructo, o bien que en la liquidación de la sociedad conyugal se adjudique previamente en la forma que estimen conveniente todos los interesados (cfr. Resoluciones de 31 de enero de 1979 y 30 de junio de 2012), o que al menos consientan los herederos del adquirente en la transmisión operada. c) si el usufructo es adquirido conjuntamente por ambos cónyuges en régimen de gananciales, sin ninguna prevención adicional relativa al régimen jurídico del derecho adquirido, fallecido uno de ellos debe estimarse que subsiste el usufructo hasta el fallecimiento del otro cónyuge, pero ingresa en la masa ganancial disuelta y pendiente de liquidación (cfr. Resoluciones de 31 de enero de 1979 y 25 de febrero de 1993); d) y, por último, si el usufructo es adquirido conjuntamente por ambos cónyuges en régimen de gananciales y se agrega, además, que es «sucesivo», como indicó la Resolución de 21 de enero de 1991 «debe esta cláusula ser entendida en el sentido más adecuado para que produzca efecto y no sea una cláusula simplemente inútil o redundante. Si es conjunto, es ya efecto natural —mientras del título constitutivo no resulte otra cosa— el que, muerto uno de los cousufructuarios el usufructo persista entero hasta la muerte del último (cfr. artículo 521 del Código Civil y Resolución 1 diciembre 1960). Si ahora se agrega que es sucesivo es porque se quiere algo (…) significa que a pesar de estar constituido por los donantes sobre bienes gananciales, el usufructo pasará —en su día— al cónyuge supérstite y quedará excluido de la liquidación de gananciales».

En el presente caso debe entenderse que, por fallecimiento de ambos cónyuges —y, por ende, fallecido el cónyuge cuya vida sirve como término de duración al usufructo—, este derecho real de goce y disfrute, aunque fuera ganancial, se ha extinguido.

Resolución de 24-7-2024
*BOE* 9-10-2024
Registro de la Cangas.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: NO CABE VOLVEER A ANOTAR POR LAS MISMAS CANTIDADES.

No es posible practicar una nueva anotación de embargo por las mismas cantidades y por el mismo procedimiento de otra anotación anterior.

Debe recordarse que uno de los principios estructurales de nuestro Derecho Registral, es el de especialidad o determinación, que exige como requisito para

que los títulos puedan acceder al Registro y ser por tanto objeto de inscripción, la fijación y extensión del derecho objeto de solicitud, quedando de tal modo delimitados todos sus contornos que cualquiera que adquiera confiando en los pronunciamientos tabulares conozca la extensión, alcance y contenido del derecho inscrito. La eficacia que la anotación de embargo ha de tener en determinados supuestos (cfr. artículos 613, apartados 2 y 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil) exige que se concrete la cantidad por la que se traba el embargo (cfr. Resoluciones 22 septiembre de 2008 y 21 de abril de 2010).

Una vez practicada la anotación de embargo, no es posible volver a practicar una nueva anotación respecto del mismo procedimiento y por las mismas cantidades que ya constan en esa primera anotación. Además de no tener sentido alguno volver a hacer constar la afección de esa finca al procedimiento de ejecución por esas mismas cantidades, supondría provocar una notable pérdida de claridad en el historial registral de la referida finca con el consiguiente perjuicio que derivaría para la publicidad registral y los terceros.

Resolución de 24-7-2024
*BOE* 9-10-2024
Registro de la Propiedad de Pinto, número 2.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Si de las alegaciones de los colindantes no resultan elementos que jusitifican dudas sobre la identidad de la finca, no procede denegar la inscripción de la base gráfica.

Como ha declarado reiteradamente esta Dirección General, en multitud de Resoluciones, como la de 29 de noviembre de 2023, el objeto del recurso es determinar, exclusivamente, si la calificación registral negativa recurrida es o no ajustada a Derecho. En el presente caso, tratándose de una calificación negativa, que se basa en la alegación de un colindante que es una Administración Pública, cuando la suspensión se basa en la oposición de uno de los colindantes notificados, como dice el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, el registrador «decidirá motivadamente según su prudente criterio, sin que la mera oposición de quien no haya acreditado ser titular registral de la finca o de cualquiera de las registrales colindantes determine necesariamente la denegación de la inscripción».

Ciertamente, el principio de prioridad registral exige el despacho de los documentos por riguroso orden de presentación. Pero, dicha regla general puede ser objeto de matizaciones, como ha reconocido esta Dirección General en Resoluciones como las de 18 de diciembre de 2020 y 14 de enero de 2021. Por ello, la registradora comienza la tramitación del expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria el día 25 de enero de 2024, pero no emite nota de calificación aplazando el despacho de la escritura de compraventa hasta culminar la tramitación del expediente del artículo 199. L o procedente hubiera sido el despacho conjunto de la tramitación del expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria y de la escritura de compraventa, para denegar posteriormente la tramitación del expediente

del artículo 199 solicitado en número de protocolo 3.123, por tramitación previa del expediente.

Tratándose de un expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, no estando ante uno de los supuestos de denegación automática de su tramitación, como son la posible invasión de dominio público o de una georreferenciación registral de finca colindante, protegida por los principios hipotecarios, basándose la suspensión en la oposición de uno de los colindantes notificados, conforme al citado precepto, el registrador «decidirá motivadamente según su prudente criterio, sin que la mera oposición de quien no haya acreditado ser titular registral de la finca o de cualquiera de las registrales colindantes determine necesariamente la denegación de la inscripción». En el presente caso, la registradora funda su nota de calificación en la falta de inscripción previa del expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, conforme al artículo 20 de la misma ley.

El juicio registral de identidad no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que debe motivarse y fundarse en criterios objetivos y razonados. Del escrito de alegaciones del colindante se desprende que no hay oposición expresa a la inscripción de la georreferenciación, sino que se solicita que se haga constar la existencia del pasillo de acceso, por lo que no puede deducirse de ello un indicio de controversia latente sobre la delimitación de la finca. En el presente caso, no existe constancia de la constitución de este gravamen. La única alusión se contiene en la descripción literal de la finca 1.051 de Pinto, cuando dice que la misma tiene su acceso desde la calle por un pasillo de uso común que llega al patio que a esta casa pertenece, identificando el lindero frente como pasillo y patio de la casa de don F. S. A. Por tanto, el pasillo se identifica como linde de la finca, siendo de uso común.

Con base en la anterior consideración, el contenido de la alegación del colindante carece de la consistencia jurídica suficiente para convertir en contencioso el expediente, puesto que no ha probado la titularidad de esa franja de terreno, no se ha opuesto expresamente a la inscripción de la georreferenciación y no ha acreditado la constitución y existencia de la servidumbre, puesto que como dispone el artículo 13 de la Ley Hipotecaria «los derechos reales limitativos, los de garantía y, en general, cualquier carga o limitación del dominio o de los derechos reales, para que surtan efectos contra terceros, deberán constar en la inscripción de la finca o derecho sobre que recaigan». Y como declara el artículo 29 de la Ley Hipotecaria dispone: «la fe pública del Registro no se extenderá a la mención de derechos susceptibles de inscripción separada y especial». Aplicando esta doctrina al presente caso, la alusión al pasillo, que se identifica como de uso, que no de titularidad, común es una simple mención de un derecho real susceptible de inscripción separada y especial no puede acceder al registro, si no se inscribe la servidumbre en el predio sirviente, consintiéndolo su titular, o mediante declaración judicial de prescripción. Por ello, siendo el límite del ámbito de aplicación del expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria es que no se altere la realidad física amparada por el folio registral, como señalaron las Resoluciones de esta Dirección General de 17 de octubre 2014 y 21 de marzo de 2016, o la de 2 de diciembre de 2020, en el presente caso, de admitirse la inscripción de la georreferenciación y la rectificación de cabida de la finca, no se altera la realidad física de la finca 8.499.

Resolución 24-7-2024
*BOE* 9-10-2024
Registro de la Propiedad de Baena.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Si de las alegaciones de los colindantes resultan elementos que jusitifican dudas sobre la identidad de la finca, procede denegar la inscripción de la base gráfica.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

Tramitado en el Catastro, con resultado positivo, un procedimiento de subsanación de discrepancias ex artículo 18 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, el resultado del mismo no puede trasladarse sin más al Registro de la Propiedad, sino que, dada la diferente naturaleza de ambas instituciones, Catastro y Registro de la Propiedad, el reflejo en éste de las alteraciones operadas en la descripción de la finca sólo podrá lograrse por alguno de los medios previstos en la legislación hipotecaria.

No es correcta, pues, la afirmación en que se fundamenta la calificación recurrida, que es precisamente la que combate el recurrente, conforme a la cual «el hecho de que [el opositor] no tenga título público de adquisición y que no tenga inscrito su título en el Registro de la Propiedad no lo hace titular de peor condición». Es sabido que conforme a nuestra legislación registral, la titularidad registral sí que es de mucho «mejor condición» que una supuesta titularidad extrarregistral, pues aquélla cuenta a su favor con todos los efectos jurídicos inherentes a la misma, como resulta, entre otros, de los artículos 1, 17, 20, 34, 35 y 38 de la Ley Hipotecaria, y ésta en cambio, no sólo carece de tales efectos jurídicos, sino que es inoponible a terceros (cfr. artículo 32 de la Ley Hipotecaria), y el supuesto documento en que se funde tal titularidad extrarregistral habría de ser inadmitido ante cualquier oficina de la administración pública, ya sea ordinaria o de Justicia (cfr. artículo 319 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 26-7-2024
*BOE* 10-10-2024
Registro de la Propiedad de Algete.

PARCELACIÓN URBANÍSTICA: SUPUESTOS ASIMILADOS.

Aunque la participación indivisa transmitida ya estaba inscrita, debe tenerse en cuenta que existe una nota marginal de advertencia de peligro de formación de un núcleo urbano.

Esta Dirección General —cfr. Resoluciones de 14 de julio de 2009, 12 de julio de 2010, 2 de marzo y 24 de mayo de 2012 y 2 de enero y 15 de abril de 2013— acorde con los pronunciamientos jurisprudenciales, ha ido desarrollando una doctrina, asumiendo tal concepto de parcelación urbanística, siguiendo el proceso que han seguido las actuaciones para soslayar su prohibición y precisamente para protegerse de ellas, trascendiendo la estricta división material de fincas, la tradicional segregación, división o parcelación, para alcanzar la división ideal del derecho y del aprovechamiento, y en general todos aquellos supuestos en que manteniéndose formalmente la unidad del inmueble, se produce una división en la titularidad o goce, ya sea en régimen de indivisión, de propiedad horizontal, de vinculación a participaciones en sociedades, o de cualquier otro modo en que se pretenda alcanzar los mismos objetivos. También ha señalado que la ausencia de asignación formal y expresa de uso individualizado de una parte del inmueble no es por sí sola suficiente para excluir la formación de nuevos asentamientos y, por tanto, la calificación de parcelación urbanística.

Dado que se trata de una sucesión de actos de carácter tanto jurídico como material, la calificación del registrador se encuentra limitada por lo que ante la concurrencia de indicios de parcelación debe dar traslado al órgano competente en disciplina urbanística quien dictará la resolución que corresponda a la vista de las pruebas practicadas y con las garantías procedimentales oportunas. Es decir, una vez que el registrador dispone del oportuno pronunciamiento administrativo sobre el negocio documentado, puede valorar la concurrencia de un eventual supuesto tipificado como parcelación urbanística prohibido por la norma (apartado tercero del artículo 79 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio).

En el presente supuesto, se pretende la inscripción de una compraventa de una participación indivisa ya inscrita sobre finca rústica. Tratándose de una transmisión de una cuota indivisa de una finca ya inscrita en el Registro, amparada por tanto por la legitimación registral, no debería justificar, como regla general, la exigencia de intervención administrativa alguna, a menos que vaya acompañada de un indicio cualificado, como hemos expuesto. No obstante, en el presente caso sí puede afirmarse que el registrador cuenta con un elemento objetivo que le permite calificar la posible existencia de una parcelación realizada de forma indirecta al margen del planeamiento como es la nota marginal practicada que deja constancia de que en virtud de resolución de Alcaldía se ha declarado que existe peligro de formación de núcleo de población o de posible parcelación ilegal en el polígono 5 parcela 83 de Fuente el Saz de Jarama, extendiéndose la nota conforme al artículo 79.3 del citado Real Decreto, con el valor y efectos del artículo 73 del Real Decreto 1093/1997.

Resolución de 26-7-2024
*BOE* 10-10-2024
Registro de la Propiedad de Inca, número 2.

OBRA NUEVA: LIBRO DEL EDIFICIO.

Constituye contenido mínimo obligatorio del libro del edificio el acta de recepción de la obra.

La exigencia sustantiva, impuesta al promotor por el artículo 6 de elaborar el libro del edificio y entregarlo a los usuarios finales del edificio, resulta de aplicación plena en todo el territorio nacional, como exigencia de naturaleza civil y mercantil, aunque «sin perjuicio de los derechos civiles, forales o especiales existentes en determinadas Comunidades Autónomas». Desde el punto de vista estrictamente registral, la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, introdujo en el nuevo artículo 202 de la Ley Hipotecaria, relativo a la inscripción de edificaciones, la exigencia de que «salvo que por la antigüedad de la edificación no le fuera exigible, deberá aportarse para su archivo registral el libro del edificio, dejando constancia de ello en el folio real de la finca».

El libro del edificio se configura como un conjunto de documentos gráficos y escritos, que proporcionan a los propietarios y usuarios la información necesaria no sólo para la contratación de los servicios y suministros necesarios para el funcionamiento del edificio, sino también para llevar a cabo, entre otras, actuaciones relativas a su mantenimiento y conservación, a la correcta ejecución de eventuales obras de reforma, reparación o rehabilitación o al resarcimiento de daños materiales causados por vicios o defectos de construcción, documentación que, por su propia naturaleza y finalidad, debe ser actualizada y ser accesible a los sucesivos interesados, propietarios y sucesivos adquirentes, a los que debe añadirse a las Administraciones Públicas.

En el caso particular del Libro del Edificio, elevado a requisito exigible a efectos de inscripción de la declaración de obra nueva, pero que deberá matizarse con la normativa propia de cada Autonomía, en su caso, en ejercicio de sus competencias en materia de vivienda. En este sentido, el depósito del Libro del Edificio será exigible, salvo que la normativa autonómica exima de su formalización y depósito.

En el caso del presente expediente el único motivo de discrepancia reside en la cuestión de si el Libro del Edifico presentado para su archivo registral debe contener necesariamente el acta de recepción de la obra firmada por el promotor y el constructor. Ciertamente, como expone la registradora, el acta de recepción es uno de los documentos que debe contener el libro del edificio conforme al artículo 7 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre. La misma documenta el acto de recepción de la obra considerado como aquel por el cual el constructor, una vez concluida ésta, hace su entrega al promotor y es aceptada por éste —cfr. artículo 6—. En la actualidad, la Ley de Ordenación de la Edificación solo contempla un supuesto de aceptación tácita si transcurridos treinta días desde la notificación efectuada por escrito al promotor de la terminación de la obra acreditada en el certificado final de obra, el mismo promotor no hubiera puesto de manifiesto reservas o rechazo motivado por escrito —cfr. artículo 6.4—. No obstante, en la actualidad existe jurisprudencia favorable a la admisión de otros supuestos de aceptación tácita para liberar de responsabilidad al ejecutor, cuando esta resulta de hechos que impliquen necesariamente la voluntad de aceptar, pudiéndose deducir de un comportamiento concluyente. A estos efectos, se debe diferenciar el concepto de entrega de las obras de la recepción de las mismas, recepción que implica una manifestación de voluntad expresa o tácita de la conformidad de la obra ejecutada.

El Libro del Edificio cumple un papel esencial en el cumplimiento de los deberes de conservación de la edificación —cfr. en Baleares, el Decreto 35/2001, de 9

de marzo, por el que se establecen medidas reguladoras del uso y mantenimiento de los edificios—, lo que no solo tiene relevancia en la eventual exclusión de la responsabilidad de los agentes de la edificación o en sus consecuencias económicas, sino que presenta una importante consecuencia jurídica derivada de la subrogación ex lege que afecta a todo tercer adquirente de la edificación —cfr. artículo 27.1 de la Ley de Suelo—, incluso pudiendo verse expuesto a la sustitución forzosa derivada del incumplimiento del deber —cfr. artículo 49.2 de la Ley de Suelo—.

No puede desconocerse que la Ley de Ordenación de la Edificación considera la documentación relativa a la recepción de la obra como contenido mínimo obligatorio, especialmente el acta de recepción expresa en caso de existir, por lo que teniendo en cuenta que es al promotor a quien incumbe la formación del Libro del Edificio y dada la sustantividad y autonomía que se ha preconizado respecto a este instrumento, reforzada por recientes disposiciones europeas, debe sostenerse la necesidad de que el contenido documental del libro del edificio que se presente para su archivo registral integre el acta de recepción suscrita por ambas partes en caso de existir o, en caso contrario, la declaración del promotor por la que considere recepcionada la obra y deje constancia de que no ha sido posible suscribir la citada acta de recepción con el constructor, declaración que podrá resultar del propio instrumento notarial que documente el fin de obra y que se incorpore al citado libro. Todo ello sin perjuicio de en qué momento deba considerarse recepcionada tácitamente la obra y de las acciones que asistan a las partes, lo cual excede del ámbito del procedimiento registral.

Resolución de 26-7-2024
*BOE* 10-10-2024
Registro de la Propiedad de Granada, número 7.

CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES: ÁMBITO.

El registrador no puede revisar el criterio del juez sobre la correcta citación de los demandados. Es posible practicar una inscripción a favor de una herencia yacente.

La función calificadora no le permite al registrador revisar el fondo de la resolución judicial esto es, no puede juzgar sobre su procedencia. Pero sí comprobar que la resolución judicial deje constancia del cumplimiento de los requisitos legales que preservan los derechos de los titulares de los derechos inscritos en el registro cuya cancelación se ordena por el tribunal (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, Pleno, de 21 de noviembre 2017). También debe el registrador examinar si en el procedimiento han sido citados aquellos a quienes el Registro concede algún derecho que podría ser afectado por la sentencia, con el objeto de evitar su indefensión, proscrita por el artículo 24 de la Constitución Española y su corolario registral del artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

Ha de recordarse que el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en su Sentencia número 590/2021, de 9 de octubre, dictada como culminación de un juicio verbal tramitado para impugnar una nota de calificación registral, analiza el emplazamiento a la herencia yacente. A la vista de la señalada Sentencia este Cen-

tro Directivo debe modificar la doctrina para estos casos, y concluir que cuando se demanda a una herencia yacente caben dos posibilidades: a) que se conozca o se tengan indicios de la existencia de concretas personas llamadas a la herencia. En este caso, habrá de dirigirse la demanda contra estos herederos, previa averiguación de su identidad y domicilio. b) que no se tenga indicio alguno de la existencia de herederos interesados en la herencia yacente (casos de personas que han fallecido sin testamento y sin parientes conocidos con derecho a la sucesión intestada). En estos supuestos, además de emplazar a los ignorados herederos por edictos, se debe comunicar al Estado o a la Comunidad Autónoma llamada por la normativa civil aplicable a la sucesión intestada a falta de otros, la pendencia del proceso, conforme al citado artículo 150.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por tanto, habiendo sido valorado por el Juzgado sentenciador la procedencia de la citación del Estado como eventual interesado en la herencia yacente demandada, y considerado el juez que su citación era improcedente, no puede la registradora revisar dicha decisión judicial, porque vulneraría los límites que a la calificación registral de los documentos judiciales establece el artículo 100 del Reglamento Hipotecario. En consecuencia, procede revocar el primer defecto consignado en la nota de calificación.

El segundo y tercer defecto consiste en que no constan las circunstancias personales de la demandante, ni la participación indivisa que adquieren doña C. R. P. y la herencia yacente de su esposo, o si unos adquieren en nuda propiedad y otros en usufructo, todo ello en base al principio de especialidad. La necesidad de que consten las circunstancias personales de la demandante, deriva de la propia redacción del artículo 9 de la Ley Hipotecaria al señalar entre los datos que deben constar en el asiento que se practique en virtud del título presentado el de la persona natural a cuyo favor se haga la inscripción. El artículo 51.9.ª a) del Reglamento Hipotecario, en desarrollo del citado precepto legal, señala las circunstancias que deben reflejarse en la inscripción.

En el presente caso concurre, sin embargo, una importante especialidad. La demanda la presenta doña C. P. R., en su propio nombre y derecho y en representación de la herencia yacente de su difunto esposo. Debe tenerse en cuenta que la nueva redacción del artículo 9 de la Ley Hipotecaria por el artículo 1.1 de la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, permite que sean titulares registrales no sólo las personas naturales o jurídicas, sino también «(…) cuando sea el caso, el patrimonio separado a cuyo favor deba practicarse aquélla, cuando éste sea susceptible legalmente de ser titular de derechos u obligaciones». Ciertamente, aunque la herencia yacente carece de personalidad jurídica, es un patrimonio en situación de interinidad y sin titular determinado (algo que puede ocurrir aunque esté determinado el heredero y pueda ejercitar el «ius delationis» si éste no ha aceptado todavía la herencia). Por otra parte, este Centro Directivo ha admitido excepcionalmente la existencia de casos de inscripciones o anotaciones transitorias, de mero puente, en favor de colectividades imperfectamente identificadas en su composición, pero plenamente articuladas para su funcionamiento y sin que por ello se resintieran los principios básicos de nuestro sistema registral.

Por los anteriores razonamientos, y aun cuando no se trate de supuesto idéntico a los expresados, debe concluirse la admisibilidad de la inscripción a favor de la herencia yacente, como una situación caracterizada por la existencia de titularidad transitoriamente indeterminada hasta que los herederos ejerciten el «ius delationis» al adir la herencia. A la vista de lo expuesto, la aplicación de los artículos 9 de la Ley y 51 y 54 del Reglamento Hipotecario en este caso ha de hacerse adaptándose a las particularidades de esta forma especial de inscripción en favor de una situación transitoria de herencia yacente que, por su propia configuración solo permite identificar a los herederos llamados de los que se tiene conocimiento cierto.

Resolución de 26-7-2024
*BOE* 10-10-2024
Registro de la Propiedad de Marbella, número 2.

ARBITRAJE: INSCRIPCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL.

Para inscribir un laudo es necesario que, en ejecución de dicho laudo, se otrogue la oportuna escritura pública.

En cuanto a la posibilidad de inscripción de un laudo arbitral, este Centro Directivo sólo ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto en un supuesto en el que, al amparo de un acta notarial de protocolización de un laudo, se solicitaba, como medida cautelar, la práctica de una anotación preventiva. En Resoluciones de 20 de febrero de 2006 y 26 de julio de 2018 se rechazó su inscripción y se exigió la intervención judicial, dado que la propia Ley 60/2003, de Arbitraje, reconoce la competencia de los Juzgados de Primera Instancia en materia de ejecución de resoluciones arbitrales.

Este mismo criterio debe seguirse cuando se trate de un laudo arbitral que resuelva una controversia de fondo y contenga un pronunciamiento que pueda motivar una mutación jurídico-real. En efecto, si, conforme a lo señalado anteriormente, tanto la Ley de Enjuiciamiento Civil como la Ley de Arbitraje exigen expresamente la intervención judicial para la ejecución de las medidas adoptadas en el seno de un arbitraje, con mayor razón dichos requisitos serán extensivos a los laudos que puedan provocar un asiento definitivo en el Registro. Es evidente que el laudo firme tiene efecto de cosa juzgada y carácter vinculante para las partes que se hayan sometido a arbitraje, siendo además el convenio arbitral o la cláusula de sumisión a arbitraje perfectamente inscribible cuando conste en documento público. Pero el laudo arbitral no es directamente inscribible por no tratarse de un documento auténtico a los efectos del artículo 3 de la Ley Hipotecaria y tampoco puede equipararse plenamente a un documento judicial, ya que la propia ley reconoce que no tiene carácter ejecutivo. Por ello, para que un laudo arbitral, que tiene carácter declarativo, pueda provocar cualquier asiento en el Registro, habrá que acudir a los mismos mecanismos previstos en la ley para su ejecución, por lo que será necesaria bien una resolución judicial en los términos que se exigen para las medidas cautelares, bien escritura pública en la que el titular registral preste su consentimiento, sin que el hecho de que el laudo arbitral se acompañe de

un documento público en el que el titular registral hubiese admitido la sumisión de la controversia a arbitraje sea suficiente para prescindir de dicha formalidad.

En este caso, además, resulta que el laudo en cuestión no recoge ningún acto inscribible en el Registro ni que pueda justificar la rectificación de la titularidad registral, ya que se limita a resolver ciertas cuestiones controvertidas entre don J. M. G. G., los hermanos S. N. y los hermanos S. R., ajenas a la titularidad dominical de la finca registral 37.870 y sin que se constituya ninguna comunidad de bienes entre los citados señores.

En el presente caso, el recurrente solicita la rectificación como supuesto titular de un tercio del dominio, intentando probar que la entidad mercantil que figura como titular registral tiene un mero carácter fiduciario. Ahora bien, sea o no una entidad meramente instrumental, la rectificación pretendida requiere en cualquier caso el consentimiento de la titular registral o resolución judicial firme dictada en un procedimiento en que haya sido parte, y en este caso, la titular registral no ha tenido ninguna intervención (ni siquiera en el laudo arbitral), por lo que este defecto debe ser confirmado.

Resolución de 26-7-2024
*BOE* 10-10-2024
Registro de la Propiedad de Gandía, número 4.

HIPOTECA CAMBIARIA: CANCELACIÓN POR CADUCIDAD.

Se considera admisible el pacto de caducidad convencional en las hipotecas cambiarias.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que nada se opone a que la hipoteca, como los demás derechos reales, pueda ser constituida por un plazo determinado (vid. artículos 513.2, 529, 546.4 y 1843.3 del Código Civil), de modo que únicamente durante su vigencia puede ser ejercitada la acción hipotecaria, quedando totalmente extinguido el derecho real una vez vencido dicho plazo, salvo que en ese instante estuviera ya en trámite de ejecución hipotecaria, en cuyo caso, la hipoteca se extinguiría al concluir el procedimiento, ya por consumación de la ejecución, ya por cualquier otra causa (vid. Resolución de 22 de junio de 1995). En el caso de que en la escritura de constitución de hipoteca se hubiere pactado la caducidad convencional del derecho de hipoteca, como parece ocurre en este supuesto, resultaría aplicable la norma del párrafo segundo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, que posibilita la cancelación de la hipoteca, sin necesidad del consentimiento de su titular registral ni sentencia judicial en la que éste hubiere sido parte, cuando la misma resulte del título en cuya virtud se inscribió la hipoteca.

Con carácter general, como requisitos para que opere la caducidad convencional automática de las hipotecas, se han señalado por esta Dirección General los siguientes: a) sólo procede la caducidad pactada cuando la extinción del derecho tiene lugar de un modo nítido y manifiesto, no cuando sea dudosa o controvertida; b) la cancelación por caducidad convenida de la hipoteca ha de sujetarse estrictamente a lo que, además del transcurso del plazo señalado, hubieran eventualmente convenido las partes en la constitución (vid. Resolución de 10 de septiem-

bre de 2019). c) en caso de tener que hacerse notificaciones por parte del dueño de la finca al acreedor hipotecario, por haberse pactado así, éstas han de remitirse al titular registral actual de la hipoteca (cesionario), no siendo admisible la notificación hecha al titular inicial (ver resolución de 27 de julio de 2020). d) que el pacto de caducidad de la hipoteca no se hubiere novado, y que en el momento de solicitar la cancelación de la misma no estuviera ya en trámite la ejecución.

La cuestión que se plantea en el supuesto objeto de este recurso, es si el pacto caducidad convencional automática de la hipoteca es posible en el caso de constituirse una hipoteca cambiaria, pudiendo alegarse, como se defiende en la nota de calificación recurrida, que en este tipo de hipoteca, el titular de la misma es el último tenedor (el que lo fuera en el momento en que se pretende la cancelación), que en el momento de la constitución no se sabe quién será y, por tanto, no ha podido dar ese consentimiento anticipado, y a quien, además, es dudoso que puedan obligarle aquellos pactos pues no figuran en la letra.

Es doctrina de esta Dirección General que la cláusula que prevé la cancelación de hipoteca en garantía de pagarés por carta de pago otorgada por el primer tenedor de los mismos es inadmisible, al exceder tal cláusula de los límites de la autonomía de la voluntad, pues el pagaré puede circular (igual que la letra), y con ello aparecer nuevos tenedores que son los que habrían de prestar su consentimiento. (vid. Resolución de 25 de abril de 2016). Tampoco se considera admisible la cancelación de hipoteca cambiaria, en procedimiento seguido solo contra el primer tenedor de las letras, sin que conste la recogida o inutilización en el procedimiento de éstas, porque de no ser así, la cancelación de la hipoteca podría causar indefensión a los tenedores posteriores de las letras, si los hubiera.

En el supuesto concreto objeto de este expediente, efectivamente se ha pactado que «La hipoteca constituida quedará automáticamente extinguida y será cancelada: a) (…) b) Mediante acta notarial otorgada por la parte hipotecante o quien de ella traiga causa, después de transcurrido seis meses desde el día 2 de marzo de 2008, sin que en el Registro de la Propiedad conste anotación de impago del crédito». En virtud de este pacto el precepto aplicable a la cancelación de la hipoteca, de estimarse el pacto posible para las hipotecas cambiarias, es el apartado segundo del artículo 82. En cuanto a la posibilidad del pacto de cancelación automática de hipoteca en el ámbito de las hipotecas cambiarias, el mismo se considera factible, no obstante los inconvenientes señalados anteriormente.

Resolución de 26-7-2024
*BOE* 10-10-2024
Registro de la Propiedad de Gandía, número 4.

HIPOTECA CAMBIARIA: CANCELACIÓN POR CADUCIDAD.

Se considera admisible el pacto de caducidad convencional en las hipotecas cambiarias.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que nada se opone a que la hipoteca, como los demás derechos reales, pueda ser constituida por un plazo determinado (vid. artículos 513.2, 529, 546.4 y 1843.3 del Código Civil), de modo que

únicamente durante su vigencia puede ser ejercitada la acción hipotecaria, quedando totalmente extinguido el derecho real una vez vencido dicho plazo, salvo que en ese instante estuviera ya en trámite de ejecución hipotecaria, en cuyo caso, la hipoteca se extinguiría al concluir el procedimiento, ya por consumación de la ejecución, ya por cualquier otra causa (vid. Resolución de 22 de junio de 1995). En el caso de que en la escritura de constitución de hipoteca se hubiere pactado la caducidad convencional del derecho de hipoteca, como parece ocurre en este supuesto, resultaría aplicable la norma del párrafo segundo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, que posibilita la cancelación de la hipoteca, sin necesidad del consentimiento de su titular registral ni sentencia judicial en la que éste hubiere sido parte, cuando la misma resulte del título en cuya virtud se inscribió la hipoteca.

Con carácter general, como requisitos para que opere la caducidad convencional automática de las hipotecas, se han señalado por esta Dirección General los siguientes: a) sólo procede la caducidad pactada cuando la extinción del derecho tiene lugar de un modo nítido y manifiesto, no cuando sea dudosa o controvertida; b) la cancelación por caducidad convenida de la hipoteca ha de sujetarse estrictamente a lo que, además del transcurso del plazo señalado, hubieran eventualmente convenido las partes en la constitución (vid. Resolución de 10 de septiembre de 2019). c) en caso de tener que hacerse notificaciones por parte del dueño de la finca al acreedor hipotecario, por haberse pactado así, éstas han de remitirse al titular registral actual de la hipoteca (cesionario), no siendo admisible la notificación hecha al titular inicial (ver resolución de 27 de julio de 2020). d) que el pacto de caducidad de la hipoteca no se hubiere novado, y que en el momento de solicitar la cancelación de la misma no estuviera ya en trámite la ejecución.

La cuestión que se plantea en el supuesto objeto de este recurso, es si el pacto caducidad convencional automática de la hipoteca es posible en el caso de constituirse una hipoteca cambiaria, pudiendo alegarse, como se defiende en la nota de calificación recurrida, que en este tipo de hipoteca, el titular de la misma es el último tenedor (el que lo fuera en el momento en que se pretende la cancelación), que en el momento de la constitución no se sabe quién será y, por tanto, no ha podido dar ese consentimiento anticipado, y a quien, además, es dudoso que puedan obligarle aquellos pactos pues no figuran en la letra.

Es doctrina de esta Dirección General que la cláusula que prevé la cancelación de hipoteca en garantía de pagarés por carta de pago otorgada por el primer tenedor de los mismos es inadmisible, al exceder tal cláusula de los límites de la autonomía de la voluntad, pues el pagaré puede circular (igual que la letra), y con ello aparecer nuevos tenedores que son los que habrían de prestar su consentimiento. (vid. Resolución de 25 de abril de 2016). Tampoco se considera admisible la cancelación de hipoteca cambiaria, en procedimiento seguido solo contra el primer tenedor de las letras, sin que conste la recogida o inutilización en el procedimiento de éstas, porque de no ser así, la cancelación de la hipoteca podría causar indefensión a los tenedores posteriores de las letras, si los hubiera.

En el supuesto concreto objeto de este expediente, efectivamente se ha pactado que «La hipoteca constituida quedará automáticamente extinguida y será cancelada: a) (…) b) Mediante acta notarial otorgada por la parte hipotecante o quien de ella traiga causa, después de transcurrido seis meses desde el día 2 de marzo de 2008, sin que en el Registro de la Propiedad conste anotación de impago

del crédito». En virtud de este pacto el precepto aplicable a la cancelación de la hipoteca, de estimarse el pacto posible para las hipotecas cambiarias, es el apartado segundo del artículo 82. En cuanto a la posibilidad del pacto de cancelación automática de hipoteca en el ámbito de las hipotecas cambiarias, el mismo se considera factible, no obstante los inconvenientes señalados anteriormente.

Resolución de 26-7-2024
*BOE* 10-10-2024
Registro de la Propiedad de Marbella, número 3.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROCEDIMIENTO DIRIGIDO CONTRA PERSONA DISTINTA DEL TITULAR REGISTRAL. SENTENCIAS DICTADAS EN REBELDÍA: REQUISITOS.

Se reitera la doctrina relativa a la necesidad de que el procedimiento se siga con el titular registral y a los requisitos para inscribir una sentencia dictada en rebeldía.

El principio de tracto sucesivo que consagra el artículo 20 de la Ley Hipotecaria debe entenderse extensible también a tales extremos y, por tanto, este defecto debe ser confirmado. En ningún caso puede inscribirse el dominio de un apartamento que no existe en el Registro sin que previamente se practiquen y se inscriban las operaciones que den lugar a su existencia como finca registral independiente. Las operaciones de división de la finca registral 78.100 bis y la obra nueva exige que se cumplan todos los requisitos que para tales actos exige la legislación urbanística e hipotecaria aplicable.

El mismo principio registral fundamental es el que afecta al segundo de los defectos que invoca el registrador en su nota de calificación. Al tiempo de presentarse la sentencia en el Registro, la finca registral 78.100 bis consta inscrita a nombre de doña N. K., que no ha sido demandada ni ha intervenido en el procedimiento.

El tercero de los defectos señalados por el registrador, es que hallándose en situación de rebeldía procesal la parte demandada, no se acredita, ni resulta, que haya transcurrido el plazo establecido en el artículo 502.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sin que se haya ejercitado una acción de rescisión. Debe recordarse la doctrina emanada de este Centro Directivo respecto de la falta de competencia del registrador para apreciar la posible concurrencia de la mencionada fuerza mayor y por tanto para la fijación del plazo para el ejercicio de la acción de rescisión, cuestión que deberá ser apreciada por el letrado de la Administración de Justicia, correspondiendo por tanto al propio Juzgado la determinación del transcurso o no del oportuno plazo de la acción de rescisión.

Resolución de 26-7-2024
*BOE* 10-10-2024
Registro de la Propiedad de Luarca.

FIRMA ELECTRÓNICA: DOCUMENTOS PRIVADOS SIN CSV.

Un documento privado firmado electrónicamente es admisible en el Registro siempre que haya ingresado por vía electrónica.

Como ha reiterado esta Dirección General, el artículo 39 del Reglamento Hipotecario considera representante de los interesados a quien presente los documentos correspondientes en el Registro con objeto de solicitar la inscripción. Y a ese presentante se le notifica la calificación negativa del registrador (cfr. artículo 322 de la Ley Hipotecaria). Pero según la doctrina de este Centro Directivo, el ámbito de la representación a que se refiere citado precepto reglamentario está circunscrito a una mera actuación material —la presentación del documento en el Registro— pero no incluye la interposición del recurso contra la calificación registral. Respecto de la falta de acreditación de la representación este Centro Directivo ha entendido que cuando conste en el expediente que por el registrador se requirió al recurrente para acreditar tal extremo y dicho requerimiento no haya sido atendido deberá acudirse, a falta de una regulación expresa sobre tal materia en la legislación hipotecaria, a la sanción del desistimiento prevista en el actualmente vigente artículo 68 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En el supuesto de este expediente, la recurrente, abogada, ha sido requerida en plazo por el registrador para acreditar su legitimación, lo que efectúa presentando telemáticamente escrito de ratificación del interesado con la firma legitimada notarialmente. Por lo tanto, no puede hablarse de falta de requerimiento ni de que el mismo se haya desatendido. Pero la remisión del escrito por vía telemática de un documento que no es electrónico, como en este caso, no permite acreditar su autenticidad, como sostiene el registrador, ahora bien, en estos supuestos el recurrente requerido debe tener conocimiento de que su trámite atendiendo el requerimiento ha sido infructuoso a juicio del registrador, para evitar su indefensión. Todo ello sin perjuicio de que la omisión pueda y deba subsanarse en su caso por este Centro Directivo en cuanto competente para resolver el fondo del asunto. Finalmente se ha aportado en formato papel la instancia con la firma legitimada, por lo que la representación del presentante ha quedado debidamente acreditada.

El objeto del recurso contra la calificación negativa del registrador no es el asiento registral sino el propio acto de calificación de dicho funcionario, de manera que se trata de declarar si esa calificación fue o no ajustada a Derecho. El hecho de que sea el acto de calificación el que constituye el objeto del recurso tiene importantes consecuencias, entre ellas que, por imperativo legal, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, pues, de no ser así, y estimarse otros defectos no incluidos en la misma supondría indefensión para el recurrente. Y debe recordarse que también es doctrina reiterada de esta Dirección General (vid., entre otras muchas, las Resoluciones de 17 de septiembre y 15 y 19 de octubre de 2004, 20 de abril y 23 de mayo de 2005, 20 de enero de 2006, 31 de enero de 2007, 11 de febrero de 2008 y 13 de diciembre de 2010, 7 de julio de 2011, 16 de septiembre de 2014 y 12 de diciembre de 2017, así como las más recientes de 13 de septiembre y 29 de noviembre de 2023 y 24 de abril de 2024) que el momento procedimental, único e idóneo, en el que el registrador ha de exponer todas y cada una de las razones que motivan su decisión de denegar la práctica del asiento solicitado es el de la calificación (artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria) sin que, por consiguiente, hayan de ser tenidas en cuenta las que pueda introducir en su informe. La argumentación en que se fundamenta la calificación es

suficiente para la tramitación del expediente si expresa suficientemente la razón que justifica dicha negativa de modo que el interesado haya podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa. La ausencia de indefensión material impide que la mera presencia de una indefensión puramente formal determine la nulidad del procedimiento.

En primer lugar, es de destacar que el certificado expedido por un técnico es un documento privado que no adquiere el carácter de público ni aun cuando conste visado por su Colegio Oficial ni cuando tenga la firma legitimada notarialmente. Por otro lado, el certificado del técnico no es por sí solo un documento que pueda causar un asiento registral, es un documento complementario exigible para la inscripción de obras nuevas en construcción y finalizadas y uno de los documentos admitidos para acreditar la antigüedad de las construcciones.

Sentado lo anterior, procede analizar si para acreditar la autenticidad del certificado firmado digitalmente por doña L. C. A., ingeniera técnica agrícola, es necesario que dicho documento tenga un código seguro de verificación que permita su comprobación o si es suficiente la firma electrónica del documento para entender acreditada la identidad de la firmante y la integridad del documento. El código seguro de verificación tiene especial importancia respecto de los documentos públicos objeto de presentación en el Registro de la Propiedad pues permite la comprobación de la validez e integridad de los documentos impresos en papel, introduciendo su código seguro de verificación en la Sede Electrónica de la Administración Pública correspondiente a ese documento, de forma que se puede descargar el documento original en formato electrónico, y contrastar la autenticidad de la copia en papel. El código seguro de verificación está por tanto directamente relacionado con la Sede Electrónica, de forma que solo los documentos elaborados en el ámbito de una concreta sede obtienen un código seguro de verificación que permite su comprobación.

Respecto de los documentos privados electrónicos firmados digitalmente, procede analizar si pese a no contar con un código seguro de verificación, cumplen los requisitos de identidad, veracidad e integridad que posibiliten su presentación en el Registro de la Propiedad a los efectos de provocar un asiento registral, en los casos en que se admita tal posibilidad o como documentos complementarios a los títulos públicos cuando sean exigibles. La firma electrónica avanzada es un sistema de verificación que permite que una persona firme un documento online con plena validez legal, quedando constancia del registro de la hora, fecha y medios utilizados para la firma. Este sistema está regulado por el Reglamento eIDAS, Reglamento (UE) n.º 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014, que determina el marco legal para la firma electrónica dentro de la Unión Europea. Lo fundamental es que el documento electrónico conserve sus propiedades en cuanto viaje por la misma vía electrónica sin que sufra alteración alguna, de forma que una vez impreso en papel, pierde esas propiedades, pues no puede acreditarse la identidad, integridad y autenticidad del mismo, al no poder comprobarse que la firma es electrónica reconocida. Pero conservando el documento electrónico sus propiedades, debe entenderse que el firmante del escrito está debidamente identificado. Por ello, debe concluirse que cumple los requisitos previstos para este soporte en la legislación, en particular los relativos a la identidad de quien solicita la práctica de un asiento.

Resolución de 26-7-2024
*BOE* 10-10-2024
Registro de la Propiedad de Torrevieja, número 3.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: ANULACIÓN DE CLÁUSULAS ABISIVAS.

Se analiza el efecto de la anulación de cláusulas hipotecarias sobre el procedimiento de ejecución.

El objeto del recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad y Mercantil es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa realizada por el registrador titular del Registro es ajustada a Derecho, tanto formal como sustantivamente, o debe inscribirse el negocio celebrado, circunscribiéndose también, exclusivamente, en cuanto a los puntos de la misma que hayan sido objeto del recurso; no pudiendo entrar a valorar otros posibles defectos que pudiera contener la escritura de hipoteca, ni tampoco aquellos que no hubieran sido recurridos.

El artículo 695.1.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción tras la Ley 1/2013, de 14 mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, y aplicable a las ejecuciones hipotecarias iniciadas tras su entrada en vigor, incluye entre las causas de oposición a la ejecución hipotecario, en lo que interesa a este expediente, el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible. A este respecto, la Resolución de 10 de octubre de 2019 señaló que según la disposición transitoria tercera de la Ley 5/2019, en los procedimientos ejecutivos en curso a la entrada en vigor de dicha ley (16 de junio de 2019) en los que al entrar en vigor la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (15 de mayo de 2013), hubiera transcurrido el período de oposición de diez días previsto en el artículo 556.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las partes ejecutadas dispondrán nuevamente del plazo señalado en dicho artículo para formular un incidente extraordinario de oposición, en los términos señalados en el fundamento de derecho anterior, basado en la existencia de las causas de oposición previstas en el apartado séptimo del artículo 557.1 y cuarta del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el supuesto de este expediente el procedimiento ejecutivo es posterior a la entrada en vigor de la Ley 1/2013: el 15 de mayo de 2013, pues el auto de despacho de ejecución es de fecha 24 de septiembre de 2013, y esa es la fecha que determina el comienzo de la ejecución, por lo que pudo ya haber control judicial de oficio de abusividad y el prestatario pudo ejercitar la oposición a la ejecución por razón de abusividad de las cláusulas del préstamo hipotecario, en el momento procesal oportuno, en aplicación de los citados artículos 557 y 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En consecuencia, en este punto la calificación registral debe ser revocada por error en el supuesto fáctico de aplicación.

Ahora bien, tampoco es correcta la afirmación del recurrente de que la adjudicación realizada en favor de «Bankia, S.A.» sea inatacable porque ya se ha transmitido la propiedad en la ejecución y porque, además, su representada, que

ha asumido la sucesión procesal de dicha entidad crediticia, tiene la condición de tercero respecto de la ejecución hipotecaria. Esta posibilidad de control extemporáneo de la abusividad, según la misma jurisprudencia citada, solo está limitada en el caso de que la garantía hipotecaria ya se hubiere ejecutado, vendido el bien hipotecado y transmitida a un tercero los derechos de propiedad sobre dicho bien, a condición de que el consumidor cuyo bien ha sido objeto de un procedimiento de ejecución hipotecaria pueda hacer valer sus derechos en un procedimiento posterior con el fin de obtener la reparación, en virtud de la citada Directiva, de las consecuencias económicas resultantes de la aplicación de cláusulas abusivas.

Lo que sí concurre realmente en este supuesto es la aplicación expresa de la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2019, dictada en aplicación de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de marzo de 2019, asunto C-70/17, sobre las consecuencias procesales de la declaración de nulidad por abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado que sirvió de fundamento a la ejecución. En el supuesto objeto de este expediente, como se ha expuesto anteriormente, el Juzgado por auto de fecha 21 de diciembre de 2021 en incidente extraordinario de oposición por abusividad declaró la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado por abusiva, porque se establecía tal vencimiento anticipado para el caso de impago de cualquier cuota. No obstante lo cual, el Juzgado ordenó la prosecución de la ejecución, con referencia expresa en sus fundamentos de Derecho a la referida Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2019, ya que, según se indica en esos fundamentos de derecho: «a la fecha de declaración del vencimiento anticipado el incumplimiento del prestatario revestía gravedad, por lo que procede la continuación de la presente ejecución, toda vez que estamos ante el impago de un 3 % del capital prestado al momento de declarar vencido el préstamo».

Resolución de 29-7-2024
*BOE* 10-10-2024
Registro de la Propiedad de Moguer.

HERENCIA: ESPAÑOL CON ÚLTIMA RESIDENCIA EN BÉGICA.

No puede exigirse inscripción del fallecimiento en el RC español en la herencia de un español residente en Bélgica.

No podría confirmarse la calificación impugnada del registrador si la certificación de defunción aportada inicialmente pudiese beneficiarse de la exención de todo trámite o medida tendente a garantizar la autenticidad del documento». Precisamente, como alega el notario recurrente, el certificado de defunción belga incorporado «es una certificación plurilingüe extendida por el Registro Civil de Bruselas (…) y le es aplicable la dispensa de legalización o apostilla y tampoco necesita traducción». Por último, aunque sea redundar en las alegaciones del notario recurrente, resultaría incoherente que, por un lado, se le exima al certificado de defunción belga de cualquier tipo de legalización o apostilla y, por otro, para que surta efectos en España se le imponga el trámite de su inscripción en otro Registro Civil —el español—; y efectivamente, resultaría una discriminación que cuando

el fallecido sea de nacionalidad española, además del certificado del registro del país de la Unión donde falleció haya de acreditar el deceso en el Registro español, mientras que para un comunitario europeo no español bastaría con el certificado de defunción del lugar de fallecimiento.

Resolución de 29-7-2024
*BOE* 10-10-2024
Registro de la Propiedad de San Feliu de Guixols.

PUBLICIDAD FORMAL: EXPRESIÓN DEL DATO DEL PRECIO.

Se reitera la doctrina sobre la constancia del precio de las transmisiones en la publicidad formal.

Serían supuestos admisibles de inclusión del precio en la publicidad y que son aplicables a la luz de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales: a) cuando los precios o valores solicitados lo sean de operaciones jurídico-económicas en los que sean parte únicamente personas jurídicas o empresarios individuales o comerciantes, en su condición de tales; b) cuando, a juicio del registrador, se considere que dicho dato está incluido dentro de la publicidad de carácter «tráfico jurídico inmobiliario», puesto que la cesión vendría justificada por la normativa hipotecaria; c) cuando se trate de permitir al solicitante el ejercicio de un derecho que tenga reconocido por una norma con rango de ley o en cumplimiento de un deber impuesto por una norma de igual rango, lo cual se acredite suficientemente al registrador, y d) en el supuesto de que la petición del precio se realice por agencias que actúen por cuenta de entidades financieras, acreditando el encargo recibido y la entidad en cuyo nombre actúen, de conformidad con las circulares del Banco de España, referentes a la obligación de cubrir los activos calificados como dudosos, previa estimación del deterioro de su valor, para lo cual es necesario conocer los datos cuya cesión se pretende.

Como tiene declarado este Centro Directivo (vid. Resolución de 14 de noviembre de 2022) el anuncio de posibles acciones judiciales no es motivo suficiente para enervar el derecho a la protección de datos de carácter personal. Se ha admitido la posibilidad de certificar el precio a fin de interponer una demanda de retracto legal (vid. Resolución de 14 de noviembre de 2022) o de rescisión por lesión (vid. Resolución de 27 de febrero de 2018).

Resolución de 29-7-2024
*BOE* 10-10-2024
Registro de la Propiedad de Tías.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Existiendo dudas sobre la identidad de la finca en una inmatriculación, ha de instarse el 199 de la LH.

Como ha declarado reiteradamente esta Dirección General, en multitud de Resoluciones, como la de 29 de noviembre de 2023, el objeto del recurso es determinar, exclusivamente, si la calificación registral negativa recurrida es o no ajustada a Derecho. Tratándose de un expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, utilizado para disipar o confirmar las dudas en la identidad de una finca a inmatricular por la vía del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, no estando ante uno de los supuestos de denegación automática de su tramitación, como son la posible invasión de dominio público o de una georreferenciación registral de finca colindante, protegida por los principios hipotecarios, basándose la suspensión en la oposición de uno de los colindantes notificados, conforme al artículo 199, el registrador «decidirá motivadamente según su prudente criterio, sin que la mera oposición de quien no haya acreditado ser titular registral de la finca o de cualquiera de las registrales colindantes determine necesariamente la denegación de la inscripción».

En el presente caso, el registrador funda su nota de calificación en las alegaciones de las partes, que alegan invasión de finca colindante. Han presentado alegaciones contrarias a la inmatriculación los titulares registrales de las fincas 35.382 y 14.445 del término de Tías, cuyo análisis debe efectuarse por separado, para llegar a la correcta solución del presente expediente. Y En el presente caso, como ocurría en el supuesto de hecho de la Resolución de 3 de julio de 2023, de calificarse positivamente la inmatriculación, se produciría una reducción de cabida en la finca registral 14.445, que pasaría de 5.000 metros cuadrados a 4.284 metros cuadrados, en contra del consentimiento del titular registral de la finca colindante por el norte con la finca objeto del expediente, cuya inmatriculación se pretende, pues se modificaría su objeto de dominio, vulnerando lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, pues no le puede perjudicar el acto o contrato no inscrito y el artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria, pues los asientos practicados están bajo la salvaguardia de los tribunales y solo pueden modificarse con acuerdo del titular registral, u orden de la autoridad judicial, en procedimiento contra el titular registral.

Esta Dirección General debe volver a reiterar que es erróneo que la realidad física es la que determina la seguridad jurídica. Es decir, que cualquier modificación de la realidad física debe reflejarse en el Registro de la Propiedad. Se dice que es la finca real a la que debe adaptarse la realidad registral. Dicha afirmación es relativamente inexacta, desde el punto de vista de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario. La finca registral debe adaptarse a la finca real, cuando la descripción de la primera quede desactualizada, pero cumpliendo los requisitos legales previstos para ello.

En consecuencia, es correcta la denegación registral de la inmatriculación por alteración de la realidad física de la finca registral 14.445, al haber confirmado dicha duda en el expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria tramitado, aunque no se haya acreditado la coincidencia perimetral entre la finca 35.282 y la parcela 404 del polígono 21.

Resolución de 29-7-2024
*BOE* 10-10-2024
Registro de la Propiedad de Santander, número 4.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Se reitera la doctrina sobre los requisitos para la rectificación de los asientos registrales.

Toda la doctrina elaborada a través de los preceptos de la Ley y del Reglamento Hipotecarios y de las Resoluciones de este Centro Directivo relativa a la rectificación del Registro parte del principio esencial que afirma que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria). Por ello, como ha reiterado este Centro Directivo (cfr., por todas, las Resoluciones de 2 de febrero de 2005, 19 de diciembre de 2006, 19 de junio de 2010, 23 de agosto de 2011, y 5 y 20 de febrero y 27 de marzo de 2015), la rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho —lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho.

Ciertamente, la legislación hipotecaria diferencia dos procedimientos para la rectificación de los errores de concepto: el que exige el acuerdo unánime de los interesados y del registrador o, en su defecto, resolución judicial, y el que permite la rectificación de oficio por parte del registrador cuando el error resulte claramente de los asientos practicados o, tratándose de asientos de presentación y notas, cuando la inscripción principal respectiva baste para darlo a conocer (cfr. artículo 217 de la Ley Hipotecaria y Resolución de 9 de noviembre de 2009). Esta última modalidad de rectificación se infiere con claridad de lo dispuesto en el párrafo primero del citado artículo 217 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 29-7-2024
*BOE* 10-10-2024
Registro de la Propiedad de Valencia de Don Juan.

HERENCIA: SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO.

La sustitución fideicomisaria de residuo solo comprende la facultad de disponer por actos onerosos, salvo que se exprese otra cosa.

En este expediente, no se discute por la recurrente la existencia e interpretación de la cláusula testamentaria que establece la previsión para el caso de que la instituida heredera no hubiese dispuesto de los bienes; recurrente y registrador coinciden en que la sustitución fideicomisaria de residuo comprende la disposición por actos «inter vivos» y a título oneroso y por tanto ha de encuadrarse en la figura del fideicomiso de residuo. Conforme a esta apreciación, el tracto sucesorio es el siguiente: fallecida la esposa del testador, respecto de los bienes provenientes

de la masa hereditaria de su marido que no habían sido dispuestos, suceden los herederos o los legatarios de residuo.

El fideicomiso de residuo es una sustitución fideicomisaria con unos rasgos distintivos propios, pues aunque en él se mantiene lo que se suele considerar como esencial a su naturaleza jurídica de toda sustitución fideicomisaria, cual es el llamamiento múltiple, en ella el deber de conservar los bienes fideicomitidos (no esencial sino natural, como ha quedado expuesto), puede adquirir diversas modalizaciones a la vista de las facultades dispositivas, más o menos amplias, que haya conferido el testador. Y tradicionalmente se ha venido considerando que la mayor o menor amplitud de la facultad de disposición concedida al fiduciario da lugar a la aparición del fideicomiso "si aliquid supererit" ("si queda algo") y del fideicomiso o "de eo quod supererit" ("de lo que deba quedar"). En la doctrina de esta Dirección General (vid. Resoluciones de 9 de junio de 2015, 28 de enero de 2020 y 6 de septiembre de 2022, entre otras) se interpreta en numerosas ocasiones el alcance de la figura de la sustitución fideicomisaria de residuo, para determinar si estaban incluidas o no por defecto las facultades dispositivas a título oneroso o gratuito «inter vivos» o «mortis causa». Así, se ha afirmado por esta Centro Directivo que, si no se le faculta expresamente en el testamento al heredero fiduciario, este no tiene facultades de disposición a título gratuito, ni por tanto mortis causa.

En la inscripción registral del gravamen fideicomisario consta lo siguiente: «Especifica en cuanto al fideicomiso de residuo que doña M. T. C. N. podrá disponer libremente de los bienes adquiridos por actos intervivos a título oneroso». Con estos parámetros y no habiendo sido aportado al expediente el testamento del primer causante —aun cuando la recurrente dice que se aporta— ha de confirmarse el defecto señalado.

Resolución de 29-7-2024
*BOE* 10-10-2024
Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 6.

OBRA NUEVA: REQUISITOS.

Se analizan distintos aspectos en relación con la inscripción de una escritura de modificación de obra.

Debe recordarse la doctrina de este Centro Directivo según la cual cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, conforme a los principios básicos de todo procedimiento y a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquélla exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación.

Se entiende solicitado el inicio del procedimiento cuando en el título presentado se rectifique la descripción literaria de la finca para adaptarla a la resultante de la representación geográfica georreferenciada que se incorpore, lo que no ocurre en el caso del título calificado, en que la superficie atribuida a la finca matriz

resulta del certificado técnico incorporado a la escritura, pero no se modifica expresamente la superficie de la misma en el título que se presenta en el Registro para su inscripción. Tal actualización de descripción, que no concurre en el caso de la escritura calificada, siendo del todo deseable, no debe ser obstáculo para la inscripción de la representación gráfica georreferenciada catastral de la finca.

Si coincide, se describirá el inmueble en términos coincidentes con los de la certificación catastral, lo que implica una rogación tácita de rectificación de la descripción y de incorporación de la representación gráfica georreferenciada, como ha declarado la Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de noviembre de 2015, siempre que la calificación del registrador sea positiva. Si no coincide, se procederá a subsanar las discrepancias conforme al procedimiento previsto en el artículo 18.3, que no puede producir ninguna repercusión registral, pues la incorporación de esa georreferenciación requiere la aportación de una georreferenciación alternativa a la catastral y la incoación de un expediente del artículo 199 ante el registrador o del artículo 201.1 ante el notario. Y si se declara que no se puede afirmar tal circunstancia, se mantendrá la descripción del título anterior o la que figure en el Registro, sin que ello pueda excluir la calificación registral gráfica y la incorporación de la georreferenciación de la finca al asiento, cuando el registrador no tenga ninguna duda sobre la correspondencia de la georreferenciación aportada con la descripción registral de la finca, conforme al artículo 9.b) de la Ley Hipotecaria, pues precisamente uno de los objetivos de la Ley 13/2015 es la mejora en la descripción y representación gráfica de los bienes inmuebles, cuya consecución y cumplimiento no puede dejarse al arbitrio de los particulares. Desde el punto de vista del registrador, todas las declaraciones han de someterse al tamiz de su calificación.

Es cuestión esencial en los procedimientos de inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca, que el registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria); y que, en caso de calificación negativa, deberá motivar objetiva y fundadamente las dudas de identidad que motivan la negativa a la práctica del asiento (resolución de 15 de junio de 2023, entre otras).

Por lo que se refiere al segundo de los defectos señalados en la nota de calificación, debe señalarse que para la modificación de la obra inscrita, deberá describirse en el título presentado, al menos, la edificación, su número de plantas, superficie de parcela ocupada y total de metros cuadrados construidos, conforme a los artículos 45 y siguientes del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, acompañándose, además, si no existe licencia, conforme al artículo 52 de la mencionada norma, certificación técnica coincidente de la mencionada descripción y de fecha de terminación de la construcción, acreditación de que dicha fecha sea anterior al plazo previsto en la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante y acompañarse las coordenadas de georreferenciación de la porción de suelo ocupada por la edificación, conforme al artículo 202 de la Ley Hipotecaria (lo que no ocurre en el supuesto del título cali-

ficado, si bien, al no plantearse como defecto en la nota de calificación no puede ser objeto de esta resolución, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria) y lo dispuesto en el artículo 28 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre.

El último de los defectos señalados por la registradora en su nota de calificación consiste en la existencia de discrepancias entre la descripción de la ampliación de obra declarada en el título y la que consta en la certificación técnica incorporada al título, aunque como afirma el recurrente no indica la nota de calificación en qué consisten tales discrepancias, lo cierto es que del mero contraste de las descripciones de las obras en que consiste la ampliación según las descripciones que obran en el título y en el certificado técnico, se aprecia con claridad que la escritura únicamente se refiere a la superficie útil de los trasteros declarados, no haciendo referencia a la superficie construida, no dándose así cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 45 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, lo que impediría, a su vez, apreciar si existe correspondencia entre la porción de suelo ocupada por tales edificaciones y las coordenadas de la porción de suelo ocupada por las mismas, si se hubieren aportado.

Resolución de 29-7-2024
*BOE* 10-10-2024
Registro de Palma de Mallorca, número 1.

SOCIEDADES MERCANTILES: ACTIVOS ESENCIALES.

La omisión de un certificado o declaración acerca de la afectación de los activos esenciales no impide la inscripción.

La norma del artículo 160.f), que atribuye a la junta general competencia para deliberar y acordar sobre «la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales», fue incorporada a la Ley de Sociedades de Capital mediante la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica aquélla para la mejora del gobierno corporativo. El hecho de que la norma se refiera a un concepto jurídico indeterminado —«activos esenciales»— comporta evidentes problemas de interpretación. Pero, sin duda, son las consecuencias que haya de tener la omisión de la aprobación de la junta general lo que debe tomarse en consideración para determinar, en el ámbito de la seguridad jurídica preventiva, la forma de actuar del notario y del registrador.

Aun cuando no se puede afirmar que constituyan actos de gestión propia de los administradores la adquisición, enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales, debe tenerse en cuenta que el carácter esencial de tales activos escapa de la apreciación del notario o del registrador, salvo casos notorios —y aparte el juego de la presunción legal si el importe de la operación supera el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado—. Por ello, es muy difícil apreciar «a priori» si un determinado acto queda incluido o no en el ámbito de facultades conferidas a los representantes orgánicos de la sociedad o, por referirse a activos esenciales, compete a la junta general; y no puede hacerse recaer en el tercero la carga de investigar la conexión entre el acto que va a realizar y el carácter de los activos a los que se refiere.

No obstante, y aunque normalmente el notario carecerá de suficientes elementos de juicio de carácter objetivo para apreciar si se trata o no de activos esenciales, es necesario que en cumplimiento de su deber de velar por la adecuación a la legalidad de los actos y negocios que autoriza (cfr. artículo 17 bis de la Ley del Notariado), a la hora de redactar el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes —que deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico—, despliegue la mayor diligencia al informar a las partes sobre tales extremos y reflejar en el documento autorizado los elementos y circunstancias necesarios para apreciar la regularidad del negocio y fundar la buena fe del tercero que contrata con la sociedad. Por lo que se refiere a la actuación del registrador, debe tenerse en cuenta que al Registro sólo pueden acceder títulos en apariencia válidos y perfectos, debiendo ser rechazados los títulos claudicantes, es decir los títulos que revelan una causa de nulidad o resolución susceptible de impugnación (cfr. artículos 18, 33, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria y 1259 del Código Civil). Ciertamente, en el procedimiento registral se trata de hacer compatible la efectividad del derecho a la inscripción del título con la necesidad de impedir que los actos que estén viciados accedan al Registro, dada la eficacia protectora de éste. Ahora bien, es igualmente cierto que en nuestro sistema registral no se exige la afirmación por los otorgantes sobre la inexistencia de un vicio invalidante; y la facultad que se atribuye al registrador para calificar esa validez —a los efectos de extender o no el asiento registral solicitado—, implica la comprobación de que el contenido del documento no es contrario a la ley imperativa o al orden público, ni existe alguna falta de requisitos esenciales que vicie el acto o negocio documentado. Por ello, sólo cuando según los medios que puede tener en cuenta al calificar el título presentado pueda apreciar el carácter esencial de los activos objeto del negocio documentado podrá controlar que la regla competencial haya sido respetada, sin que pueda exigir al representante de la sociedad manifestación alguna sobre tal extremo.

Cabe concluir, por tanto, que aun reconociendo que, según la doctrina del Tribunal Supremo transmitir los activos esenciales excede de las competencias de los administradores, debe entenderse que con la exigencia de esa certificación del órgano de administración competente o manifestación del representante de la sociedad sobre el carácter no esencial del activo, o prevenciones análogas, según las circunstancias que concurran en el caso concreto, cumplirá el notario con su deber de diligencia en el control sobre la adecuación del negocio a legalidad que tiene encomendado; pero sin que tal manifestación pueda considerarse como requisito imprescindible para practicar la inscripción.

Resolución de 29-7-2024
*BOE* 10-10-2024
Registro de la Propiedad de El Puerto de Santa María, número 1.

CONDICIÓN RESOLUTORIA: REQUISITOS DE INSCRIPCIÓN.

Se analizan diferentes estipulaciones pactadas en una condición resolutoria en garantía de precio.

Es doctrina de este Centro Directivo (cfr., por todas, la Resolución de 28 febrero 1994) que cuando al impago del precio aplazado de varias fincas vendidas se liga la facultad resolutoria del contrato por la parte vendedora, tal pacto no es inscribible sin distribuir o determinar cuál es parte del precio pendiente del que ha de responder cada una de las fincas vendidas, pues la exigencia del artículo 11 de la Ley Hipotecaria, como una manifestación del conocido como principio de determinación, consecuencia a su vez del de especialidad que la llevanza del Registro por fincas impone, no deja lugar a dudas sobre su necesidad. Esta misma Dirección General ha reiterado dicha doctrina en las recientes Resoluciones de 28 de noviembre y 19 de diciembre de 2019, 27 de febrero de 2020 y 27 de julio de 2022, si bien la primera de ellas admite que la fijación del «valor» concreto que se atribuya a cada una de las fincas vendidas equivalga a la determinación de la parte del precio de que haya de responder la finca de que se trate. Con independencia de las diferencias que, en abstracto puedan apreciarse entre los conceptos de valor y precio, lo cierto es que en el presente caso se fija en el mismo acto el valor concreto que se atribuye a cada una de las dos fincas vendidas, por lo que resulta inequívocamente que dicho valor es equivalente al precio que por cada finca se debe pagar.

No puede decirse que se exista indeterminación en tales extremos, como enseguida se desarrollará, en relación con la siguiente objeción. Esa otra objeción indicada por el registrador es que, a su entender, se hace depender de la voluntad del comprador-deudor el pago del último plazo del precio, tanto en cuanto a su plazo como en cuanto a su cuantía; pues, ni su gestión para cancelar los embargos ni la entrega a los vendedores de la suma resultante de ella tienen límite temporal; y en sus manos quedan los gastos por realizar al efecto (artículos 1115 y 1256 del Código Civil). En definitiva, como afirma el recurrente, en el presente caso los hechos a que se condiciona el tiempo y la forma de pago del precio aplazado, según ha quedado expuesto, están muy lejos de depender del puro arbitrio o capricho de la parte compradora.

No hay ningún obstáculo para que, con base en la autonomía de la voluntad (vid. artículo 1255 del Código Civil), los distintos vendedores acepten la consideración unitaria de la venta de sus respetivas fincas, habida cuenta de la condicionalidad impuesta por el comprador en el sentido de que, como manifiesta en la misma escritura, no habría comprado una finca sin la otra.

Para resolver tal cuestión, cabe recordar que según la jurisprudencia y doctrina expuesta en la citada Resolución de este Centro Directivo de 29 de agosto de 2019, la moderación de la cláusula penal es renunciable. Así, conforme a, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo número 310/2012, de 7 de mayo, 710/2014, de 3 de diciembre, 366/2015, de 18 de junio, 44/2017, de 25 de enero, 325/2019, de 6 de junio, y 317/2020, de 17 de junio, de una interpretación correcta del artículo 1154 del Código Civil ha de extraerse que no cabe la moderación judicial de una pena si ésta ha sido establecida para sancionar un incumplimiento concreto en el marco de la relación contractual en cuestión, en el entendimiento de que el referido precepto sólo admite la moderación judicial cuando se haya pactado la cláusula penal para el incumplimiento total y el deudor haya cumplido sólo parcialmente o extemporáneamente. Este criterio fue reiterado por la Sentencia del Tribunal Supremo número 341/2020, de 23 de junio de 2020. Por

tanto, la moderación judicial de la pena estaría prohibida, y la aplicación del artículo 1154 del Código Civil excluida, cuando las partes, en legítima realización del principio de la autonomía de la voluntad, hayan pactado de forma inequívoca atribuir la pena (en su integridad) al incumplimiento de una obligación concreta, como puede ser la de pagar una determinada cantidad en una fecha señalada específicamente. Por lo demás, ya puso de relieve dicha Resolución de 29 de agosto de 2019 (y las posteriores citadas que la han confirmado) que, de ser aplicable la legislación sobre consumidores y usuarios, procedería un enfoque radicalmente distinto de la cuestión.

Como ha puesto de manifiesto esta Dirección General en numerosas ocasiones (vid., por todas, la Resolución de 11 de diciembre de 2019), la designación de una persona física que la persona jurídica nombrada administradora debe realizar para que, en nombre de ésta y con carácter permanente, pueda desempeñar por sí sola todas las funciones inherentes al cargo conferido, es una decisión que compete exclusivamente a la persona jurídica nombrada (vid. artículo 212 bis.1 de la Ley de Sociedades de Capital). Ya las Resoluciones de 11 de marzo de 1991 y 3 junio de 1999 afirmaron, aunque fuera incidentalmente, que el nombramiento de representante «debe quedar incluido dentro del ámbito competencial de su órgano de actuación externo»; y, dado que esta designación revestirá la naturaleza bien del apoderamiento, bien de la delegación de facultades, se precisará para su inscripción, respectivamente su formalización en documento público (artículos 18 del Código de Comercio y 5 del Reglamento del Registro Mercantil) o la certificación del acuerdo delegatorio expedida por el órgano de la persona jurídica que sea competente al efecto. Cuando la sociedad que haya de realizar la designación esté representada por un administrador único no existe inconveniente alguno a que el propio administrador único se designe a sí mismo como representante persona física, no apreciándose problemas de autocontratación (vid. la Resolución de 10 de julio de 2013).

Resolución de 29-7-2024
*BOE* 10-10-2024
Registro de la Propiedad de Madrid, número 4.

BIENES ADQUIRIDOS POR CÓNYUGES EXTRANJEROS: ART. 92 DEL RH.

Se analizan el alcance del sistema previsto en el artículo 92 del RH.

El sistema español de seguridad jurídica preventiva tiene como uno de sus pilares básicos la publicidad de la titularidad del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. Por ello, la determinación de la titularidad debe quedar reflejada en los asientos del Registro de la Propiedad. Tratándose de personas casadas, la titularidad queda afectada por la existencia convencional o legal de un régimen económico matrimonial que determina el ejercicio y extensión del derecho. Para que dichas circunstancias puedan ser conocidas por terceros el Registro debe publicarlas, por lo que se exige la debida constancia de cuál sea el régimen económico-matrimonial aplicable al titular registral.

Tratándose de adquisiciones llevadas a cabo por personas cuyo régimen económico-matrimonial esté sujeto a una Ley extranjera, la finalidad de publicar una situación jurídica cierta no se ve modificada por dicha circunstancia. La cuestión, sin embargo, es más compleja pues la determinación de cuál sea el régimen aplicable implica el conocimiento del Derecho extranjero, lo que no es obligado para los funcionarios españoles. Esta oposición entre la exigencia legal de publicar en toda su extensión el derecho adquirido y las dificultades para determinar cuál ha de ser el régimen matrimonial legalmente aplicable ha sido cuestión de preocupación ya desde antiguo para nuestra jurisprudencia y para este Centro Directivo. A esta dificultad pretende dar respuesta el artículo 92 del Reglamento Hipotecario.

Como ha puesto de relieve este Centro Directivo (vid., entre otras las Resoluciones de 5 de marzo de 2007, 4 de diciembre de 2015 y 29 de octubre de 2020), en relación con la aplicación del artículo 92 del Reglamento Hipotecario, si se trata de dos cónyuges de distinta nacionalidad debe determinarse cuál sea la ley aplicable a su régimen económico-matrimonial, de acuerdo con los criterios de conexión que determinan las normas de conflicto de derecho internacional privado español. Pero, en el caso de tratarse de dos cónyuges extranjeros de la misma nacionalidad, no necesita mayor aclaración pues su régimen económico-matrimonial, a falta de pacto, será el régimen legal correspondiente a su Ley nacional común.

Por ello, debe entenderse que para inscribir la adquisición realizada conjuntamente por los cónyuges mediante la escritura objeto de la calificación impugnada es suficiente que, conforme al artículo 92 del Reglamento Hipotecario, se haga constar por el notario que la Ley aplicable es la israelí; de modo que el momento de la enajenación posterior —voluntaria o forzosa— será cuando hayan de tenerse en cuenta las consideraciones expresadas en dicha calificación registral y acreditarse el concreto Derecho israelí aplicable.

Resolución de 30-7-2024
*BOE* 23-10-2024
Registro de la Propiedad de Bilbao, número 1.

PROPIEDAD HORIZONTAL: INTERPRETACIÓN DE LOS ESTATUTOS.

Se analiza el alcance de una cláusula estatutaria sobre división de locales.

Previamente, respecto a la alegación relativa a que carece de todo fundamento la pretensión de que la nueva presentación del mismo título, reabra nuevo procedimiento registral del que ahora resulta una calificación negativa, y la doctrina de los actos propios, hay que recordar que, debe recordarse que, como ha reiterado este Centro Directivo, el registrador, al ejercer su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción, no está vinculado por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación o de la anterior presentación de otros títulos, y ello por aplicación del principio de independencia en ese ejercicio de su función, dado que debe prevalecer la mayor garantía de acierto en la aplicación del principio de legalidad por razones de seguridad jurídica.

La norma primera de dichos estatutos autoriza expresamente a «modificar los existentes, dividir los departamentos y reducirlos o ampliarlos mediante comunicaciones los inmediatamente contiguos de la misma planta o de la superior o inferior»; por otra parte, la norma cuarta de los estatutos, que regula la configuración de los aparcamientos, dispone que el departamento que abarca las cuatro plantas destinadas a los aparcamientos tiene una regulación particular de los garajes frente a la norma general de número primero, y no podría inscribirse la segregación sino mediante previa modificación de los estatutos de la comunidad de propietarios, «máxime teniendo en cuenta que los garajes de la comunidad en cuestión no se configuran como elementos independientes, sino que el garaje se configura como un elemento privativo comunitario con copropiedad indivisa de la totalidad del mismo, en la que mediante pacto se atribuye a cada uno de los copropietarios el derecho exclusivo y excluyente a las plazas identificadas, en función de su cuota».

Resolución de 30-7-2024
*BOE* 23-10-2024
Registro de la Propiedad de Madrid, número 4.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Se reitera la doctrina acerca de los requisitos para rectificar los asientos registrales.

Es continua doctrina de esta Dirección General (basada en el contenido del artículo 326 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, Sentencia de 22 de mayo de 2000), que el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación es o no ajustada a Derecho. Conforme a lo dispuesto en los artículos 324 y 326 de la Ley Hipotecaria no pueden ser tenidos en consideración cualquier documento que no hubiera sido presentado al registrador a la hora de emitir la calificación recurrida (vid. Resolución de 22 de noviembre de 2021). En consecuencia, solo se tendrán en cuenta para la resolución los documentos presentados para su calificación.

Toda la doctrina elaborada a través de los preceptos de la Ley y del Reglamento Hipotecarios y de las Resoluciones de este Centro Directivo relativa a la rectificación del Registro parte del principio esencial que afirma que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria). Por ello, como ha reiterado este Centro Directivo (cfr., por todas, las Resoluciones de 2 de febrero de 2005, 19 de diciembre de 2006, 19 de junio de 2010, 23 de agosto de 2011, y 5 y 20 de febrero y 27 de marzo de 2015), la rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho —lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho. La rectificación registral se practica conforme indica el artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 30-7-2024
*BOE* 23-10-2024
Registro de la Propiedad de Madrid, número 25.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Se reitera la doctrina acerca de los requisitos para rectificar los asientos registrales.

Es continua doctrina de esta Dirección General (basada en el contenido del artículo 326 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, Sentencia de 22 de mayo de 2000), que el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación es o no ajustada a Derecho. Conforme a lo dispuesto en los artículos 324 y 326 de la Ley Hipotecaria no pueden ser tenidos en consideración cualquier documento que no hubiera sido presentado al registrador a la hora de emitir la calificación recurrida (vid. Resolución de 22 de noviembre de 2021). En consecuencia, solo se tendrán en cuenta para la resolución los documentos presentados para su calificación.

El documento presentado no es susceptible de producir operación registral alguna de trascendencia inmobiliaria, ya que los asientos están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley. Las razones anteriores son suficientes para desestimar el recurso.

Toda la doctrina elaborada a través de los preceptos de la Ley y del Reglamento Hipotecarios y de las Resoluciones de este Centro Directivo relativa a la rectificación del Registro parte del principio esencial que afirma que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria). Por ello, como ha reiterado este Centro Directivo (cfr., por todas, las Resoluciones de 2 de febrero de 2005, 19 de diciembre de 2006, 19 de junio de 2010, 23 de agosto de 2011, y 5 y 20 de febrero y 27 de marzo de 2015), la rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho —lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho. La rectificación registral se practica conforme indica el artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 30-7-2024
*BOE* 23-10-2024
Registro de la Propiedad de Alcudia.

PACTO COMISORIO: OPCIÓN EN FUNCIÓN DE GARANTÍA.

Atendiendo a la configuración del concreto negocio instrumentado, se concluye que se trata de una opción en función de garantía.

El Código Civil rechaza enérgicamente toda construcción jurídica en cuya virtud, el acreedor, en caso de incumplimiento de la obligación, pueda apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía por el deudor (vid. artículos 6, 1859 y 1884 del Código Civil). También este Centro Directivo ha aplicado la prohibición del pacto comisorio incluso cuando las operaciones elusivas del mismo se instrumentan mediante negocios jurídicos indirectos.

Como se afirmó en las Resoluciones de 21 y 22 de febrero y 5 de septiembre de 2013, comúnmente se considera que la prohibición de pacto comisorio «tiene un doble fundamento, que gira en torno a la exigencia de conmutatividad de los contratos. En primer lugar, se destaca que su ratio descansa en el riesgo de que, dadas las presiones a las que se puede someter al deudor necesitado de crédito al tiempo de su concesión, las cosas ofrecidas en garantía reciban una valoración muy inferior a la real, o que, en todo caso, tengan un valor superior al de la obligación garantizada. Se trata en definitiva de impedir que el acreedor se enriquezca injustificadamente a costa del deudor y que éste sufra un perjuicio desproporcionado. También se ha fundamentado la prohibición en la necesidad de observancia de los procedimientos de ejecución, que al tiempo que permiten al acreedor ejercitar su ''ius distrahendi'', protegen al deudor al asegurar la obtención del mejor precio de venta. Asimismo, el pacto de comiso plantea problemas respecto a posibles titulares de asientos posteriores, que no se dan en caso de ejercicio del ''ius distrahendi'', en que está prevista la suerte de los mismos».También ha declarado este Centro Directivo (vid. Resoluciones de 26 de diciembre de 2018, 28 de enero de 2020 y 13 de julio de 2022, entre otras citadas), que deben admitirse aquellos pactos o acuerdos que permitan un equilibrio entre los intereses del acreedor y del deudor, evitando enriquecimientos injustos o prácticas abusivas, y que permitan al acreedor, ante un incumplimiento del deudor, disponer de mecanismos expeditivos para alcanzar la mayor satisfacción de su deuda.

No tiene sentido aludir a que el optante necesita ponerse cubierto de actuaciones posteriores del concedente, pues si aquel ejercita la opción se opera la resolución y tan solo ha de consignar en los términos expuestos; por ello lo que en realidad viene a ocurrir en el supuesto analizado es que lo que ante todo prima es la recuperación de cantidades que el optante haya podido anticipar al concedente de la opción o a terceros (cantidades que no están ni cuantificadas ni tan siquiera mínimamente delimitadas). Lo cual refuerza la afirmación de la registradora en el sentido de que se está concediendo a los vendedores un préstamo o crédito, en el que las condiciones del mismo se dejan fuera de la escritura, pero que, queda garantizado por la finca y que, en caso de llegar a ejercitar la opción (se supone, si el vendedor no devuelve las cantidades adelantadas por la entidad optante, que han de descontarse del precio) puede suponer la vulneración de la prohibición del pacto comisorio, que pretende evitar que el acreedor pueda hacer suyo el inmueble dado como garantía. Y es que se quiera o no, lo que viene a suponer una opción como la concedida es una traba del bien en función de garantía.

Resolución de 30-7-2024
*BOE* 23-10-2024
Registro de la Propiedad de Valoria La Buena.

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA INMATRICULACIÓN: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No cabe inscribir el expediente si no se han disipado las dudas apreciadas por el registrador al expedir la certificación sobre la posible coincidencia con una fina ya inmatriculada.

Siguiendo la tramitación del expediente de dominio conforme a lo ordenado por el citado artículo, el notario solicita al Registro de la Propiedad la expedición de certificación de la no inscripción de la finca en favor de persona alguna, tal y como se describe en el título. Dicha certificación se emite y se recibe en la Notaría el día 31 de julio de 2023, en la que el registrador interino certifica que, con la descripción facilitada, la finca objeto del acta no está inscrita, aunque formula una observación, al existir inscrita desde el año 1871 una finca que se ubica en la misma calle y número que la que ahora se pretende inmatricular. Dicha duda se expresa para que la misma pueda ser disipada por el notario autorizante en la tramitación del expediente.

Antes de entrar en el fondo del asunto que se plantea en el presente recurso, debe hacerse una precisión formal y reiterar la doctrina de esta Dirección General, formulada en diversas Resoluciones, como las de 5 y 13 de octubre de 2021 y 21 de febrero de 2022, en virtud de la cual si el registrador considera que la inmatriculación no es posible por albergar dudas fundadas acerca de que con la misma se invada otra finca ya inscrita o el dominio público, lo procedente es denegar, no suspender, la inscripción.

Habiendo sido infructuosa el intento de disipación de la duda de la registradora, debe intentar disiparse por otros medios. Por todo lo razonado, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación, para que la duda de la registradora sea disipada con las pruebas documentales oportunas, que lleven a la convicción indubitada de que la finca cuya inmatriculación se solicita no coincida, total o parcialmente, con la finca registral 1.238 de Trigueros del Valle.

Resolución de 30-7-2024
*BOE* 23-10-2024
Registro de la Propiedad de Conil de la Frontera.

PROPIEDAD HORIZONTAL: LICENCIA DE PARCELACIÓN.

Se distinguen los casos en los que en una aparente propiedad horizontal puede ser exigible la licencia urbanística para su constitución.

El artículo 26 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, impone a notarios y registradores, en la autorización e inscripción de escrituras de segregación o división de fincas, la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, en su caso, la

división o segregación conforme a la legislación que le sea aplicable. Es la propia legislación sustantiva urbanística que resulte aplicable la que ha de establecer qué actos están sometidos a licencia y qué actos pueden estimarse como reveladores de una posible parcelación urbanística ilegal, o ser asimilados a ésta, así como determinar qué otros actos de uso del suelo o de las edificaciones quedan sujetas a la intervención y control municipal que el otorgamiento de la licencia comporta.

La división horizontal de un inmueble no implica por sí misma un acto de parcelación que suponga la división de terrenos en dos o más lotes a fin de su edificación ni tampoco de segregación u otros actos de división de terrenos, pues el régimen de propiedad horizontal que se configura en el artículo 396 del Código Civil parte de la comunidad de los propietarios sobre el suelo como primero de los elementos esenciales para que el propio régimen exista, manteniendo la unidad jurídica y funcional de la finca total sobre la que se asienta. Sin embargo, en línea con las resoluciones citadas —cfr. Resolución de 20 de julio de 2020—, si la división horizontal se configura de tal modo que puede resultar equiparada a la división material de la finca hasta tal punto que sea incompatible con la unidad jurídica de la misma, a pesar de las estipulaciones de las partes, debe exigirse a efectos registrales la oportuna licencia urbanística.

En el presente caso puede concluirse que a pesar de que el suelo tiene formalmente la condición de elemento común de la propiedad horizontal según su configuración estatutaria y que en principio únicamente se asigna el uso exclusivo de una concreta superficie de parcela en que se ubica cada edificación, superficie superior a la ocupada por cada edificación, la atribución a cada uno de los elementos privativos del uso exclusivo de una determinada parcela de terreno, de manera que se agota la superficie de la finca no ocupada por las edificaciones, pugna frontalmente con la consideración del legislador de ser elementos comunes los necesarios para el uso y disfrute del edificio, indivisibles e inseparables, de forma que tal atribución implica una efectiva división del suelo sujeto a licencia urbanística, salvo que el órgano competente estime su innecesariedad lo que deberá acreditarse debidamente.

En el presente expediente, la registradora entiende exigible la intervención administrativa por concurrir un acto de parcelación siquiera de modo indirecto, dada la distribución del uso de la parcela mediante derechos exclusivos asignados a los distintos departamentos de la división horizontal. Atendiendo a los argumentos expuestos en los fundamentos anteriores dicha calificación debe ser confirmada por cuanto las características concretas del régimen de división horizontal formalizado en la escritura lo equiparan a un complejo inmobiliario de edificaciones industriales que implica, como se ha justificado, una parcelación de suelo no amparada en ninguna autorización administrativa.

Resolución de 30-7-2024
*BOE* 23-10-2024
Registro de la Propiedad de Vitoria, número 5.

PROPIEDAD HORIZONTAL: CUOTAS CON ASIGNACIÓN DE USO.

La posible modificación de la superficie construida exige la intervención de todos los propietarios del edificio.

El artículo 53.b) de las normas complementarias al Reglamento Hipotecario en materia urbanística, aprobado por el Real Decreto 1097/1997, de 4 de julio, impone, para los supuestos de transmisión de una participación indivisa de finca destinada a garajes, que suponga el uso y disfrute exclusivo de una zona determinada, que se incluya en el título «la descripción pormenorizada de la misma, con fijación de su número de orden, linderos, dimensiones perimetrales y superficie útil, así como la descripción correspondiente a los elementos comunes». La especificación de estos datos, incluida la descripción correspondiente a los elementos comunes, como afirmó la Resolución de este Centro Directivo de 5 de diciembre de 2011, es una exigencia de claridad registral.

En el presente caso, la registradora no pone en duda el cumplimiento de los requisitos que exige el citado artículo 53 del Real Decreto 1093/1997, sino que, como consecuencia de dicha descripción pormenorizada, ha supuesto la modificación de superficie construida que consta en el Registro. En este sentido, la rectificación de la superficie del local que consta en el Registro tiene consecuencias, conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley sobre propiedad horizontal, en la fijación de la cuota de participación de los elementos privativos en relación al total valor del inmueble, circunstancia que justifica la imprescindible intervención del resto de propietarios del edificio.

Registralmente no puede admitirse que la superficie de un elemento privativo se exprese mediante el dato de «su superficie con inclusión de elementos comunes», por constituir conceptualmente un contrasentido con el concepto de elemento privativo (artículos 3 y 5 de la Ley sobre propiedad horizontal).

Resolución de 30-7-2024
*BOE* 23-10-2024
Registro de la Propiedad de Sevilla, número 6.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: INVASIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.

Constatada la afectación del dominio público, procede denegar la inscripción de la base gráfica.

Antes de entrar en el fondo del asunto, procede reiterar la doctrina reiterada de este Centro Directivo, en Resoluciones como las de 5 de octubre de 2021 o 21 de febrero y 6 de septiembre de 2022, entre otras, por la que si la representación gráfica georreferenciada no es inscribible por albergar el registrador dudas fundadas acerca de que con la misma se invada otra finca ya inscrita o el dominio público, lo procedente es denegar, no suspender.

La Junta de Andalucía, en su informe, manifiesta una posible doble afectación de las representaciones gráficas cuya inscripción se solicita al domino público. La protección registral que la Ley otorga al dominio público no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito, pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción.

Respecto de esta afectación, es evidente que del informe incorporado al título resulta la afectación a la vía pecuaria como consecuencia de la operación docu-

mentada. En consecuencia, constando el carácter demanial de la franja de terreno atribuida a la finca resultante, según resulta de informe de la Administración afectada, no cabe sino confirmar la nota de calificación en este extremo.

Resolución de 30-7-2024
*BOE* 23-10-2024
Registro de la Propiedad de Toledo, número 3.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: INVASIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.

Constatada la afectación del dominio público, procede denegar la inscripción de la base gráfica.

Este Centro Directivo (véase Resoluciones señaladas en los «Vistos») ya se ha pronunciado sobre la posibilidad de configurar la permuta de solar sobre obra futura, tanto con carácter obligacional, como con eficacia real, determinante de la transmisión actual de los pisos y locales en el edificio a construir en la medida que se genere una comunidad sobre el solar, y siempre que la escritura pública de permuta determine la transmisión actual, pues en tal caso equivale a la entrega a los efectos de tener por realizada la transmisión dominical (cfr. artículo 1462 Código Civil). Como pone de relieve la registradora en su nota de calificación, del tenor de la escritura resulta que la sociedad promotora únicamente asumió una obligación de entrega de los pisos y plazas de garaje, sin que se haya pactado ningún tipo de garantía real de la contraprestación. Además, no resulta de la escritura la tradición instrumental o jurídica de los pisos y plazas de garaje ni, por ende, la creación de una comunidad sobre el solar, que sería inscribible como derecho real. En consecuencia, la contraprestación que se pactó en la escritura de permuta de solar por obra futura lo fue con carácter obligacional.

El primer párrafo del artículo 11 de la Ley Hipotecaria exige que en la inscripción se deje constancia del precio y de la forma en que se hubiese hecho o convenido el pago. El ordenamiento contempla esta constancia como un mero dato de hecho que se refleja en el Registro, pero del que no deriva efecto real ninguno (vid. artículos 11 y 37.4.b) de la Ley Hipotecaria y 51.7.ª de su Reglamento, y Resolución de 5 de octubre de 1994). Por el contrario, si conforme a las previsiones del segundo párrafo del artículo 11 de la misma Ley Hipotecaria, las partes dan a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita, su inscripción en el Registro provoca su plena oponibilidad frente a terceros adquirentes.

Resolución de 31-7-2024
*BOE* 23-10-2024
Registro de la Propiedad de Alhama de Murcia.

HERENCIA: CESIÓN DEL DERECHO HEREDITARIO.

Se analiza la cesión del derecho hereditario in abstracto por vía de donación.

Tanto si un heredero transmite su derecho hereditario abstracto sobre la totalidad de un patrimonio como si transmite su derecho hereditario abstracto sobre

un solo bien integrante de dicho patrimonio, cabe analizar la posición del transmitente y la del adquirente. El transmitente, conforme al principio general del derecho de "qui potest plus, potest minus" (es decir, que quien puede lo más, puede lo menos) puede decidir transmitir su derecho hereditario abstracto relativo a la totalidad, o a parte de un patrimonio, o incluso relativo a un bien concreto integrado en ese patrimonio. Por su parte, el adquirente de tal derecho abstracto sabe que su eventual concreción depende de un hecho futuro e incierto como es el del modo en el que se lleve a cabo la eventual liquidación y partición de la herencia.

En el supuesto concreto, se trata de un solo bien, y todos los interesados —cedentes y cesionarios— realizan el negocio concretando la cesión y adjudicación y, exclusivamente, sobre el mismo. En cada una de las donaciones se concreta específicamente el valor de lo que se dona «sobre el bien descrito». Por tanto, no hay duda de que se refieren a ese bien concreto y no a otros.

La segunda objeción señala que, en caso de cesión de una cuota hereditaria a varios cesionarios, debe señalarse la cuota en la que son adjudicatarios. Tal como alega el notario recurrente, la participación se puede señalar de diversas formas y no necesariamente en un porcentaje sobre un total; así, puede hacerse en determinadas partes relativas a un total, como lo sería por ejemplo 3 de 5 o 2 de 7 partes, o tres mil euros sobre cinco mil euros, o por porcentajes, o números fraccionarios, dado que lo esencial es que se determine lo que se cede y se adquiere y el resultado en las participaciones de los derechos tras la cesión.

Lo cierto es que lo que se dona son los derechos hereditarios de algunas de las herederas, y una vez dueños los cesionarios de los derechos y unidos a los suyos por herencia, parten la herencia y hacen las adjudicaciones resultantes de la partición, por lo que su título es el de adjudicación de herencia. No se ha solicitado la anotación preventiva de los derechos hereditarios, sino la inscripción de las adjudicaciones hereditarias cuyo título es la adjudicación de herencia.

Resolución de 31-7-2024
*BOE* 23-10-2024
Registro de la Propiedad de Campillos.

CALIFICACIÓN REGISTRAL: MOTIVACIÓN.

La calificación ha de estar suficientemente motivada, y no cabe usar el informe como medio para subsanar es falta de motivación.

Como cuestión previa, debe recordarse la doctrina de este Centro Directivo según la cual cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, conforme a los principios básicos de todo procedimiento y a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquélla exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación. También ha señalado este Centro Directivo en su Resolución de 24 de septiembre de 2020 que las consideraciones realizadas en el informe no pueden ser tenidas en cuenta. Es por ello que la calificación, en los términos que se ha re-

dactado, no puede confirmarse y por ello el recurso, que se basa precisamente en la falta de motivación suficiente de la calificación negativa, debe estimarse.

En cuanto al fondo del asunto, parece que la registradora, en su informe, más que exigir las coordenadas de la porción de suelo ocupada por la edificación, lo que exige es la previa o simultánea inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca, por albergar dudas de que la construcción se ubique fuera de la finca en que se declara. La razón de dicha exigencia estriba en que para que proceda inscribir en el folio real de una finca la existencia de una edificación ubicada sobre ella, el primer presupuesto y requisito conceptual es, obviamente, que tal edificación esté efectivamente ubicada en su integridad dentro de la referida finca y no se extralimite de ella. Cuando la finca no tiene previamente inscrita su georreferenciación, tal análisis geométrico espacial resultará difícil en ocasiones o imposible en otras, y puede no llegar a disipar las dudas acerca de si la concreta edificación declarada está o no efectivamente ubicada en su totalidad dentro de la finca sobre la que se declara.

Es cuestión esencial en los procedimientos de inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca, que el registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria); y que, en caso de calificación negativa, deberá motivar objetiva y fundadamente las dudas de identidad que motivan la negativa a la práctica del asiento (cfr. Resolución de 15 de junio de 2023, entre otras).

En este sentido, no formula dudas la registradora en cuanto a la identidad de la representación gráfica aportada, sino que, en su informe, se limita a señalar que debe inscribirse la representación gráfica georreferenciada de la finca.

Resolución de 31-7-2024
*BOE* 23-10-2024
Registro de la Propiedad de Alicante, número 4.

PACTO COMISORIO: OPCIÓN EN FUNCIÓN DE GARANTÍA.

Atendiendo a la configuración del concreto negocio instrumentado, se concluye que se trata de una opción en función de garantía.

El Código Civil rechaza enérgicamente toda construcción jurídica en cuya virtud, el acreedor, en caso de incumplimiento de la obligación, pueda apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía por el deudor (vid. artículos 6, 1859 y 1884 del Código Civil). También este Centro Directivo ha aplicado la prohibición del pacto comisorio incluso cuando las operaciones elusivas del mismo se instrumentan mediante negocios jurídicos indirectos.

Como se afirmó en las Resoluciones de 21 y 22 de febrero y 5 de septiembre de 2013, comúnmente se considera que la prohibición de pacto comisorio «tiene un doble fundamento, que gira en torno a la exigencia de conmutatividad de los

contratos. En primer lugar, se destaca que su ratio descansa en el riesgo de que, dadas las presiones a las que se puede someter al deudor necesitado de crédito al tiempo de su concesión, las cosas ofrecidas en garantía reciban una valoración muy inferior a la real, o que, en todo caso, tengan un valor superior al de la obligación garantizada. Se trata en definitiva de impedir que el acreedor se enriquezca injustificadamente a costa del deudor y que éste sufra un perjuicio desproporcionado. También se ha fundamentado la prohibición en la necesidad de observancia de los procedimientos de ejecución, que al tiempo que permiten al acreedor ejercitar su "ius distrahendi", protegen al deudor al asegurar la obtención del mejor precio de venta. Asimismo, el pacto de comiso plantea problemas respecto a posibles titulares de asientos posteriores, que no se dan en caso de ejercicio del "ius distrahendi", en que está prevista la suerte de los mismos».También ha declarado este Centro Directivo (vid. Resoluciones de 26 de diciembre de 2018, 28 de enero de 2020 y 13 de julio de 2022, entre otras citadas), que deben admitirse aquellos pactos o acuerdos que permitan un equilibrio entre los intereses del acreedor y del deudor, evitando enriquecimientos injustos o prácticas abusivas, y que permitan al acreedor, ante un incumplimiento del deudor, disponer de mecanismos expeditivos para alcanzar la mayor satisfacción de su deuda.

En suma, por tanto, y en línea de principios, las partes intervinientes no pueden, en ejercicio del derecho real de opción, reducir a la nada el contenido del Registro en perjuicio de posibles terceros posteriores que hayan confiado en los pronunciamientos de los asientos registrales, defraudando así sus expectativas a consolidar sus derechos sobre el precio de la compraventa. En su virtud, tanto por exigencia legal como por exigencia contractual, procederá en su día el depósito del precio o su garantía en el supuesto de aplazamiento, pero no la retención por quien ejercite la opción; exigencia —la del depósito del precio— que en modo alguno se prevé en la escritura calificada.

Resolución de 31-7-2024
*BOE* 23-10-2024
Registro de la Propiedad de Madrid, número 32

HIPOTECA: CLÁUSULA DE VENCIMIENTO PARCIAL.

Se considera inscribible la cláusula que prevé la ejecución en caso de vencimiento parcial del préstamo, conforme al 693 LEC.

En la estipulación novena de la escritura, que regula la ejecución de la hipoteca, se establece que: «Vencido parcial o totalmente el préstamo y hasta el completo pago de la deuda, las contratantes acuerdan que la entidad acreedora podrá ejercitar tanto las acciones personales, como la real hipotecaria». Sin embargo, aparte de su referencia inicial en el artículo: «Vencido parcial o totalmente el préstamo», ninguna referencia se hace en esa estipulación al pacto de la «ejecución parcial» de la hipoteca en caso de incumplimiento parcial de la obligación garantizada (conforme al artículo 693.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), como hacen otros bancos, sino que el vencimiento parcial se regula en otra parte de la escritura, concretamente en la misma estipulación que regula el vencimiento total. A estos

efectos debe tenerse en cuenta que la resolución de 16 de junio de 2020 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública no basta con establecer la posibilidad de ejecución por impago parcial por remisión al artículo 693.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo necesario que en la escritura de préstamo hipotecario se especifique el número de impagos que faculta a la entidad acreedora para proceder a la ejecución parcial.

Es reiterada la doctrina de esta Dirección General desde la aprobación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, en el sentido que la calificación registral le permite, no solo rechazar aquellas cláusulas que vulneren normas específicas sobre la materia (ej. artículo 6 de la Ley 5/2019 sobre cláusulas suelo), o las que hubieran sido declaradas nulas por abusivas por Sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia o por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, sino también cuando él mismo aprecie esa nulidad en aquellas cláusulas que sean subsumibles en las prohibiciones —lista negra— contenidas en los artículos 85 a 90 o artículos asimilables de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, con base en la nulidad «ope legis» de las mismas declarada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2013. Ahora bien, el rechazo registral de estas cláusulas solo podrá tener lugar si su subsunción en los conceptos jurídicos legales puede hacerse de forma objetiva y debidamente fundamentada, es decir, siempre que no sea necesaria una ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso para comprobar su inclusión y no se funden exclusivamente en la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados.

Por otro lado, no deben acceder al Registro aquellas cláusulas que, con independencia de su validez civil, no tengan carácter inscribible por estar expresamente excluido su acceso al Registro de la Propiedad por una norma de naturaleza hipotecaria, de carácter imperativo en todo caso para el registrador, como ocurre, por ejemplo, con las prohibiciones de disponer, de conformidad con lo previsto en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria. Ni tampoco las que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas expresas u objetivas y, por tanto, nulas de pleno derecho, salvo que la norma establezca algún efecto distinto para el caso de su contravención, como ocurre, por ejemplo, con el pacto comisorio prohibido por el artículo 1859 del Código Civil.

En el supuesto objeto de este expediente, la cuestión se centra en dilucidar si la inclusión de un supuesto de ejecución parcial entre las causas de vencimiento anticipado es inscribible o si, por el contrario, la misma debe ser rechazada por vulnerar el principio hipotecario de especialidad y de claridad en la redacción de los asientos registrales, pues no existe ninguna norma prohibitiva o imperativa vulnerada, ni ha habido Sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia o por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación que anule la cláusula debatida.

Debe tenerse en cuenta la validez de los pactos que fijan por encima de tres mensualidades el período de incumplimiento del prestatario para que el acreedor pueda promover la ejecución parcial, ya que el artículo 693.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como se ha indicado anteriormente, contiene una norma dispositiva, que admite pacto en contrario, constituyendo el plazo de incumplimiento de tres mensualidades el mínimo legal para provocar la ejecución parcial, pero pu-

diéndose elevar ese límite mínimo por acuerdo de las partes; que es precisamente lo que se hace en este supuesto, en que se pacta, por remisión a otro pacto y en beneficio del deudor, un mínimo de doce o quince meses según que el préstamo hipotecario se encontrare en la primera mitad o en la segunda de su duración.

Resolución de 31-7-2024
*BOE* 23-10-2024
Registro de la Propiedad de Mojácar

CONDICIÓN RESOLUTORIA: CANCELACIÓN.

No cabe cancelar una condición resolutoria sin intervención de su titular solo por el hecho de que la sociedad esté disuelta y cancelada su inscripción.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo, que en los recursos, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, sólo cabe tener en cuenta los documentos presentados en tiempo y forma, es decir, que hayan sido calificados por el registrador.

Entrando en el fondo de la cuestión debatida, el artículo 82 de la Ley Hipotecaria en su párrafo primero, y reiterando el criterio general del artículo 3, exige como regla general para cancelar inscripciones o anotaciones practicadas en virtud de escritura pública, o bien escritura o documento auténtico «en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción (...)» o bien resolución judicial firme dictada en procedimiento adecuado y dirigido contra los titulares registrales afectados. Como excepción a la regla, su párrafo segundo, permite la cancelación sin dichos requisitos «cuando el derecho inscrito o anotado quede extinguido por declaración de la Ley o resulte así del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción o anotación preventiva». La posibilidad prevista en dicho párrafo segundo hace referencia a aquellos casos en que el derecho ha quedado extinguido de una manera inequívocamente indubitada de tal modo que resulta innecesario un nuevo consentimiento, voluntario o forzoso, del titular del derecho que se cancela. Como excepción que es, dicha regla debe ser objeto de interpretación cautelosa y estricta (artículo 4.2 del Código Civil). En el presente caso, el hecho de que la sociedad obligada al pago de la suma adicional esté en proceso de liquidación o que actualmente no sea la titular registral de la finca, no determina necesariamente que el derecho cuya cancelación se solicita haya quedado extinguido de una manera inequívocamente indubitada, pues el artículo 370 de la Ley de Sociedades de Capital prevé la posibilidad de reactivación de la sociedad disuelta.

Sobre esta materia, los artículos 398 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital regulan la figura del activo y pasivo sobrevenido y en particular el artículo 400 establece: «1. Para el cumplimiento de requisitos de forma relativos a actos jurídicos anteriores a la cancelación de los asientos de la sociedad, o cuando fuere necesario, los antiguos liquidadores podrán formalizar actos jurídicos en nombre de la sociedad extinguida con posterioridad a la cancelación registral de ésta. 2. En defecto de liquidadores, cualquier interesado podrá solicitar la formalización por el juez del domicilio que hubiere tenido la sociedad». En relación con ello, esta

Dirección General ha sostenido en diversas ocasiones (vid. Resoluciones citadas en los «Vistos») que incluso después de la cancelación de la sociedad, persiste todavía la personalidad jurídica de la sociedad extinguida como centro residual de imputación en tanto no se agoten totalmente las relaciones jurídicas de que la sociedad es titular, manteniéndose mientras tanto la aptitud de la sociedad para ser titular de derechos y obligaciones.

En definitiva, una vez inscrita en el Registro la condición resolutoria, su cancelación no puede operar por la mera manifestación hecha por un tercero de que ha desaparecido la causa material y al no haber transcurrido los plazos de caducidad legal que para los supuestos de condiciones resolutorias que no son en garantía de precio aplazado —como es el caso— contempla el artículo 210 de la Ley Hipotecaria, solo cabe la cancelación conforme a las reglas generales, consentimiento expresado del titular de la condición resolutoria, en los términos vistos, o resolución judicial firme.

Resolución de 31-7-2024
*BOE* 23-10-2024
Registro de la Propiedad de Albocàsser-Morella

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Si de las alegaciones de los colindantes resultan elementos que jusitifican dudas sobre la identidad de la finca, procede denegar la inscripción de la base gráfica.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En primer lugar, debe confirmarse la legitimación del cotitular colindante para formular la oportuna oposición, al resultar sobradamente acreditada su colindancia en el presente expediente, extremo éste controvertido en el mismo escrito de recurso. En segundo lugar, de los datos y documentos que obran en el expediente, se evidencia que no es pacífica la delimitación gráfica que se pretende inscribir, resultando posible o, cuando menos no incontrovertido, que con la inscripción de la representación gráfica aportada se puede alterar la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral, pudiendo afectar a los derechos de terceros. Se trata, por tanto, de la utilización del expediente previsto en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria para obtener el reflejo registral de una pretensión conflictiva al resultar una posible invasión de la parcela catastral colindante. Y, tal y como ha sostenido este Centro Directivo, el recurso contra la calificación

no es el cauce apropiado para resolver un posible conflicto entre titulares colindantes y referida a la titularidad de la porción de terreno superpuesta, cuestión que, a falta de acuerdo entre los interesados, estará reservada a los tribunales de Justicia, como debidamente indica el propio registrador en su informe en defensa de la calificación.

Resolución de 15-7-2024
*BOE* 30-10-2024
Registro de la Propiedad de León, número 1

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DENEGACIÓN.

La no identificación de la finca registral justifica la denegación del asiento de presentación.

El artículo 246.3 de la Ley Hipotecaria ha introducido un recurso especifico contra la denegación del asiento de presentación, que dado sus efectos respecto a la prioridad registral y para evitar una interrupción temporal excesiva del procedimiento registral, presenta plazos reducidos tanto para su interposición como para su resolución. Conforme a los plazos señalados el recurso debería ser objeto de inadmisión por extemporáneo, pero en este expediente se da la circunstancia de que la registradora en el preceptivo pie de recursos que debe seguir a la calificación, reprodujo los plazos señalados para el recurso potestativo ordinario que no tiene como objeto la denegación del asiento de presentación. Por este motivo y para no causar indefensión al recurrente, procede admitir el recurso y entrar a resolverlo.

También con carácter previo hay que reiterar la consolidada doctrina de esta Dirección General en los recursos, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

Respecto a la falta de firma de la instancia y siendo la presentación presencial, según se deriva de los documentos aportados al expediente, dicha omisión debió observarse en ese momento y requerirse al presentante su subsanación. Respecto del defecto en sí, hay una confusión evidente respecto a la documentación que se acompañó a la instancia. Los escritos de la fiscal y el abogado del Estado no oponiéndose a la cancelación, efectivamente no pueden provocar un asiento de presentación, pero la providencia, que no mandamiento como afirma el recurrente, que los acompaña según la nota de calificación, no es la dictada el día 5 de abril de 2024.

Cuando el asiento que deba practicarse en el Registro de la Propiedad sea la cancelación de una anotación preventiva, el título formal adecuado es el mandamiento. La figura del mandamiento, que se convierte en elemento formal indispensable para ciertas actuaciones registrales está prevista como acto procesal de comunicación en el artículo 149 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para cualquier actuación cuya ejecución corresponda a los Registradores de la Propiedad.

No obstante, lo procedente en este caso habría sido presentar la providencia y calificar los defectos derivados de su falta de firmeza y de la necesidad de un mandamiento que ordenase cumplir lo dispuesto en aquella. Previsiones ambas que, se contienen en la providencia aportada. En este sentido es reiterada la doctrina de esta Dirección en el sentido de denegar el asiento de presentación solo en aquellos casos en que el título es indudablemente inadecuado y de imposible acceso al Registro o, dicho de otra manera, cuando de una forma evidente resulte que el título nunca podrá provocar un asiento en los libros de inscripciones.

Respecto del segundo defecto, ni en la instancia ni en la providencia se reflejan las fincas sobre las que deban practicarse las cancelaciones. Este defecto debe confirmarse. La determinación de la finca objeto de las operaciones registrales es un elemento imprescindible para la extensión del asiento de presentación. La legislación hipotecaria no solo distingue, por emplear la terminología del recurrente, sino que exige su perfecta identificación. De lo anterior resulta que la falta de constancia de las fincas en cuyos folios deban llevarse a cabo los asientos solicitados supone que el contenido del título es incompleto a efectos de provocar la extensión del asiento de presentación.

Resolución de 15-7-2024
*BOE* 30-10-2024
Registro de la Propiedad de Badalona, número 2

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DENEGACIÓN.

No puede mantenerse la calificación por falta de motivación y por una redacción tan confusa que genera indefensión.

El artículo 246.3 de la Ley Hipotecaria ha introducido un recurso especifico contra la denegación del asiento de presentación, que dado sus efectos respecto a la prioridad registral y para evitar una interrupción temporal excesiva del procedimiento registral, presenta plazos reducidos tanto para su interposición como para su resolución. No contiene el citado artículo regulación alguna sobre cómo debe tramitarse este recurso exprés, pero es indudable que la aplicación de los artículo 325 y siguientes de la Ley Hipotecaria, relativos al recurso potestativo ordinario, solo serán de aplicación en cuanto no impidan la tramitación de este nuevo recurso en los plazos fijados, pues de otro modo quedaría estéril la finalidad perseguida. La consecuencia lógica de lo anterior es que, interpuesto el recurso, el registrador deberá remitir la documentación pertinente el mismo día o el siguiente hábil a aquel en que haya tenido su entrada en el Registro, ya que solo así podrá garantizarse su resolución en los cinco días hábiles siguientes. Conforme a los plazos señalados el recurso debería ser objeto de inadmisión por extemporáneo, pero en este expediente se da la circunstancia de que la registradora en el preceptivo pie de recursos que debe seguir a la calificación, reprodujo los plazos señalados para el recurso potestativo ordinario que no tiene como objeto la denegación del asiento de presentación. Por este motivo y para no causar indefensión al recurrente, procede admitir el recurso y entrar a resolverlo.

La nota de calificación adolece absolutamente de falta claridad, de su dicción literal no puede extraerse cuál es el defecto que impide la presentación del documento. La referencia al artículo 248 de la Ley Hipotecaria debe entenderse referida a la reducción de dicho artículo anterior a la dada por el artículo 36.13 de la Ley 11/2023, de 8 de mayo, la cita del artículo 420.3 del Reglamento Hipotecario es errónea, cuando la finca objeto de inscripción sí radica dentro del término del distrito hipotecario del Registro de Badalona número 2, y el motivo de no coincidir los datos de envío del «rapport» que determinan la presentación con el documento/fichero enviado es completamente ininteligible. A la falta de claridad de la calificación se une una cita defectuosa de los artículos que serían de aplicación y una falta de motivación que han producido una evidente indefensión del recurrente.

Si en un caso concreto hubiera de estimar un recurso y revocar una concreta nota de calificación recurrida ello no significa "pues legalmente no es ese el objeto ni alcance de la resolución de un recurso contra una concreta nota de calificación registral, proclamar la inscribibilidad del documento calificado". En este supuesto la estimación del recurso no implica que la presentación deba realizarse, su consecuencia es que deba efectuarse una calificación que cumpla los requisitos que le son exigibles.

Resolución de 22-7-2024
*BOE* 30-10-2024
Registro de la Propiedad de Madrid, número 42

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DENEGACIÓN.

No puede practicarse asiento de presentación de documentos que no pueden provocar ninguna operación registral.

El artículo 246.3 de la Ley Hipotecaria ha introducido un recurso especifico contra la denegación del asiento de presentación, que dado sus efectos respecto a la prioridad registral y para evitar una interrupción temporal excesiva del procedimiento registral, presenta plazos reducidos tanto para su interposición como para su resolución. No contiene el citado artículo regulación alguna sobre cómo debe tramitarse este recurso exprés, pero es indudable que la aplicación de los artículo 325 y siguientes de la Ley Hipotecaria, relativos al recurso potestativo ordinario, solo serán de aplicación en cuanto no impidan la tramitación de este nuevo recurso en los plazos fijados, pues de otro modo quedaría estéril la finalidad perseguida. La consecuencia lógica de lo anterior es que, interpuesto el recurso, el registrador deberá remitir la documentación pertinente el mismo día o el siguiente hábil a aquel en que haya tenido su entrada en el Registro, ya que solo así podrá garantizarse su resolución en los cinco días hábiles siguientes.

Entrando en el fondo del recurso, como dice la registradora en su nota no es competencia ni función de un registrador de la Propiedad dictar una resolución decretando la nulidad de un proyecto de reparcelación; tampoco lo es valorar la opinión del recurrente en cuya opinión de los pasajes contenidos en la sentencia que se acompaña, se deriva que la reparcelación inscrita en el Registro de la Propiedad adolece de nulidad. Por lo tanto y puesto que dichos documentos no

son susceptibles de provocar asiento alguno en el Registro de la Propiedad, debe confirmarse la calificación de la registradora por la que se deniega la extensión del asiento de presentación.

Resolución de 22-7-2024
*BOE* 30-10-2024
Registro de la Propiedad de Caldas de Reis

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DENEGACIÓN.

No puede practicarse asiento de presentación si no se acompaña el PDF de la escritura.

En el supuesto de este expediente, la calificación denegatoria de la extensión del asiento de presentación objeto de recurso, cuya documentación tuvo entrada en el Registro el día 27 de junio de 2024 fuera de las horas de oficina, se produce el día 28 de junio de 2024 y se lleva a cabo su comunicación con sello del Registro de la Propiedad el mismo día, todo lo cual es correcto, sin embargo la notificación fehaciente de la denegación con firma de la Registradora no se produce hasta el día 10 de julio de 2024 lo que conculca los plazos legales, cuando según la dicción literal del referido articulo debió hacerse el mismo día. Por último, para la resolución del recurso, este Centro Directivo debe ceñirse a la documentación aportada por lo que el contenido de las llamadas telefónicas que las partes reconocen, en cuanto no puede acreditarse, debe obviarse. No obstante, que desde el Registro, por cortesía se ponga en conocimiento del remitente la negativa a la práctica del asiento de presentación, no puede en ningún caso suponer la interrupción de la recepción de los documentos que entre tanto se sigan presentando ni que deba efectuar advertencia alguna antes de proceder directamente a denegar.

En cuanto al fondo del recurso y conforme a lo anterior, no cabe sino su desestimación. Conforme a la nota de calificación, el pdf que contenía la escritura pública no se adjuntó a la solicitud de práctica del asiento de presentación que causo el número 2.563 del Libro de Entrada el día 27 de junio de 2024, fuera de las horas de oficina. Por lo cual y conforme a los artículos antes referenciados no cabe otra cosa que la denegación del asiento.

Resolución de 2-8-2024
*BOE* 30-10-2024
Registro de la Propiedad de Zafra

LIBRO DE ENTRADA: PRESENTACIÓN FÍSICA HECHA POR UN NOTARIO.

No cabe denegar la entrada de una escritura presentada por una notario de forma física o presencial como encargada de la gestión de dicho documento.

Mediante el Libro de Entrada queda constancia, automática e inmediata, incluso fuera de horas de oficina, del acceso al Registro de cualquier título, lo que garantiza que la información obtenida mediante el acceso directo a los libros del Registro, que incluye también ese Libro de Entrada, está absolutamente actuali-

zada. La actualización constante del Registro unida a su llevanza directamente en soporte informático y al acceso directo a su contenido en el momento del otorgamiento, todo ello completado con la presentación telemática de la escritura, supone un gran reforzamiento de la seguridad jurídica. Bien es cierto de la denegación de acceso a Libro de Entrada debe reducirse a supuestos mínimos y la prudencia dicta que lo conveniente es practicarlo y en su caso denegar la extensión del asiento de presentación en el Diario. Pero en ningún caso es un mero libro donde se asiente o recepcione cualquier documento que llegue al Registro, es un asiento con una regulación, requisitos legales y efectos específicos.

En cuanto a la inexistencia de recurso, es cierto que la Ley Hipotecaria no ha introducido un recurso específico, pero esta Dirección General siempre ha mantenido el criterio de que cualquier calificación registral negativa, y la denegación del asiento del Libro de Entrada lo es, debe ser objeto de recurso. La Ley 11/2023, en el artículo 246.3 de la Ley Hipotecaria, introdujo un recurso especifico contra la negativa a extender el asiento de presentación. Recurso que por analogía parece el que sería aplicable a este supuesto, como por otra parte ha deducido la recurrente al interponerlo.

Conforme al artículo 322 de la Ley Hipotecaria, antes transcrito, la notificación de la calificación al notario autorizante deberá efectuarse actualmente por el registrador desde de la Sede Electrónica registral y será remitida a través de la misma al notario autorizante en la Sede Electrónica notarial. Y lo anterior no varía por el hecho de que el notario sea también el presentante y la presentación se haya llevado a cabo presencialmente. A este respecto el correo electrónico, como se dijo también en la citada Resolución de 28 de mayo de 2024, tiene un papel muy residual en el procedimiento registral, limitándose a ser dirección hábil a efectos de notificaciones o comunicaciones en los casos tasados en los que la Ley Hipotecaria admite dicha designación y no siendo en ningún caso medio hábil para la presentación de documentos. Tampoco es medio hábil para dar traslado a resoluciones o a notas de calificación, pero si para comunicar que existe a disposición del interesado una resolución a la que puede acceder en la Sede Electrónica. Al correo electrónico como medio hábil para recibir notificaciones se refieren el artículo 222 bis y el propio artículo 245 de la Ley Hipotecaria. En el supuesto de este expediente en la solicitud de entrada no consta ninguna dirección postal o electrónica a la que remitir la nota, pero siendo el presentante representante de la notaría, como ella misma admite, es correcta la notificación efectuada por esa vía, en los términos antes relacionados, es decir para comunicar la existencia de una resolución registral accesible en la Sede Electrónica.

Por último, se debe analizar el motivo de la denegación. La registradora entiende que el notario al relacionarse con el Registro debe hacerlo de forma telemática en base a lo dispuesto en el artículo 14.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. La forma telemática o electrónica de presentación en el Registro tiene también una regulación registral especial muy precisa en la Sección Octava, «Incorporación de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas a la seguridad jurídica preventiva», de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en especial en su artículo 112, modificado por la Ley 24/2005,

de 18 de noviembre, y al que se añade el apartado 6 por el artículo 38.3 de la Ley 11/2023, de 8 de mayo, y por lo tanto plenamente vigente y de aplicación directa.

Por lo tanto, habiendo renunciado el interesado, la entidad acreedora, a la presentación telemática y habiendo, a lo que parece, encargado la gestión del documento a la notaria autorizante quien procede a la presentación física del documento por medio de un tercero, debió extenderse asiento de entrada, sin perjuicio de la cumplimentación de la solicitud con los requisitos legales exigibles.

Resolución de 6-8-2024
*BOE* 30-10-2024
Registro de la Propiedad de Igualada, número 1

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: SALVAGUARDIA DE LOS TRIBUNALES.

No cabe acceder a la cancelación de una anotación preventiva por mera solicitud de una persona interesada.

Como cuestión preliminar, debe examinarse si el recurso debe ser admitido a trámite dado que no se ha presentado un escrito de recurso en sentido formal, sino que se ha presentado el mismo título que dio lugar a la nota de calificación y en el que además parece que falta alguna página. En el presente caso, a pesar de que el escrito no contiene las menciones previstas en los apartados a) y c) del referido precepto, exigencias del principio de economía procesal imponen admitir el recurso al no haber duda de la calificación que se impugna.

Como señala la registradora en su nota, es doctrina reiterada de esta Dirección General (vid. Resoluciones citadas en los «Vistos», entre otras muchas) que tratándose de inscripciones ya efectuadas y encontrándose los asientos bajo la salvaguardia de los tribunales, con arreglo al artículo 1 de la Ley Hipotecaria, su modificación o cancelación sólo podrá realizarse mediante el consentimiento de los titulares registrales que se encuentren legítimamente acreditados, o bien mediante una resolución judicial recaída en juicio declarativo contra los mismos (vid. artículos 1, 38, 40, 82, 214 y 217 de la Ley Hipotecaria). En caso contrario se produciría una situación de indefensión de tal titular, proscrita por la Constitución Española (cfr. artículo 24). Tampoco es posible la cancelación por caducidad de la anotación prorrogada al estar todavía vigente. Conforme al artículo 86 de la Ley Hipotecaria caducará a los cuatro años de la fecha de la anotación misma de prórroga, que tuvo lugar el día 8 de abril de 2022.

Resolución de 8-8-2024
*BOE* 30-10-2024
Registro de la Propiedad de Santa Cruz de Tenerife, número 3

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE.

Se reitera la doctrina relativa a los procedimientos seguidos contra herederos del titular registral.

Es principio básico de nuestro sistema registral el de que todo título que pretenda su acceso al Registro ha de venir otorgado por el titular registral o en procedimiento seguido contra él (cfr. artículos 20 y 40 de la Ley Hipotecaria), alternativa esta última que no hace sino desenvolver en el ámbito registral el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de los derechos e interdicción de la indefensión (cfr. artículo 24 de la Constitución Española) y el propio principio registral de salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr. artículo 1 de la Ley Hipotecaria).

El respeto a la función jurisdiccional, que corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales, impone a todas las autoridades y funcionarios públicos, incluidos por ende los registradores de la Propiedad, la obligación de cumplir las resoluciones judiciales. Pero no es menos cierto, conforme doctrina reiterada de este Centro Directivo, apoyada en la de nuestro Tribunal Supremo en la Sentencias relacionadas en «Vistos», que el registrador tiene, sobre tales resoluciones, la obligación de calificar determinados extremos, entre los cuales no está el fondo de la resolución, pero sí el de examinar si en el procedimiento han sido emplazados aquellos a quienes el Registro concede algún derecho que podría ser afectado por la sentencia, con objeto de evitar su indefensión proscrita, como se ha dicho, por nuestra Constitución (cfr. artículo 24 de la Constitución Española), ya que precisamente el artículo 100 del Reglamento Hipotecario permite al registrador calificar del documento judicial «los obstáculos que surjan del Registro», y entre ellos se encuentra la imposibilidad de practicar un asiento registral si no ha sido parte o ha sido oído el titular registral en el correspondiente procedimiento judicial.

En los procedimientos judiciales que tengan por objeto el reconocimiento de una adquisición por prescripción, a los efectos del principio de tracto sucesivo, será necesario que la demanda se haya dirigido contra quienes aparezcan como titulares registrales de la finca. Si estos hubieran fallecido, corresponderá al juez apreciar si los demandados reúnen la condición de llamados a la herencia de dichos titulares registrales, sin que pueda el registrador exigir que se aporten los títulos sucesorios que así lo acreditan. Siguiendo el criterio establecido por la Sentencia 590/2021, de 9 de septiembre, del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, este Centro Directivo modificó la doctrina para estos casos, afirmando que cuando se demanda a una herencia yacente caben dos posibilidades: — que se conozca o se tengan indicios de la existencia de concretas personas llamadas a la herencia. En este caso, habrá de dirigirse la demanda contra estos herederos, previa averiguación de su identidad y domicilio. — que no se tenga indicio alguno de la existencia de herederos interesados en la herencia yacente (casos de personas que han fallecido sin testamento y sin parientes conocidos con derecho a la sucesión intestada). En estos supuestos, además de emplazar a los ignorados herederos por edictos, se debe comunicar al Estado o a la Comunidad Autónoma llamada por la normativa civil aplicable a la sucesión intestada a falta de otros, la pendencia del proceso, conforme al citado artículo 150.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Resolución de 9-8-2024
*BOE* 30-10-2024
Registro de la Propiedad de Ibiza, número 4

HERENCIA: PARTICIÓN REALIZADA POR EL TESTADOR.

Para calibrar si estamos o no en presencia de una verdadera partición hecha por el testador habrá que atender a la interpretación del testamento.

Distintas de la partición hecha por el testador son las denominadas normas para la partición o normas particionales, por las que aquél expresa su voluntad respecto de la adjudicación de determinados bienes en pago de la cuota hereditaria de los herederos en la partición que habrá de realizarse. En estos casos el título de adjudicación haría tránsito de una pretendida partición del testador a una partición que deberán realizar todos los herederos y no un solo grupo de ellos, teniendo en cuenta, eso sí, las normas particionales del testador que son obligatorias y vinculantes en tanto en cuanto no perjudiquen la legítima. Para determinar si las disposiciones del testador comportan propiamente la partición de la herencia o se trata, más bien, de normas particionales deben ser interpretadas adecuadamente tales disposiciones.

Por los anteriores razonamientos, para admitir que el testador pretendió realizar la partición de su herencia no puede ser obstáculo —sin más— el hecho de que puedan existir otros bienes al tiempo del fallecimiento del testador o el hecho de que no haya avalúo de bienes (pues, como ha quedado expuesto, en la partición hereditaria por el testador prevalece lo dispositivo de modo que no proceden los complementos por diferencias de valor —que, por lo demás, no existen en este caso—, salvo que el testador disponga lo contrario); y, asimismo, la circunstancia de que no haya referencia a la liquidación de deudas o manifestación sobre ellas. En definitiva, el núcleo de la cuestión planteada reside en la interpretación de la voluntad de la testadora, pues, a pesar de las referidas circunstancias, debe dilucidarse si pretendió otorgar un testamento de contenido particional, al menos en cuanto a los bienes relacionados en él, o fijar determinadas instrucciones para la ulterior partición.

Ciertamente el primer elemento en la interpretación de los testamentos es el literal, pero merced a la utilización de otros elementos interpretativos se debe establecer cuál es el verdadero significado de las cláusulas testamentarias. El Tribunal Supremo ha hecho aplicación en numerosas ocasiones de la prueba extrínseca, y señala la importancia del factor teleológico y sistemático con objeto de llegar a una interpretación armónica del testamento.

Por aplicación de los referidos criterios interpretativos, debe entenderse que atendiendo a los medios hermenéuticos que, propiamente, pueden emplearse a efectos del procedimiento registral, en el presente caso es determinante el hecho de que el testador manifiesta que en virtud de determinado pacto sucesorio formalizado en la escritura que reseña, instituyó herederas a las mismas personas que se designan en el testamento, si bien se reservó la facultad de disponer del resto de los bienes no entregados por pacto y es lo que se dispone a realizar por la vía de la partición en virtud del testamento.

Resolución de 12-8-2024
*BOE* 30-10-2024
Registro de la Propiedad de Málaga, número 4

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL: REGISTRO CIVIL.

Para inscribir la cesión de un crédito hipotecario a uno de los cónyuges no es necesario acreditar la previa inscripción en el Registro Civil.

Ciertamente, el artículo 266 del Reglamento del Registro Civil exige, en su párrafo sexto, que en las inscripciones que en cualquier otro Registro —y, por tanto, en el Registro de la Propiedad— produzcan los hechos que afecten al régimen económico matrimonial han de expresarse los datos de inscripción en el Registro Civil (tomo y folio en que consta inscrito o indicado el hecho), que se acreditarán por certificación, por el libro de familia o por la nota al pie del documento. Y dispone que «de no acreditarse se suspenderá la inscripción por defecto subsanable». Pero entre los hechos que afectan al régimen económico a que se refiere el citado precepto reglamentario no está la cesión en favor de uno de los cónyuges de un crédito garantizado con hipoteca porque ni este hecho se refleja en el Registro Civil ni por sí afecta al régimen o estatuto a que están sujetas las relaciones económicas conyugales.

Resolución de 14-8-2024
*BOE* 30-10-2024
Registro de la Propiedad de Parla, número 4

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DENEGACIÓN.

No puede practicarse asiento de presentación de documentos compulsados o testimoniados.

El artículo 246.3 de la Ley Hipotecaria ha introducido un recurso especifico contra la denegación del asiento de presentación, que dado sus efectos respecto a la prioridad registral y para evitar una interrupción temporal excesiva del procedimiento registral, presenta plazos reducidos tanto para su interposición como para su resolución. No contiene el citado artículo regulación alguna sobre cómo debe tramitarse este recurso exprés, pero es indudable que la aplicación de los artículos 325 y siguientes de la Ley Hipotecaria, relativos al recurso potestativo ordinario, solo serán de aplicación en cuanto no impidan la tramitación de este nuevo recurso en los plazos fijados, pues de otro modo quedaría estéril la finalidad perseguida. La consecuencia lógica de lo anterior es que, interpuesto el recurso, el registrador deberá remitir la documentación pertinente el mismo día o el siguiente hábil a aquel en que haya tenido su entrada en el Registro, ya que solo así podrá garantizarse su resolución en los cinco días hábiles siguientes.

L a inscripción no puede practicarse en base a documentos «compulsados» o testimoniados, por cuanto, aunque reproduzcan documentos públicos no conservan las cualidades de estos ni sus caracteres de autenticidad y validez a efectos de producir un asiento registral y en consecuencia tampoco son hábiles para la extensión del asiento de presentación.

# Registro Mercantil y Bienes Muebles

Por Servicio de Coordinación RRMM

Resolución de 23-7-2024.
BOE 9-10-2024
Registro Mercantil de Lugo.

FACULTAD DE CONFERIR PODERES.

SE REVOCA

Estamos ante un supuesto donde una misma persona es consejero delegado y apoderado de una sociedad limitada, y se discute en este expediente si dicha persona tiene facultad para conferir los poderes. La DG indica que, aunque no se haya determinado en la escritura con el debido rigor la condición con la que actúa el representante, es decir no se indica si actúa como consejero delegado o como apoderado, en todo caso tiene esa facultad en el primer supuesto a tenor 234 LSC, y como apoderado, también, según resulta de las facultades transcritas e inscritas en el registro mercantil.

Resolución de 9-9-2024.
*BOE* 6-11-2024
Registro Mercantil de Valencia, número II.

CERTIFICACIÓN DE APROBACIÓN DE CUENTAS FIRMADA CON FIRMA MANUSCRITA.

SE REVOCA

Según el art. 280 LSC en relación con los depósitos de cuentas, el registrador calificará bajo su responsabilidad si los documentos presentados son los exigidos por la ley, si están debidamente aprobados por la junta general y si constan las preceptivas firmas.

La doctrina de la DG establece que los documentos contables presentados en el Registro Mercantil deben reunir los requisitos formales exigidos, entre ellos, que la certificación del acuerdo social de aprobación de cuentas ha sido expedida por persona que tenga facultad para ello y su cargo certificante se halle inscrito. Debiendo el registrador comprobar que la firma correspondiente ha sido validada.

Cuando se presenta un depósito de cuentas de forma telemática la certificación de aprobación de cuentas puede contener firma autógrafa del certificante si éste no dispone de firma electrónica, según resulta del Anexo II del modelo de depósito de cuentas anuales aprobado por Resolución de 23/04/2024 complementada por Res. De 8/05/2024. Y el hecho de tener DNI electrónico no significa que se pueda firmar electrónicamente.

Debe admitirse la firma electrónica tanto para la presentación física como para la telemática y, para esta última, también debe admitirse la firma autógrafa.

Resolución de 10-9-2024.
*BOE* 6-11-2024
Registro Mercantil de Murcia, número II.

CIERRE DEL REGISTRO. ACTIVIDAD DE LA EMPRESA.

SE CONFIRMA

Según doctrina de la DG para una sociedad en formación, como es el caso que nos ocupa, —la escritura de constitución es de 29 de diciembre de 2016 y en el art. 3 de sus estatutos indica que se inicia la actividad el mismo día de su otorgamiento, quedando registrada el 16 de febrero de 2017— el primer ejercicio fue el comprendido entre el día de su otorgamiento y el 31 de diciembre del mismo año. Aun cuando la sociedad no hubiera realizado actividad mercantil alguna al cierre de ese primer ejercicio, tiene la obligación de presentar los documentos contables en el RM competente. (Resolución de 25 de marzo de 2011 y 19 de octubre de 2020).

Conforme al art. 282 LSC y 378 RRM transcurrido un año desde el cierre del ejercicio por el que se produzca el cierre registral no se podrá inscribir documento alguno relativo a la sociedad mientras el incumplimiento persista. En el caso que nos ocupa hace muchos más años porque estamos hablando del depósito de 2017, no obstante, la DG indica que sería suficiente la presentación a depósito de cuentas de los tres últimos ejercicios respecto de los que se haya producido el efecto del cierre o constancia de su no aprobación.

Resolución de 11-9-2024.
*BOE* 6-11-2024
Registro Mercantil de Mahón.

LIQUIDACIÓN DE UNA SOCIEDAD NO INSCRIBIBLE SI EXISTE DEUDA A FAVOR DE ACREEDORES.

SE CONFIRMA

Estamos ante un supuesto de una escritura de liquidación y extinción de sociedad donde del balance de liquidación no resultan otros acreedores que los propios socios adjudicándose entre estos el activo existente, pero en el RM resulta una deuda por declaración de insolvencia provisional en virtud de sentencia firme de un Juzgado de lo Social y del balance resulta un activo por un importe de 1564,40 euros.

No se puede aplicar la Resolución de 5 de febrero de 2024 en este caso porque no estamos ante un supuesto de inexistencia de activo repartible como solicita el recurrente porque sí que se adjudica a los socios el activo patrimonial existente.

Según doctrina de la DG para que pueda inscribir la liquidación de una sociedad de capital en el Registro Mercantil es requisito inexcusable que previamente se satisfaga a los acreedores para que los socios puedan repartirse el haber social, de modo que cualquier alternativa al previo pago distinta a la prevista legalmente no puede llevarse a cabo sin la conformidad del acreedor. (art. 385 y 391 LSC).

En el caso que nos ocupa, el liquidador no rebate que no exista o se haya pagado dicha deuda, sino que se limita a decir que hay una situación de insolvencia total y carece de activo, lo que es contradictorio con el contenido de la escritura.

Resolución de 17-9-2024. y Resolución de 18-9-2024.
*BOE* 6-11-2024
Registro Mercantil de Málaga, número I.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD, PRINCIPIO DE PRIORIDAD EN LA INSCRIPCIÓN DE ACUERDOS SOCIALES.

SE REVOCA

Estamos ante un supuesto en los que una sociedad limitada presenta en el RM para su inscripción un Acta Notarial de Junta General de Acuerdos sociales y una escritura de elevación a público de acuerdos sociales, el acta notarial de la junta general presentada en el registro después de la escritura, pero de fecha anterior, entrando ambas en conflicto por el nombramiento de administradores únicos distintos.

Los recurrentes alegan que los títulos no son incompatibles, y que se debe aplicar el principio de prioridad por lo que debe inscribirse el acta notarial por referirse a una junta general anterior.

La DG señala, de acuerdo con reiterada doctrina anterior, que no estamos ante un conflicto de prioridad sino de validez de títulos (art.10 RRM), por eso el registrador en su calificación debe tener en cuenta no solo los documentos inicialmente presentados sino también los auténticos y relacionados con ellos para que al examinarse en calificación conjunta todos los documentos pendientes de despacho relativos a un mismo sujete inscribible, se pueda lograr un mayor acierto en la calificación con el objetivo de evitar inscripciones inútiles e ineficaces. (STS 561/2022 de 12 de julio). Es aplicación del principio de legalidad y la obligación del registrador de llevar a cabo una calificación conjunta.

No cabe la aplicación del art. 111 RRM porque no basta con que se alegue, sino que es preciso que se acredite la falta de autenticidad del nombramiento de los cargos en el caso que nos ocupa. El registrador duda del acierto del presidente al declarar válidamente constituida la junta como universal. Como ha señalado reiteradamente la DG el registrador no queda siempre y en todo caso vinculado por la actuación del presidente, cuando sus declaraciones resulten contradichas por la documentación aportada y los asientos del registro en términos tales que aquélla no pueda mantenerse. En el presente caso estamos ante una disputa hereditaria en relación con la titularidad de las participaciones sociales. Por ello en este supuesto, a tenor de la Resolución de 23 de mayo de 2022, cuando las participaciones están integradas en una herencia indivisa, es la comunidad hereditaria y no cada heredero en condición de socio, la facultada para actuar. Debiendo indicar quién actúa en representación de dicha comunidad. Es por ello que el acta notarial de la junta consta como anexo otra acta en que figura la designación del único heredero como representante de la comunidad hereditaria para ejercer los derechos del socio. No se trata de afirmar el acierto o no del presidente al constituir la junta sino que razones pudo tener para ello, aunque luego no se acepten por el juez en caso de impugnación. Esta apariencia es suficiente para aceptar la inscripción y evitar una situación de bloqueo del órgano de administración de la sociedad en defensa de sus intereses. Se considera que todos los títulos que cumplan con los mínimos requisitos formales del procedimiento registral han de tener acceso al mismo.

# ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

## 1. DERECHO CIVIL

### 1.1. Parte general

# Derecho al honor *versus* libertad de expresión en redes sociales. el comportamiento beligerante y agresivo de las comunicaciones en redes sociales

## *Right to honor versus freedom of expression on social networks. the belligerative and aggressive behavior of communications on social networks*

Por

ELENA FERNÁNDEZ DE LA IGLESIA*

*Doctora en Derecho. Profesora Ayudante de Derecho Civil. UCM*

RESUMEN: En términos generales, el discurso de la agresividad verbal engloba todas aquellas expresiones consideradas peligrosas para la estabilidad de los sistemas democráticos. Entre ellas se encuentran las ofensas basadas en expresiones machistas frente a criterios feministas. La protección jurídica de estas expresiones continúa generando interesantes discusiones en diversos tribunales constitucionales y supranacionales. Nuestro artículo pretende explicar algunos de los principales criterios jurídicos que el TEDH y siguiendole nuestros tribunales (Supremo y Constitucional) que han adoptado sobre este tema en favor de la libertad de expresión. En el caso objeto de comentario dos son las cuestiones importantes a examinar, por un lado, la ideología del personaje que puede ser apreciada como violenta hacia las mujeres por su posicionamiento ideológico, donde prevalece el derecho a la libertad de expresión sobre el derecho al honor del sujeto, y por otro lado, la responsabilidad del titular de la cuenta de Facebook que permite los comentarios de sus seguidores, descalificadores, insultantes y amenazantes, no pudiendo de desentenderse sin más de lo que se publica en su perfil por otros usuarios.

---

* Número de investigador. Código ORCID:

Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación «Derecho de daños. Derecho de la contratación» de la Universidad Complutense de Madrid, de cuyo equipo de investigación formo parte.

*ABSTRACT. In general terms, the discourse of verbal aggressiveness encompasses all those expressions considered dangerous for the stability of democratic systems. These include offences based on sexist expressions as opposed to feminist criteria. The legal protection of these expressions continues to generate interesting discussions in various constitutional and supranational courts. Our article aims to explain some of the main legal criteria that the TEDH and our courts (Supreme and Constitutional) have adopted on this issue in favour of freedom of expression. In the case under discussion, there are two important issues to examine: on the one hand, the ideology of the person who can be considered as violent towards women because of his ideological position, where the right to freedom of expression prevails over the subject's right to honour, and on the other hand, the responsibility of the Facebook account holder who allows disqualifying, insulting and threatening comments from his followers, who cannot simply disregard what is published on his profile by other users.*

PALABRAS CLAVE. Libertad de expresión. Derecho al Honor. Responsabilidad titular cuenta Facebook. Incitación pública a la violencia. Redes Sociales

*KEY WORDS. Freedom of expression. Right to Honor. Responsibility of titular Facebook post. Public incitement to violence. Networks.*

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN.—II. ¿SE ATENTA CONTRA EL DERECHO AL HONOR, SOLO CUANDO HAY COMENTARIOS Y/O EXPRESIONES CONSTITUTIVOS DE ACTOS VIOLENTOS CONTRA LAS MUJERES? A. El carácter violento del titular de la cuenta de facebook y el requisito de veracidad. B. La expresión "violento con las mujeres": ¿juicio de valor muy crítico o expresión que lesiona el derecho al honor? la importancia del contexto.—III. CONFLICTO ENTRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DERECHO AL HONOR. A. La ponderación entre el derecho al honor y la libertad de expresión. B. Criterios relevantes para resolver el conflicto. *b.1. Valoración del interés general. b.2. Relevancia del criterio de veracidad en materia de libertad de expresión. b.3. La forma y el modo de vertir las opiniones. b.4. Libertad de expresión en el contexto del debate político: clave en la noción de sociedad democrática. b.5. El valor del contexto y la legitimación de las expresiones.*—IV. LA CONDUCTA ANTERIOR DEL SUJETO EN LA RED SOCIAL TWITER (HOY X) Y EN LAS CUENTAS DE YOUTUBE.—V. LA RESPONSABILIDAD DEL YOUTUBER POR ABSTENERSE DE RETIRAR LOS MENSAJES DE SUS SEGUIDORES.—VI. YOUTUBE: *FAMA Y POPULARIDAD*, Y LA *MONETIZACIÓN* DE SUS PUBLICACIONES.—VII. REPERCUSIONES DE LOS SEGUIDORES DEL YOUTUBER: PERFILES CONDUCTUALES COMPATIBLES CON EL MENSAJE.— VIII. CONCLUSIÓN.—IX. ÍNDICE DE AUTOS, SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO AUDIENCIAS Y JUZGADOS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—X. LEGISLACION CITADA.

## I. INTRODUCCIÓN

Nuestra sentencia objeto de comentario va a ser la STS, Sala 1ª, de 28 de mayo de 2024,[1] cuyos hechos se centran en que el demandante es titular de una cuenta de YouTube con 250.000 seguidores, y en la que publicaba periódicamente vídeos

en los que intervenía encarnando un personaje llamado "Un Tío Blanco Hetero", cuya identidad no desvelaba. En sus vídeos, que monetizaba, aparecía con la cara tapada por una tela blanca, salvo la boca, ocultaba sus ojos con unas gafas de sol, y cubría la cabeza con una capucha negra. Con una marcada gesticulación, exponía fuertes críticas hacia algunas personas, en concreto, hacia determinadas activistas feministas.

El 28 de noviembre de 2018 publicó un vídeo titulado "Fraudes académicos y derivados", en el que criticaba de modo ácido determinados comportamientos y a determinadas personas del movimiento feminista. Entre las personas a las que dirigía sus críticas en ese vídeo se encontraba la demandada. En el foro de comentarios a este vídeo, varios de los seguidores de su canal de YouTube publicaron comentarios insultantes e incluso amenazadores hacia D.ª Caridad, que el demandante, titular de la cuenta, no eliminó.

Por toro lado, la Universidad Europea Miguel de Cervantes organizó el 18 de julio de 2019 una mesa redonda sobre "Feminismo y género en la España de hoy" en la que, entre otras personas, intervino el youtuber sin desvelar su identidad y con el disfraz.

El 19 de julio de 2019, D.ª Caridad publicó en su cuenta de la red social Twitter los siguientes mensajes:

"Quiero denunciar públicamente que instituciones universitarias como la @UEMC organicen mesas redondas para hablar de feminismo invitando a trols como "un tío blanco hetero" que es machista y violento con las mujeres. Qué poca ética, qué poco feminista y qué insultante".

"Invitar a una persona machista y violenta con las mujeres para hablar de valores y de feminismo es todo menos ético y feminista. Es insultante que hayáis organizado esta mesa y que haya personas que se declaren feministas y se hayan sentado en ella".

"Que se le de voz en medios y en universidades a este trol bajo el titular de feminismo es machismo institucional y mediático @nortecastilla @uemc".

El youtuber interpuso demanda en la que solicitaba que se declarara que la demandada "ha atentado los derechos fundamentales al honor, intimidad personal y propia imagen" del demandante por la publicación de los referidos tuits, se la condenara a indemnizarle en un euro "en concepto de daño moral genérico" y "a la publicación íntegra de esta sentencia en el mismo medio en el que ha atentado contra el honor del demandante".

## II. ¿SE ATENTA CONTRA EL DERECHO AL HONOR, SOLO CUANDO HAY COMENTARIOS Y/O EXPRESIONES CONSTITUTIVOS DE ACTOS VIOLENTOS CONTRA LAS MUJERES?

### A. El carácter violento del titular de la cuenta de facebook y el requisito de veracidad

Anticipamos que difieren las resoluciones del juzgado de primera instancia y la de la Audiencia. La *sentencia de primera instancia* estimó la demanda pues "[d]espués del visionado de la grabación de la mesa redonda en que intervino el actor

no puede concluirse que en la misma que éste profiriera comentarios y/o expresiones constitutivos de actos violentos contra las mujeres ni que incitara a su comisión a otras personas; las declaraciones que efectuó el demandante en la mesa redonda no van dirigidas a generar odio, menosprecio o burla de las mujeres, ni se observan actos gestuales [...] que pueden calificarse como violentos contra las mujeres" y "[l]as imputación que realiza la actora [en realidad, la demandada] sobre el carácter violento del actor con las mujeres, además de no ser corroborado por el *requisito de veracidad* ya que no se ha probado tal comportamiento ni existe resolución judicial alguna en dicho sentido, sí constituyen expresiones que lesionan el derecho al honor del demandante, al transmitir al público, a través de las redes sociales, la imagen del demandante como una persona que realiza actos de violencia física y/o verbal sobre las mujeres".

### B. La expresión "violento con las mujeres": ¿juicio de valor muy crítico o expresión que lesiona el derecho al honor? la importancia del contexto

Caridad formuló recurso de apelación contra esa sentencia y la *Audiencia Provincial lo estimó* basándose en que "[...] de un lado las expresiones utilizadas por la demandada son sobre todo una crítica a la Universidad por invitar a una mesa sobre feminismo y género al personaje…, de modo que no es cuestión relevante el que en dicha mesa este no realizara actos de violencia contra las mujeres; y de otro lado, porque no se tiene en cuenta el contexto en que se manifiestan las expresiones supuestamente atentatorias al honor, que no suponen imputación alguna que tenga alguna concreción a considerar".

Tras recordar la jurisprudencia conforme a la cual las expresiones deben valorarse dejando al margen una concepción abstracta del lenguaje en beneficio de una *concepción pragmática que valore el lenguaje en relación con su contexto*, la sentencia de segunda instancia añadió: "Desde luego hay una situación de claro enfrentamiento ideológico entre la postura de la demandada sobre el feminismo y la postura que mantiene el actor, enfrentamiento también personal, basta examinar los documentos 2 y 3 aportados por la demandada sobre los vídeos elaborados por el actor "fraudes académicos y derivados" y "Respuesta a las acusaciones de Caridad" que dan lugar a comentarios de seguidores del actor, descalificadores, insultantes y amenazantes para la demandada; y es así que en este ámbito la decisión de la Universidad de invitar a la mesa redonda sobre feminismo a "un hombre blanco hetero" puede ser objeto de crítica por más que la provocación pueda ser parte del debate, más aún cuando el personaje acude al acto ocultando su identidad y en la forma en que realiza su actividad en YouTube, de modo que si las expresiones "troll" o machista pueden ser perfectamente definidoras de cierta postura ideológica o de actividad en las redes, la expresión "violento con las mujeres" no supone a juicio de la Sala sino un juicio de valor muy crítico y sin duda de mayor agresividad hacia el personaje pero sin alcanzar en este concreto ámbito antes descrito ni la imputación de actividades delictivas ni concretas conductas reprochables penalmente, pues lo que se quiere resaltar en la crítica a la Universidad es la ideología del personaje que puede ser apreciada como violenta hacia las mu-

jeres por su posicionamiento ideológico, por lo que estima la Sala que prevalece el derecho a la libertad de expresión sobre el derecho al honor del demandante".

## III. CONFLICTO ENTRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DERECHO AL HONOR

### A. La ponderación entre el derecho al honor y la libertad de expresión

El Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional han declarado que la *ponderación necesaria* para resolver el conflicto entre ambos derechos se centra la prevalencia funcional, que no jerárquica, que sobre los derechos de la personalidad del art. 18 CE ostenta el derecho a la libertad de expresión del art. 20.1 a), en función de su doble carácter de libertad individual y de garantía institucional de una opinión pública libre e indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático.

La sentencia del TC de 20 de junio de 2016 señala que esa dimensión institucional hace que la libertad de expresión "goce de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones", debe ser "lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura; esto es, sin timidez y sin temor".[2]

En el caso de esta STC el recurrente en amparo fue condenado por un delito de enaltecimiento del terrorismo, debido a su participación como principal orador en un acto conmemorativo del asesinato de un dirigente de la organización terrorista ETA. Este acto se había publicitado mediante carteles pegados en las calles en los que se transcribía un texto atribuido al homenajeado en el que se destacaba que "La lucha armada no nos gusta a nadie [...]; a consecuencia de ella se puede morir, se ve uno obligado a matar, endurece a la persona, le hace daño, pero la lucha armada es imprescindible para avanzar". En su discurso, el ahora demandante pedía, entre otras cosas, escoger "el camino que más daño le haga al Estado, que conduzca a este pueblo a un nuevo escenario democrático". Durante el acto se proyectaron fotografías de miembros encapuchados de la banda terrorista y el recurrente terminó gritando "¡Viva A...!". Una vez concluido, este homenaje fue objeto de noticia en distintos medios de comunicación.

El Tribunal Constitucional denegó el amparo y declaró que tanto de la publicidad del acto como del discurso del recurrente se infiere que se cometió el delito de enaltecimiento del terrorismo. Además, considera que *la conducta del demandante de amparo fue incitadora del odio e instigadora de la violencia, pues aprecia en su discurso un nacionalismo agresivo que, para un espectador objetivo, representa un peligro cierto de generar un clima proclive a acciones terroristas*. Por ello, la Sentencia concluye que la sanción penal impuesta no vulnera el derecho a la libertad de expresión, toda vez que la referida incitación a la violencia justifica que se compriman los márgenes del legítimo ejercicio del derecho fundamental invocado.

La especial trascendencia constitucional del recurso de amparo reside en la posibilidad de que el Tribunal se pronuncie sobre una cuestión hasta ahora no planteada: la *interpretación y aplicación del delito de enaltecimiento del terrorismo en relación con el derecho a la libertad de expresión*.

## B. Criterios relevantes para resolver el conflicto

### *b.1. Valoración del interés general*

Debe valorarse si las manifestaciones cuestionadas, cuando afectan negativamente al honor del interpelado, versan sobre una cuestión de interés general, bien por la *materia* sobre la que tratan, o, por el *carácter de personaje público* del afectado, porque ejerza un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública.

Y, ello porque para que la libertad de expresión (art. 20.1.a) CE) prevalezca sobre el derecho al honor (art. 18.1 CE), tal libertad ha de ejercitarse conforme a su naturaleza y función, de acuerdo con los parámetros constitucionales, esto es, conectada con los bienes jurídicos que se protegen con el reconocimiento de tal libertad pública, es decir, cuando las opiniones o juicios de valor expresados contribuyen al debate público en una sociedad democrática.

### *b.2. Relevancia del criterio de veracidad en materia de libertad de expresión*

La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala que si bien en materia de libertad de expresión no tiene relevancia el criterio de la veracidad, [3] sí es relevante, cuando los calificativos o los juicios de valor pueden resultar ofensivos, o si cuentan con una base fáctica suficiente [4]. También debe valorarse que los calificativos no resulten desproporcionados porque se hayan empleado expresiones insultantes o denigrantes desconectadas del ámbito al que afectan las manifestaciones realizadas.

Criterios que sigue el Tribunal Supremo, como se desprende de la STS de 19 de marzo de 2024,[5] que concretamente señala como "Esta sala ha establecido... cuáles son los concretos elementos a valorar en los supuestos de colisión de los precitados derechos fundamentales. A tales efectos, debe tomarse como punto de partida, que la preeminencia de la que gozan en abstracto las libertades de información y expresión sobre el derecho al honor solo puede mantenerse si concurren tres requisitos, dos de ellos comunes:

1) Que la información comunicada, o la valoración subjetiva, la crítica u opinión divulgada, vengan referidas a un asunto de interés general o relevancia pública, sea por la materia, por razón de las personas, o por las dos cosas,
2) La proporcionalidad; es decir que, en su exposición pública, no se usen expresiones inequívocamente injuriosas o vejatorias, y
3) La veracidad, que es un requisito legitimador únicamente de la libertad de información."

Y, señala... "Se impone, pues, que la persona, que transmite la información, actúe de forma diligente realizando una inexcusable y razonable tarea de constatación y contraste de la información difundida y, como es natural, con más laboriosidad e intensidad, cuanto mayor incidencia tenga la información en el prestigio o fama de las personas, en aplicación de un elemental criterio de proporcionalidad. Desde esta perspectiva, la libertad de expresión tiene un campo de ac-

ción más amplio que la libertad de información porque no comprende como ésta la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo.

No obstante, bajo la precisión adicional, con respecto a la libertad de expresión, de que es necesario, para el legítimo ejercicio de esta última, que concurra el requisito de la existencia de una base fáctica suficiente sobre la que apoyar la opinión propia."

### *b.3. La forma y el modo de vertir las opiniones*

La prevalencia de la libertad de expresión sobre el derecho al honor cuando se expresan opiniones sobre cuestiones de interés general se produce incluso cuando la expresión de la opinión se haga de un *modo bronco, desabrido o hiriente y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel a quien afectan.*

La STEDH de 20 de noviembre de 2018, caso Toranzo Gómez contra España, señaló que la libertad de expresión no protege solamente las ideas favorablemente recibidas o consideradas inofensivas o indiferentes, "sino también a las que ofenden, conmocionan o perturban".[6]

La STS de 22 de diciembre de 2016 afirma que "[e]n el marco amplio que se otorga a la libertad de expresión quedan amparadas, según nuestra doctrina, "aquellas manifestaciones que, aunque afecten al honor ajeno, se revelen como necesarias para la exposición de ideas u opiniones de interés público"".[7]

Finaliza la Sentencia indicando que "en definitiva, cuanto mayor sea la relevancia política de una persona, y la de un expresidente del Gobierno es máxima, mayor es la exposición de su conducta al escrutinio público y más alto el techo de las libertades de información y de opinión, especialmente si se ejercen en la prensa como elemento esencial de formación de la opinión pública, *de forma que no existirá intromisión ilegítima en el honor cuando la opinión crítica fundada en hechos veraces no sobrepase el margen de tolerancia especialmente amplio de la crítica política*, que en el presente caso debe considerarse respetado por el demandado en virtud de la extrañeza que objetivamente despertaba la mediación de un expresidente del Gobierno para que, según el diario «El País», Caja Madrid adquiriera una colección de arte por un precio desmesurado."

Resulta también interesante la STS de 25 de marzo de 2015 consideró prevalente la libertad de expresión ejercida en un artículo de opinión en el que se afirmaba que al exministro de Interior D. Roman no le interesaba que desapareciera ETA, razonando entonces esta sala que las expresiones que el demandante-recurrente consideraba ofensivas estaban «relacionadas con materias de interés público» y con «una persona con relevancia pública por su destacada participación en la actividad política» (exministro). [8]

En esta Sentencia, se resume la posición actual de la jurisprudencia, favorable a reconocer un ámbito muy amplio de crítica en relación con los personajes públicos, particularmente cargos políticos, siguiendo la línea marcada desde hace años por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso New York Times Co. versus Sullivan, y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (cuya jurisprudencia, por el juego conjunto de los arts. 10.2 de la Constitución y 32 y 46

del Convenio Europeo de Derechos Humanos, informa en nuestro ordenamiento jurídico la interpretación de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales), en sus sentencias de 8 de julio de 1986 (caso «Lingens») y 14 de marzo de 2013 (caso Eon contra Francia), recalcando que «los límites de la crítica aceptable son más amplios para un político, considerado en esta calidad, que para un particular: a diferencia del segundo, el primero se expone inevitablemente y conscientemente a un control de sus acciones más tanto por parte de los periodistas como por la ciudadanía en general. Por lo tanto, debe mostrar una mayor tolerancia», doctrina que se reitera en la posterior STEDH de 14 de junio de 2016 (caso Jiménez Losantos contra España).[9]

### *b.4. Libertad de expresión en el contexto del debate político: clave en la noción de sociedad democrática*

El TEDH otorga gran importancia a la *libertad de expresión en el contexto del debate político* y considera que no se podría restringir éste sin razones imperiosas, pues en una sociedad democrática es fundamental defender el libre juego del debate político, pues se encuentra en el centro de la noción de sociedad democrática[10].

De permitirse amplias restricciones en determinados casos afectaría al respeto de la libertad de expresión del Estado. Y así lo pone de manifiesto la jurisprudencia del TEDH que señala que si cualquier individuo que se compromete en un debate público de interés general está obligado a no rebasar ciertos límites en cuanto al respeto de los derechos ajenos, le está igualmente *permitido recurrir a cierta dosis de exageración, incluso de provocación, es decir, de ser un poco inmoderado en sus declaraciones.*

### *b.5. El valor del contexto y la legitimación de las expresiones*

El TS resalta el *valor del contexto* para enjuiciar si las expresiones se encuentran legitimadas por el ejercicio de las libertades del art. 20 CE. *El contexto es importante porque pueden perder o ver disminuido su significado ofensivo o alcanzar una dimensión de crítica asumible*[11]. Por lo que debe de obviarse la valoración aislada de las expresiones, de su significado gramatical.

La STS de 26 de julio de 2021 admite que se refuerce la prevalencia de la libertad de expresión respecto del derecho de honor en contextos de contienda o conflicto, tanto de naturaleza política como laboral, sindical, deportiva, procesal, etc.[12].

En resumen, en relación con la sentencia objeto de comentario, concurre el requisito del interés general porque la persona a la que iban dirigidos los comentarios cuestionados es un youtuber con un gran número de seguidores (en aquel momento, unos 250.000), cuyos vídeos tratan sobre temas políticos y sociales. En esos vídeos, el demandante realiza comentarios muy críticos hacia el movimiento feminista y algunas de sus protagonistas. Por tanto, las manifestaciones de la demandada expresadas en su cuenta de Twitter tienen relación con un tema de inte-

rés general (una de las cuestiones sobre las que existe controversia social y política en la sociedad actual) y vienen referidos a un personaje público. Por estas razones, la libertad de expresión goza de su máxima eficacia legitimadora.

## IV. LA CONDUCTA ANTERIOR DEL SUJETO EN LA RED SOCIAL TWITER (HOY X) Y EN LAS CUENTAS DE YOUTUBE

Los tuits publicados por la demandada en su cuenta de la red social Twitter no venían referidos a la intervención del demandante (representando a su personaje "Un Tío Blanco Hetero") en una mesa redonda sobre feminismo organizada por una universidad, sino al hecho de que la *universidad hubiera invitado a una mesa redonda sobre feminismo a ese youtuber que la demandada consideraba como marcadamente antifeminista*. Por tanto, es irrelevante que, en esa mesa redonda, quien se presentaba como "Un Tío Blanco Hetero" (en aquel momento no eran públicos su rostro ni su nombre) no hubiera observado un comportamiento agresivo ni violento, pues *lo relevante era la conducta anterior de este personaje, en concreto, en sus cuentas de YouTube y de Twitter*.

## V. LA RESPONSABILIDAD DEL YOUTUBER POR ABSTENERSE DE RETIRAR LOS MENSAJES DE SUS SEGUIDORES

De los hechos probados, objeto de nuestra sentencia objeto de comentario, se muestra que se trataba de un youtuber especialmente crítico, incluso despectivo, con mujeres activas en el movimiento feminista, que protagonizaba vídeos en los que mostraba un aspecto y un lenguaje corporal agresivo, y publicaba tuits con contenidos agresivos e incluso insultantes.

Pero lo más importante, es que además, *había permitido que en los comentarios que sus seguidores hacían a sus vídeos, se vertieran con habitualidad insultos e incluso amenazas contra las mujeres objeto de sus invectivas*, como ocurrió en concreto con la demandada.

El TS y el TEDH han declarado la responsabilidad del titular de una cuenta en una red social por no retirar los comentarios ilícitos vertidos por los seguidores de tal cuenta.

La sentencia del TEDH de 2 de septiembre de 2021, caso Sánchez contra Francia,[13] declaró la conformidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos de la condena (penal) impuesta a un político en Francia *por no haber eliminado del muro de su página de Facebook los comentarios realizados por terceras personas*, que incitaban al odio racial y religioso, que se habían mantenido durante varias semanas, en tanto que dicha persona era titular de un sitio de comunicación pública en línea, que ponía a disposición del público los mensajes enviados por los usuarios de Internet y asumía su responsabilidad, en particular, al abstenerse de retirar los mensajes claramente ilícitos tan pronto como tuviera conocimiento de ellos.

Siguiendo dicha jurisprudencia, la STS de 3 de noviembre de 2022,[14] declaró en un caso en que el demandado alegaba que la vulneración del derecho al honor sería imputable en todo caso a quienes habían publicado comentarios ofensivos

en el muro de su página de Facebook (la mayoría de ellos, inidentificables) pero no a él en tanto que titular de esa página que "La tesis del recurrente no es acorde con la esencia y funcionamiento de Facebook, que es una red social de vínculos virtuales que tiene por objeto conectar a las personas y que estas puedan compartir contenidos, y en la que los usuarios disponen de un amplio poder para administrar y controlar sus cuentas. Además, tampoco se compadece con su propio comportamiento."

El Ato Tribual además, concretó que "Las facultades de administración y control que tiene el recurrente sobre su perfil de Facebook son de una gran amplitud. Puede bloquear el perfil de alguien para que no pueda ver ni comentar sus publicaciones; reaccionar alos comentarios de ellas que se publiquen en su perfil; darles contestación; ocultarlos; denunciarlos; marcarlos como spam; bloquear el perfil o la página que los ha publicado; e incluso eliminarlos. Por lo tanto, no puede desentenderse sin más de lo que se publica en su perfil por otros usuarios, por la única y simple razón de no corresponderle a él, sino a otros, la autoría de lo publicado, y considerar, por ello, que estos son los exclusivos responsables de lo manifestado o dado a conocer y los únicos que deben cargar con sus consecuencias".

En este caso, no se trata de exigir responsabilidad al demandante por esos comentarios expresados en el foro de su cuenta de YouTube, porque la demandada no la ha exigido, pero sí de *contextualizar las expresiones* que la demandada utilizó para referirse a él teniendo en cuenta esas circunstancias.

*Y, ¿cuál es el contexto en el que se realizan las manifestaciones vertidas?* Pues, sin duda, el contexto era de un enfrentamiento ideológico entre la demandada, que defendía determinadas ideas y planteamientos feministas, y el demandante, que se oponía radicalmente a los mismos. Y en ese enfrentamiento, el demandante no solo había publicado un vídeo por el canal de YouTube en el que criticaba y descalificaba a la demandada, identificándola con nombre y apellidos y reproduciendo una grabación de un acto público en el que intervenía la demandante, sino que además toleró que sus seguidores publicaran en el foro de su canal sus comentarios insultantes y amenazantes para la demandada.

De este modo, la *libertad de expresión* ampara que la demandada hubiera calificado al demandante como troll y machista. Y la expresión "violento con las mujeres" utilizada por la demandada para calificar al demandante, en este contexto, no resulta desproporcionada ni desconectada de la materia sobre la que versa el mensaje pues no se está refiriendo a que el demandante haya realizado actos de violencia física respecto de alguna mujer en concreto, sino a que mantiene una conducta de agresividad gestual y verbal contra mujeres del movimiento feminista y permite que en su canal de YouTube se publiquen comentarios insultantes e incluso amenazadores contra esas mujeres lo que, a juicio de la demandada, puede ser calificado como violencia contra las mujeres.

## VI. YOUTUBE: *FAMA Y POPULARIDAD*, Y LA *MONETIZACIÓN* DE SUS PUBLICACIONES

Otra de las cuestiones interesantes que invitan a detenernos un momento en este comentario jurisprudencial se centra en que el sujeto. "Un tio blanco hetero",

busca con sus videos en YouTube la consecución de *fama y popularidad*, y, a la vez, la *monetización* de sus publicaciones esto es, ganar dinero con ello.

Fama o popularidad que se consigue con la atracción de sus comentarios dirigidos a un sector de población que piensa como él y que apoyan y disfrutan con sus videos, lo que le hace posicionarse entre los favoritos de determinado público.

La consecución de popularidad se realiza a través de una estrategia de marketing en redes sociales, que crea el propio sujeto, en este caso de la red social YouTube, plataforma que en enero de 2022, tenía 2.562 millones de usuarios activos mensuales.

En YouTube, la plataforma utilizada, el sujeto obtiene dinero por las visitas a sus contenidos, en formatos muy específicos como videos. Y ¿cómo pagan las redes a los creadores? En YouTube se monetizan videos y reciben un pago directo de la compañía como creador de contenido, pero hay que considerar factores como el país y el tipo de video, donde se encontraría la cuestión de no tratar temas que YouTube considere inapropiados. Además, se debe tener por lo menos 4 mil horas vistas y mil suscriptores, por ejemplo, un video debería tener 100 mil vistas para ganar 100 euros.

Para alcanzar la fama y popularidad y conseguir más seguidores hay que promocionar los videos haciendo correr la voz (en YouTube se usan Historias y Publicaciones de Comunidad para guiar a los usuarios a contenidos específicos), y fuera de la plataforma, se puede promocionar los videos en redes sociales y comunidades relevantes, en podcasts o en plataformas que estén alineadas con el contenido y el tipo de público del "youtuber".

El sujeto se convierte en "creador de contenido" relacionándose directamente con su público a través de sus videos. También se puede interactuar con la audiencia, ¿Cómo? Pidiendo a los usuarios que se suscriban al canal, a que den a Me gusta, a activar los comentarios en las páginas de sus vídeos. Y esto es lo que hizo el youtuber objeto de la sentencia, pues no eliminó en ningún momentos los comentarios ni bloqueó a ciertos usuarios. Aunque no interactuó con su audiencia, al menos no se concreta en la sentencia, a través de menciones, comentarios y suscripciones.

Esto a su vez, origina que el sujeto reincide en la creación de videos que sigan esa misma línea porque considera que son populares entre su público, consiguiendo una fidelización de su público y mantiene el contenido actualizado en dicha línea.

Además, la propia red social posibilita herramientas, del tipo, YouTube Analytics, que proporciona datos que ayudan a entender cuál es el rendimiento de su contenido actual y brinda estadísticas para los videos futuros.

## VII. REPERCUSIONES DE LOS SEGUIDORES DEL YOUTUBER: PERFILES CONDUCTUALES COMPATIBLES CON EL MENSAJE

La publicación por la demandada, en su cuenta de Twitter, de una fotografía del conocido como "Zapatones", integrante de "la manada" que protagonizó una violación grupal, portando una camiseta con el lema "UN TÍO BLANCO HETERO", está amparada por las libertades de información y expresión: no se ha

cuestionado que la fotografía sea veraz, y con su publicación, la demandada ha mostrado su opinión sobre qué perfiles conductuales resultan compatibles con los mensajes del demandante.

## VIII. CONCLUSIÓN

El conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor es constante en una sociedad globalizada en donde las relaciones se basan en las redes sociales que se utilizan para opinar de diversos temas ayudados por la velación de la identidad. De forma habitual se pondera si prevalece el derecho al honor o la libertad de expresión teniendo en consideración criterios como: la valoración de si la cuestión es de interés general o relevancia pública; la proporcionalidad, es decir que no se usen expresiones inequívocamente injuriosas o vejatorias; y, la veracidad de la información. Teniendo en cuenta estos criterios junto con las conductas anteriores de los sujetos, concretamente en nuestro caso objeto de estudio en las redes sociales, y la aceptación del youtuber de determinadas conductas de sus seguidores hacen que los Tribunales puedan dilucidar la prevalencia entre la libertad de expresión y el derecho al honor.

## IX. ÍNDICE DE AUTOS, SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO AUDIENCIAS Y JUZGADOS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.


- STEDH de 2 de septiembre de 2021, Sección: Quinta. Caso Sánchez contra Francia. Número Recurso: 45581/2015. ECLI:CE:ECHR:2021:-0902JUD004558115
- STEDH, Sección: Tercera, de 20 de noviembre de 2018, caso Toranzo Gómez contra España. Número Recurso: 26922/2014.ECLI:CE:E-CHR:2018:1120JUD002692214.
- STEDH, Sección: Tercera, de 14 de junio de 2016. Asunto Jiménez Losantos contra España. Número Recurso: 53421/2010. ECLI:CE:E-CHR:2016:0614JUD005342110
- STEDH, Sección Quinta, de 16 de julio de 2009, caso Willem contra Francia. Número Recurso: 10883/2005. ECLI:CE:ECHR:2009:-0716JUD001088305
- STEDH de 9 de enero de 2018. Caso Gra Stiftung Gegen Rassismus und Antisemitismus c. Suiza, 8 de enero de 2018. (JUR 2018\15844; Iustel RI §419864).
- STC. Sala Primera, de 20 de junio de 2016. Fecha publicación: 28/07/2016. Número Sentencia: 112/2016 Número Recurso: 2514/2012. Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Ecli: ECLI:ES:TC:2016:112
- STS, Sala 1ª, de 28 de mayo de 2024. Nº de Recurso:7051/2023. Nº de Resolución:753/2024. Ponente: Rafael Saraza Jimena. Roj: STS 2886/2024 — ECLI:ES:TS:2024:2886. Cendoj: 28079110012024100748.

- STS, Sala Primera, de 16 de abril de 2024. Número Sentencia: 510/2024 Número Recurso: 2866/2023. Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg. Numroj: STS 1952:2024. Ecli: ES:TS:2024:1952.
- STS, Sala Primera, de 19 de marzo de 2024. Número Sentencia: 397/2024 Número Recurso: 1645/2023. Numroj: STS 1545:2024. Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg. Ecli: ES:TS:2024:1545.
- STS, Sala Primera. de 3 de noviembre de 2022. Número Sentencia: 747/2022 Número Recurso: 997/2021. Ponente: Antonio García Martínez. Numroj: STS 3970:2022. Ecli: ES:TS:2022:3970
- STS, Sección Primera, 26 de julio de 2021. Número Sentencia: 576/2021 Número Recurso: 388/2021. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas. Numroj: STS 3048:2021. Ecli: ES:TS:2021:3048
- STS, Sala Primera, de 22 de diciembre de 2016. Número Sentencia: 750/2016 Número Recurso: 1738/2015. Ponente: Francisco Marín Castán. Numroj: STS 5456:2016. Ecli: ES:TS:2016:5456.
- STS, Sala Primera, de 25 de marzo de 2015. Número Sentencia: 164/2015 Número Recurso: 1071/2013. Ponente: Rafael Sarazá Jimena.

## X. LEGISLACION CITADA

- Art. 10 CEDH
- Art. 18 CE
- Art. 20 CE

## NOTAS

[1] La STS, Sala 1ª, de 28 de mayo de 2024. Nº de Recurso:7051/2023. Nº de Resolución:753/2024. Ponente: Rafael Saraza Jimena. Roj: STS 2886/2024 — ECLI:ES:TS:2024:2886. Cendoj: 28079110012024100748

[2] STC. Sala Primera, de 20 de junio de 2016. Fecha publicación: 28/07/2016. Número Sentencia: 112/2016 Número Recurso: 2514/2012. Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Ecli: ECLI:ES:TC:2016:112

[3] STEDH de 9 de enero de 2018. Caso Gra Stiftung Gegen Rassismus und Antisemitismus c. Suiza, 8 de enero de 2018. (JUR 2018\15844; Iustel RI §419864). Violación del artículo 10 (libertad de expresión) del Convenio, cuando se condenó civilmente a la ONG demandante (contra el racismo), por difamación, responsable de infracción contra los derechos de la personalidad de un político al que acusó de racismo verbal, en el contexto del referéndum sobre la prohibición de los minaretes en Suiza.

[4] STEDH de 9 de enero de 2018, Gra Stiftung Gegen Rassismus y Antisemitismus contra Suiza, afirma que "la existencia de hechos puede ser demostrada, la veracidad de los juicios de valor no es susceptible de prueba".

[5] STS, Sala Primera, de 19 de marzo de 2024. Número Sentencia: 397/2024 Número Recurso: 1645/2023. Numroj: STS 1545:2024. Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg. Ecli: ES:TS:2024:1545

[6] STEDH, Sección: Tercera, de 20 de noviembre de 2018, caso Toranzo Gómez contra España, Número Recurso: 26922/2014. ECLI:CE:ECHR:2018:1120JUD002692214. El demandante era miembro de un grupo activista que ocupó el Centro Social Casas Viejas de Sevilla. Los propietarios del inmueble iniciaron actuaciones judiciales ante el Juzgado de Primera Instancia para recuperar la posesión de sus bienes. El Juzgado de Primera Instancia finalmente ordenó el desalojo de todos los ocupantes y fijó el 29 de noviembre de 2007 como fecha para su expulsión. El demandante, junto con otros ocupantes, participó en una protesta contra su desalojo del edificio. Cuando acudió la Comisión Judicial del Servicio Común de Notificaciones y Embargos se descubrió la escavación de un tunel al que ni policia ni bomberos pudieron acceder porque existía riesgo de colapso y derrumbe del edificio.

El 30 de noviembre de 2007, en vista del tiempo transcurrido y de la amenaza del demandante de derribar a patadas unos postes de madera inestables que habían sido instalados por los bomberos como medida preventiva, dos agentes de policía los inmovilizaron con cuerdas. El 30 de noviembre de 2007, debido al grave sufrimiento causado por la técnica de fijación, R.D.P. informó a los policías y bomberos de su intención de liberarse voluntariamente y les pidió que lo desataran. Alrededor de las 20.30 horas, el demandante también decidió poner fin a su protesta.

Tras estos hechos convocó un rueda de prensa donde criticó y acuso a bomberos y policias de tortura física y psíquica...

El TEDH consideró que se habia producido una violación del artículo 10 del Convenio. El Tribunal señala que los tribunales nacionales condenaron al demandante a pagar una multa de doce meses con un importe diario de 10 euros, así como una indemnización por un importe total de 1.200 euros. Además, si el solicitante no pagaba voluntariamente la multa impuesta, estaría sujeto a un día de prisión por cada dos días de multa impaga. Además, también se ordenó al demandante que publicara, a sus expensas, la sentencia en los medios de comunicación que habían cubierto la rueda de prensa.

Según el TEDH esta sanción puede haber tenido un "efecto paralizador" en el ejercicio de la libertad de expresión del demandante, ya que puede haberlo disuadido de criticar las acciones de los funcionarios públicos. Y continúa señalando que restringir el derecho del demandante a criticar las acciones de los poderes públicos imponiendo la obligación de respetar con precisión la definición legal de tortura establecida en el Código Penal español sería imponerle una pesada carga al demandante (así como ciudadano medio), *menoscabando desproporcionadamente su derecho a la libertad de expresión y a expresar públicamente*

*críticas por lo que consideraba una actuación desproporcionada por parte de la policía y malos tratos por parte de los bomberos*. En rsumen, el Tribunal considera que la sanción impuesta al demandante carecía de justificación adecuada y que las normas aplicadas por los tribunales nacionales no lograron garantizar un equilibrio justo entre los derechos pertinentes y los intereses conexos y por consiguiente, la injerencia denunciada no era "necesaria en una sociedad democrática" en el sentido del artículo 10.2 del Convenio.

[7] STS, Sala Primera, de 22 de diciembre de 2016. Número Sentencia: 750/2016 Número Recurso: 1738/2015. Ponente: Francisco Marín Castán. Numroj: STS 5456:2016. Ecli: ES:TS:2016:5456

Supuesto de hecho: El TS rechaza la demanda del expresidente del Gobierno por lesión a su honor a raíz de un artículo publicado sobre "contrapartidas" exigidas al expresidente de Caja Madrid. La sentencia de instancia declaró una intromisión ilegítima en el honor del expresidente del Gobierno.

[8] STS, Sala Primera, de 25 de marzo de 2015. Número Sentencia: 164/2015 Número Recurso: 1071/2013. Ponente: Rafael Sarazá Jimena.

[9] STEDH Sección: Tercera, de 14 de junio de 2016. Asunto Jiménez Losantos contra España. Número Recurso: 53421/2010. ECLI:CE:ECHR:2016:0614JUD005342110.

"la condena del demandante por sus comentarios difamatorios y la pena que se le impuso no fueron desproporcionadas con respecto a los objetivos legítimos perseguidos y las razones dadas por los tribunales nacionales fueron suficientes y pertinentes para justificar tales medidas. El derecho garantizado por el artículo 10 de la Convención no es un derecho absoluto y, teniendo en cuenta las circunstancias de este caso, esta interferencia con el derecho a la libertad de expresión resultó necesaria, dentro de una sociedad democrática, para la protección del derecho a la reputación de los demás, que es un derecho que, como elemento de la vida privada, está comprendido en el artículo 8 del Convenio. Por lo tanto, concluyo que no existe violación del Convenio."

[10] STEDH, Sección Quinta, sentencia de 16 de julio de 2009, caso Willem contra Francia. Número Recurso: 10883/2005. ECLI:CE:ECHR:2009:0716JUD001088305.

Era la expresión de una posición política que entraba dentro de la libertad de opinión, elemento fundamental del derecho garantizado por el artículo 10. Los tribunales nacionales no tuvieron en cuenta la intención del demandante en el contexto general del caso. Las polémicas declaraciones se producen en el contexto de una escalada de violencia en el conflicto palestino-israelí y siguen una posición unánime de las organizaciones internacionales en 2002. Se hicieron en un contexto político internacional particular relacionado con una cuestión de interés general y, al mismo tiempo, a nivel local, como parte de eventos organizados por el municipio. Fueron realizadas principalmente por el alcalde durante una reunión del consejo municipal, un lugar privilegiado para el debate público. El lugar que debe darse al lugar en el que se realizó la declaración es fundamental, ya que permitió a los miembros del consejo municipal protestar contra esta decisión y al solicitante explicarse directamente.

Pero la cuestión más importante ante la Corte fue si la interferencia era "necesaria en una sociedad democrática". En verdad, hay un cierto vacío en el razonamiento de la sentencia: la mayoría reconoce que esta cuestión debe ser examinada, pero el argumento pertinente que justifica el carácter "necesario" no aparece en la sentencia. En conclusión, a la luz de todos los elementos del caso, me parece obvio que la condena del demandante equivale a una interferencia innecesaria y desproporcionada con el derecho a la libertad de expresión.

[11] STS, Sala Primera, de 16 de abril de 2024. Número Sentencia: 510/2024 Número Recurso: 2866/2023. Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg. Numroj: STS 1952:2024. Ecli: ES:TS:2024:1952.

Señala la sentencia que "la frase proferida, atribuida al Sr. Agapito, según la cual la persona del demandante está "acostumbrada a saltarse a la torera las leyes y que no puede refugiarse constantemente en la impunidad alegando como pretexto que da trabajo a 200 personas en dos hoteles o al total de un millar en todos sus establecimientos"; *no cabe descontextualizarla de su contorno*, concerniente a la inobservancia de los requerimientos

administrativos efectuados, dentro de los que tales palabras alcanzan su significado; por otra parte no encierran la intensidad suficiente y necesaria, mediante aplicación de un criterio de estricta proporcionalidad, para limitar el derecho a la libertad de expresión, que comprende la manifestación de valoraciones, opiniones o juicios subjetivos, abarcando, incluso, *la crítica más agría, dura y desabrida, de manera que su contenido legítimo comprende no solo las ideas inofensivas o indiferentes, sino también las que hieren, ofenden o importunan, toda vez que así lo requiere el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe ninguna sociedad democrática (*SSTEDH de 20 de noviembre de 2018, Toranzo Gómez c. España y 13 de marzo de 2018, Stern Taulats y Roura Capellera c. España)."

[12] STS, Sección Primera, 26 de julio de 2021. Número Sentencia: 576/2021 Número Recurso: 388/2021. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas. Numroj: STS 3048:2021. Ecli: ES:TS:2021:3048.

Nos encontramos ante una moción de censura que plantean IU y Sí Se Puede, frente al grupo socialista (PS), para que diera explicaciones sobre un supuesto caso de extorsión al ahora demandante (Sr. Rogelio), perteneciente al partido político Ciudadanos, solicitando el cese cautelar del Sr. Jose Manuel como concejal de PS, mientras se tramitaban las diligencias penales sobre los hechos, relativas a un vídeo en el que aparecía el demandante consumiendo cocaína. El Sr. Rogelio había sido en anteriores mandatos concejal del partido político Ciudadanos y candidato a la alcaldía. Según la denuncia penal del Sr. Rogelio, retiró su candidatura a la alcaldía en las elecciones de 2015 ante la advertencia de difusión del vídeo.

El demandado no propició la difusión del objeto de la investigación penal, sino que lo hicieron los legítimos promotores de la moción de censura, limitándose el demandado a manifestar que el actor era consumidor de cocaína, lo cual este había reconocido y que por esa ingesta se le podía considerar un mentiroso.

Concluye la sentencia que "procede atribuir el máximo nivel de eficacia justificadora del ejercicio de la libertad de expresión frente al derecho al honor cuando los titulares de este son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicados en asuntos de relevancia pública por lo que esta sala ha negado entidad lesiva, por su contexto, a expresiones —incluso aparentemente más graves que las aquí controvertidas— valorándolas como meros excesos verbales por más que, aisladamente consideradas, sí pudieran tenerse en el concepto público por ofensivas."

[13] STEDH de 2 de septiembre de 2021, Sección: Quinta. Caso Sánchez contra Francia. Número Recurso: 45581/2015. ECLI:CE:ECHR:2021:0902JUD004558115. "Es importante desvincular este caso del contexto e incluso del contenido de las declaraciones impugnadas, para centrarse únicamente en la responsabilidad penal del titular de una cuenta de Facebook cuando es, como el demandante, una figura pública. La conclusión de que no se ha violado el artículo 10 del Convenio supone una carga muy pesada para el titular de la cuenta en términos de puestos de control, ya que de lo contrario se enfrentaría a un proceso penal. Existe el riesgo de que ese temor haga que el titular de la cuenta examine sistemáticamente e incluso censure determinados comentarios publicados en su "muro". En caso de duda sobre las consecuencias legales de un comentario publicado por otra persona, el titular de la cuenta, por supuesto, estará más dispuesto a eliminar o denunciar un mensaje a modo de precaución. El efecto paralizador es evidente y supone, por tanto, una grave amenaza a la libertad de expresión."

[14] STS, Sala Primera. de 3 de noviembre de 2022. Número Sentencia: 747/2022 Número Recurso: 997/2021

Ponente: Antonio García Martínez. Numroj: STS 3970:2022. Ecli: ES:TS:2022:3970.

El recurrente alega que no está legitimado para proteger ni para restringir la libertad de expresión de las terceras personas que han realizado comentarios en una red social frente al derecho al honor de los demandantes, puesto que el derecho a la libertad de expresión tiene carácter subjetivo; que, consecuentemente, tampoco está legitimado para responder por la intromisión ilegítima que tales comentarios puedan suponer en el derecho al honor de aquellos; que no existe disposición legal que le obligue a vigilar o a supervisar los comentarios

realizados por terceras personas en el ejercicio de su libertad de expresión ni está legitimado para ello, puesto que tal legitimación recae, exclusivamente, sobre el prestador de servicios web, y sobre los propios demandantes, que tienen los mecanismos necesarios para denunciar ante el prestador de servicios los comentarios que consideren ofensivos para que sean eliminados de la red social, sin necesidad de actividad alguna por su parte; que exigirle una labor de control y supervisión de los comentarios realizados por terceras personas de forma voluntaria, libre y espontánea, sobre las que no se encuentra en una situación de prevalencia, supondría obligarle a llevar a cabo una auténtica labor de censura de comentarios, realizando una ardua labor de ponderación entre dos derechos fundamentales; y que tal ponderación no parece una labor sencilla para un particular, ya que más bien se trata de una labor propia del ámbito jurisdiccional.

La tesis del recurrente no es acorde con la esencia y funcionamiento de facebook, que es una red social de vínculos virtuales que tiene por objeto conectar a las personas y que estas puedan compartir contenidos, y en la que los usuarios disponen de un amplio poder para administrar y controlar sus cuentas. Además, tampoco se compadece con su propio comportamiento.

Las facultades de administración y control que tiene el recurrente sobre su perfil de Facebook son de una gran amplitud. Puede bloquear el perfil de alguien para que no pueda ver ni comentar sus publicaciones; reaccionar a los comentarios de ellas que se publiquen en su perfil; darles contestación; ocultarlos; denunciarlos; marcarlos como spam; bloquear el perfil o la página que los ha publicado; e incluso eliminarlos. Por lo tanto, no puede desentenderse sin más de lo que se publica en su perfil por otros usuarios, por la única y simple razón de no corresponderle a él, sino a otros, la autoría de lo publicado, y considerar, por ello, que estos son los exclusivos responsables de lo manifestado o dado a conocer y los únicos que deben cargar con sus consecuencias.

Pero es que, además, y como decimos, esa idea, que en la práctica se traduciría en una actitud puramente pasiva o abstencionista, tampoco se compadece con sus propios actos, pues, tal y como ha reconocido, eliminó el comentario del testigo al que antes nos hemos referido (D. Vidal), y no solo, sino también todas las contestaciones a dicho comentario «[...] por haberse iniciado una discusión online que [...] consideró que no era su perfil personal el lugar idóneo para que se produjese sin más».

La Audiencia Provincial considera que el recurrente es responsable. Y nosotros también, porque permitió que los comentarios publicados por los terceros en su perfil público permanecieran en él, en vez de eliminarlos, que es lo que debía haber hecho al tener no solo un cabal y completo conocimiento de su contenido, manifiestamente atentatorio contra el honor de los recurridos, sino también un poder de control y decisión sobre su perfil que le legitimaba, igual que había hecho con otros, para borrarlos.

En un caso como el presente, en el que se produce una intromisión ilegítima de carácter evidente en el derecho al honor de los recurridos por los comentarios publicados por terceros en el Facebook del recurrente, la responsabilidad de este por no eliminarlos de su perfil público, una vez conocidos, no puede ser excusada por falta de legitimación, peligro de censura o dificultades de ponderación, puesto que existe un deber de diligencia reactiva y cuidado que le obliga, ejercitando su poder de control, a su borrado inmediato. Y si no actúa y se desentiende, incumple ese deber, convirtiéndose en responsable de los daños y perjuicios causados a título de culpa por omisión derivada de dicha falta de diligencia y cuidado."

1.2. Derecho de familia

# El interés superior del menor y el canon de razonabilidad reforzada en situaciones de riesgo y desamparo: actuaciones de protección, acogimiento y adopción (I)*

## *The best interests of the minor and the canon of reinforced reasonableness in situations of risk and neglect: protection, foster care and adoption actions*

Por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil*
*(acreditada a profesora Titular)*
*en la Universidad Complutense de Madrid.*

RESUMEN. El presente estudio se va a centrar en el análisis de las actuaciones que deben llevar a cabo las Administraciones y los poderes públicos en general, y las familias y centros docentes en particular con el objeto de prevenir, sensibilizar, atender, guardar, informar y proteger a los menores de edad no emancipados ante situaciones de riesgo, desamparo, acoso, violencia y otros comportamientos ilícitos que tienen lugar tanto en un entorno físico como digital. Todo ello, atendiendo al interés superior del menor y al canon de razonabilidad reforzada (tutela judicial efectiva. A tal fin, estudiaremos todas esas situaciones y la implementación de medidas necesarias desde instancias públicas y privadas. Trataremos figuras de guarda y protección como la guarda de hecho de menores, el acogimiento —con especial, referencia al acogimiento transfronterizo—; y la adopción —atendiendo a la adopción abierta e internacional—. Desde la nueva normativa comunitaria —Reglamento General de Protección de datos, Reglamento de Servicios Digitales y Reglamento de Inteligencia Artificial— pondremos de manifiesto las exigencias

* Este estudio se divide en dos partes por su extensión.
BOE, número 82, de 3 de abril de 2024.

https://doi.org/10.36151/rcdi.2025.806.07

para la protección de menores y las que son necesarias adoptar por cada Estado miembro en particular, a través de las Agencia de Protección de Datos, Comité de Protección de Datos o de Inteligencia Artificial y de los Parlamentos nacionales.

*ABSTRACT. This study will focus on the analysis of the actions that must be carried out by the Administrations and public authorities in general, and by families and educational centres in particular, in order to prevent, raise awareness, care for, protect, inform and protect unemancipated minors from situations of risk, abandonment, harassment, violence and other illicit behaviour that take place both in a physical and digital environment. To this end, we will study all these situations and the implementation of necessary measures from public and private bodies. We will deal with guardianship and protection figures such as the de facto guardianship of minors, foster care — with special reference to cross-border foster care —; and adoption — with regard to open and international adoption-. Under the new EU regulations — the General Data Protection Regulation, the Digital Services Regulation and the Artificial Intelligence Regulation — we will highlight the requirements for the protection of minors and those that must be adopted by each Member State in particular, through the Data Protection Agency, the Data Protection or Artificial Intelligence Committee and the national Parliaments.*

PALABRAS CLAVES: Menores de edad no emancipados, interés superior del menor, canos de razonabilidad reforzada, riesgo, desamparo, actuaciones preventivas, de sensibilización, informativas, de atención inmediata, guarda, acogimiento, adopción, entorno digital, entorno físico, protección de datos, inteligencia artificial.

*KEYWORDS: Unemancipated minors, best interests of the child, reinforced reasonableness rules, risk, helplessness, preventive actions, awareness-raising, informative, immediate attention, custody, foster care, adoption, digital environment, physical environment, data protection, and artificial intelligence.*

*SUMARIO.* I. INTRODUCCIÓN.—II. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y EL CANON DE RAZONABILIDAD REFORZADA.—III. NIVELES, ÁMBITOS Y ENTORNOS DE ACTUACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 1. Niveles de actuación. *A. Sensibilización. B. Medidas preventivas: en especial, la prevención de la violencia contra la infancia y adolescencia en el mundo físico y digital. C. Detención precoz de la violencia. D. Atención inmediata.* 2. Ámbitos de actuación. *A. Actuaciones en caso de urgencia. B. Actuaciones en situación de riesgo. C. Actuaciones en situación de desamparo.* IV. ACOGIMIENTO Y ADOPCIÓN. 1. Acogimiento familiar o residencial. *A. Acogimiento familiar. B. Acogimiento residencial.* a) Medidas para garantizar la convivencia y seguridad en los centros de protección a la infancia y a la adolescencia. b) Medidas y actuaciones en centros de protección específica de menores con problemas de conducta. *C. Acogimiento transfronterizo.*—V. LA ADOPCIÓN DE MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS. 1. Requisitos subjetivos de la adopción. Adoptante y adoptado. 2. El procedimiento para la constitución de la adopción. *A. La fase administrativa. B. La fase judicial: el expediente de adopción.* 3. Consentimientos, asentimientos y audiencias en el expediente de adopción. *A. Personas que han de consentir la adopción. B. Personas que han de asentir la adopción. C. Personas a las que debe darse audiencia, ser oídas.*—VI.

LA GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN.—VII. EFECTOS DE LA ADOPCIÓN. 1. La adopción abierta. 2. La Kafala como institución de protección. Prohibición de la adopción procedente de la kafala.—VIII. EXTINCIÓN DE LA ADOPCIÓN.—IX. RESPONSABILIDAD DE LAS ADMNISTRACIONES PÚBLICAS EN LAS ACTUACIONES PREVENTIVAS, DE ATENCIÓN INMEDIATA, DE RIESGO Y DESAMPARO.—X. BIBIOGRAFÍA. XI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

## I. INTRODUCCIÓN

La Constitución española en su artículo 39 establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y, en esencia, de los menores de edad de conformidad con los acuerdos internaciones que velen por sus derechos; de tal modo que, este precepto constitucional prevé una protección integral del niño, que deberá ajustarse a lo prescrito en los convenios internacionales ratificados por España.

Entre tales acuerdos e instrumentos internacionales destacan dos Convenciones de Naciones Unidas, la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada el 30 de noviembre de 1990 y sus tres Protocolos facultativos, y diversas propuestas y Observaciones Generales formuladas por el Comité de los Derechos del Niño: la Observación General número 12, de 12 de junio de 2009, sobre el derecho del niño a ser escuchado; la Observación General número 13, de 2011, sobre el derecho del niño y la niña a no ser objeto de ninguna forma de violencia; y la Observación General número 14, de 2014, sobre que el interés superior del niño y de la niña sea considerado primordialmente; la Observancia número 25 de 2021 relativa a los derechos de los niños en relación con el entorno digital; además de las Observaciones finales a España de 3 de noviembre de 2010. Asimismo, la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, instrumento de ratificación de 23 noviembre de 2007. Además, resultan reseñables dos Convenios impulsados por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993, ratificado el de 30 de junio de 1995 y el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 28 de mayo de 2010, ratificado el 6 de septiembre de 2010. Por otra parte, deben destacarse también tres Convenios del Consejo de Europa, el relativo a la adopción de menores, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008, ratificado el 16 de julio de 2010, el relativo a la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, ratificado el 22 de julio de 2010, así como el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, ratificado el 11 de noviembre de 2014; el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul); el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos o el Convenio sobre la Ciberdelincuencia; además de incluir en la Estrategia del Consejo de Europa para los derechos del niño (2016-2021) un llamamiento a todos los Estados miembros para erradicar toda forma de

castigo físico sobre la infancia. Finalmente, el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000.

En el seno de la Unión Europea, el artículo 3 del Tratado de Lisboa se refiere a la "protección de los derechos del niño", que representa un objetivo general de la política común, tanto en el espacio interno como en las relaciones exteriores.

En el ámbito interno, las observaciones llevadas a cabo por el Defensor del Pueblo (en sus documentos "Menores o adultos. Procedimientos para la determinación de la edad" de 2011 y "La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles" de 2012); los compromisos y metas del Pacto de Estado contra la violencia de género, en la que debemos reseñar la meta 16.2: "Poner fin al maltrato, la explotación, la trata y todas las formas de violencia y tortura contra los niños" dentro del Objetivo 16 de promover sociedades, justas, pacíficas e inclusivas, así como la Agenda 2030.

Ahora bien, el artículo 154 del Código Civil señala que corresponde a los padres como representantes legales de sus hijos menores de edad: velar por ellos, tenerlos en su compañía, educarlos y procurarles una formación integral (artículo 154 del Código Civil), y la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro (artículo 156.1 del citado cuerpo legal). A falta de progenitores, corresponde al tutor nombrado la representación del menor, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo (artículo 225 del Código Civil).

A este respecto, se ha proclamado en la sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5, que "los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, (…), sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar (…). Así pues, sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el "superior" del niño".

Cuando la patria potestad y la tutela ordinaria resultan insuficientes para dotar a los menores de la necesaria asistencia personal y patrimonial, la intervención de los poderes públicos mediante un sistema de carácter global, determina que, el cuerpo normativo español ha incorporado, precisamente, importantes avances en la defensa de los derechos de las personas menores de edad, así como en su protección frente a la violencia: así la reforma operada en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LOPJM), por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio (en adelante, LO 8/2015); y la Ley 26/2015, de 28 de julio (en adelante, Ley 26/2015), ambas de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, que introduce como principio rector de la actuación administrativa el amparo de las personas menores de edad contra todas las formas

de violencia, incluidas las producidas en su entorno familiar, de género, la trata y el tráfico de seres humanos y la mutilación genital femenina, entre otras. De acuerdo a la Ley, los poderes públicos tienen la obligación de desarrollar actuaciones de sensibilización, prevención, asistencia y protección frente a cualquier forma de maltrato infantil, así como de establecer aquellos procedimientos necesarios para asegurar la coordinación entre las administraciones públicas competentes y, en este orden, revisar en profundidad el funcionamiento de las instituciones del sistema de protección a las personas menores de edad y constituir así una protección efectiva ante las situaciones de riesgo y desamparo.

No obstante, a pesar de dichos avances normativos, el Comité de Derechos del Niño, con ocasión del examen de la situación de los derechos de la infancia en España en 2018, reiteró a nuestro país la necesidad de la aprobación de una ley integral sobre la violencia contra los niños y niñas, de alcance normativo análogo a la aprobada en el marco de la violencia de género.

De ahí, que, con objeto de cumplir tal mandato, avanzar en la defensa de los derechos de las personas menores, así como reforzar su protección frente a la violencia, se aprueba la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (en adelante, LOPIVI) como ley integral y con un alcance multidimensional en cuanto abarca desde la prevención detección precoz hasta la actuación inmediata y eficaz frente a la violencia sobre los menores y adolescentes. Nadie duda que, la violencia sobre personas menores de edad es una realidad execrable y extendida a pluralidad de frentes (social, familiar, escolar). En numerosas ocasiones pasa desapercibida por la intimidad de los ámbitos en la que tiene lugar parte de la violencia. Ciertamente, la lucha para erradicar la violencia contra la infancia y la adolescencia es un imperativo de derechos humanos. De ahí, el modelo de protección basado en el enfoque de derechos humanos que, supone priorizar la prevención frente a la atención y la reparación, operar sobre un enfoque integral basado en la interdependencia de todos los derechos y la corresponsabilidad de todos los sujetos públicos o privados obligados a garantizar la protección integral de los menores y adolescentes y, en la necesaria participación en la toma de decisiones que les pueden afectar directa o indirectamente. Precisamente, desde la Convención sobre los Derechos del Niño se ha consolidado la consideración de éste como titular de derechos que, hay que respetar y proteger. Lo que también alcanza aquellos niños, niñas y adolescentes con discapacidad, sujetos especialmente vulnerables y con mayores dificultades para acceder al ejercicio de sus derechos en igualdad de oportunidades. No obstante, un notable avance ha tenido lugar con la aprobación 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, adecuando con ello nuestro ordenamiento jurídico a la citada Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Se basa esta Ley en el respecto de la dignidad de la persona con discapacidad, en la tutela de sus derechos fundamentales y a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso pueda necesitar la persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás. Por tanto, ante situaciones de violencia sobre menores ofrece soluciones en relación con el derecho de visitas al modificar el artículo 94 del Código Civil.

Por otra parte, ante el gran impulso del entorno digital procede tener presente, la regulación del Reglamento (UE) 2016 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales; el Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31(CE (Reglamento de Servicios Digitales); y, el Reglamento (UE) 2024/1689, del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024, por el que se establece normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) nº 300/2008, (UE) nº 167/2013, (UE) nº 168/2013, (UE) 2018/858; (UE) 2018/1139) y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2'15/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial).

De todas formas, el Gobierno ha presentado la Carta de los Derechos Digitales dentro del Plan de Recuperación, Transformación y Resilencia. Así en sus consideraciones previas se indica que, "su objetivo es descriptivo, prospectivo y asertivo. Descriptivo de los contextos y escenarios digitales determinantes de conflictos, inesperados, a veces, entre los derechos, valores y bienes de siempre, pero que exigen nueva ponderación; esa mera descripción ayuda a visualizar y tomar conciencia del impacto y consecuencias de los entornos y espacios digitales. Prospectivo al anticipar futuros escenarios que pueden ya predecirse. Asertivo en el sentido de revalidad y legitimar los principios, técnicas y políticas que, desde la cultura misma de los derechos fundamentales, deberían aplicarse en los entornos y espacios digitales presentes y futuros". A lo que se precisa que "la Carta no tiene carácter normativo, sino que su objetivo es reconocer los novísimos retos que la aplicación e interpretación que la adaptación de los derechos al entorno digital plantea. Con ello también, se propone un marco de referencia para la acción de los poderes públicos de forma que, siendo compartida por todos, permita navegar en el entorno digital en el que nos encontramos aprovechando y desarrollando todas sus potencialidades y oportunidades y conjurando sus riesgos. Centrándonos la protección de menores en el entorno digital señala en el apartado los Derecho de Igualdad en el número X que: "1. Los progenitores, tutores, curadores o representantes legales procurarán que los menores de edad hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos, de los entornos digitales y de los servicios de la sociedad de la información a fin de garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y preservar su dignidad y sus derechos fundamentales. 2. Los centros educativos y cualesquiera personas físicas o jurídicas que desarrollen actividades en entornos digitales en las que participen menores de edad garantizarán la protección del interés superior del menor y sus derechos fundamentales, especialmente el derecho a la protección de datos personales, en la publicación o difusión de sus datos personales a través de servicios de la sociedad de la información. 3. Salvo en las excepciones previstas en las leyes, se prohíben los tratamientos de la información de los menores orientados a establecer perfiles de personalidad en entornos digitales. 4. Se consideran ilícitas las prácticas de perfilado susceptibles de manipular o perturbar la voluntad de los menores y, en particular, la publicidad basada en

este tipo de técnicas. 5. Se impulsará el estudio del impacto en el desarrollo de la personalidad de los menores derivado del acceso a entornos digitales, así como a contenidos nocivos o peligrosos. Dicho estudio prestará particular atención a sus efectos en la educación afectivo-sexual, las conductas dependientes, la igualdad de género, así como los comportamientos antidemocráticos, racistas y violentos".

Asimismo, el pasado 4 de junio de 2024, el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores d edad en entornos digitales. Tienen como propósito garantizar los derechos de las personas menores de edad en el entorno digital, así como el derecho a la protección de sus datos personales y el acceso a contenidos adecuado. En concreto, el Anteproyecto reconoce el derecho de las personas menores de edad: 1. A ser protegidas frente a contenido digitales que puedes perjudicar su desarrollo: 12. Recibir información sobre el uso de las tecnologías, así como de sus derechos y riesgos asociados en este entorno; 3. El acceso a la información, libertad de expresión y a ser escuchadas; y, 4. Al acceso equitativo y efectivo a dispositivos, conexión y formación para el uso de herramientas digitales. Para logar lo anterior, el legislador propone la implementación de una serie de medidas relacionadas con la protección del menor en el ámbito digital como, asimismo, la regulación de contenida en línea que afecta a operadores digitales e *influencers* y la tipificación de nuevos delitos. La norma se centra en cuatro ámbitos, en especial: 1. La protección de consumidores y usuarios; 2. En el ámbito educativo; 3. En el ámbito sanitario; y 4. En el sector público.

Al respecto en su Exposición de Motivos indica que, España tiene un compromiso con los derechos de la infancia y la adolescencia, como así lo atestigua la ratificación de diferentes acuerdos internacionales de Derechos Humanos, entre los que destaca la Convención sobre los Derechos del Niño, así como las políticas de promoción de estos derechos y lucha contra las violencias contra la infancia. Teniendo en cuenta que los entornos digitales son hoy uno más entre los diferentes ámbitos en los que se desarrolla la vida en sociedad, resulta necesaria esta norma que viene a regular y garantizar el disfrute de derechos de la infancia en estos entornos. Esta norma emana por tanto del artículo 20.4 de la Constitución Española que reconoce una especial protección al ámbito de la juventud y de la infancia, así como del artículo 39 que recoge el derecho a la protección integral de la infancia. También suponen antecedentes de la norma los artículos 33, 45 y 46 de la LOPIVI, entre otros. Ante la realidad de las oportunidades y riesgos que suponen los entornos digitales, corresponde al Estado poner en marcha medidas que aseguren el disfrute y promoción de los derechos de la infancia y la adolescencia en este ámbito.

Asimismo, destaca que, desde el ámbito europeo también se han impulsado medidas y propuestas para la regulación de los entornos digitales en lo que respecta a los menores de edad. La Estrategia para los Derechos de la Infancia 2021-2024 llamó la atención sobre esta cuestión, siendo la sociedad digital y de la información una de las seis áreas temáticas que la conforman. En ella, además de señalar su enorme potencial en el ámbito educativo o para la reducción de determinadas brechas sociales, se apunta a la necesidad de adoptar medidas ante los riesgos que puede acarrear el mundo digital en áreas como el ciberacoso o la incitación al odio, además de la necesidad de introducir regulación para evitar los

problemas de salud que pueden derivar de una exposición excesiva a las pantallas. La Estrategia europea en favor de una Internet más adecuada para los niños apuntaba en la misma dirección sobre la que ya han regulado o se encuentran en procesos regulatorios diferentes países de nuestro entorno. Esta norma responde también a los diferentes indicadores tanto de las instituciones supranacionales como de diferentes actores relevantes de la sociedad civil que sitúan algunas de las problemáticas derivadas de la exposición de la infancia y la adolescencia a los entornos digitales, de forma desregulada, como un problema de salud pública. Esta regulación por tanto garantiza el derecho de la infancia a crecer sin que su desarrollo se vea condicionado por la exposición a las pantallas, así como a poder hacer uso de los entornos digitales de una forma positiva, ya sea en el ámbito de la educación o como espacio de interacción social o acceso a la cultura y el ocio.

A lo que añade que, en ese sentido, la generación de espacios seguros en el ámbito digital para la infancia y adolescencia no puede hacerse de espaldas a esa parte de la población. Así, la norma dota de un papel activo a la infancia y adolescencia, reconocidas como sujetos de derechos que, a través de herramientas que se generan como la Estrategia Nacional sobre la Protección de la Infancia en el Entorno Digital podrán participar en el propio diseño, monitoreo y evaluación de las políticas públicas derivadas de la implementación de esta ley que les atañen de forma directa. En definitiva, lo que viene a delimitarse a través de la ley es el derecho a la protección ante los contenidos digitales que puedan resultar dañinos para su desarrollo y su derecho a poder tomar decisiones al respecto de los mismos, recibiendo información de forma adecuada para su edad. Estos derechos de la infancia y la adolescencia se desarrollan mediante las medidas y políticas descritas en el articulado de la ley, así como de las diferentes obligaciones que derivan de ellos para la administración y el sector privado, que desempeña un papel fundamental en este ámbito. La regulación genera así el marco necesario para el desarrollo de los compromisos adquiridos por España en materia de derechos de las personas menores de edad ante el papel creciente que juegan los entornos digitales como un plano más en el que se desarrolla la sociedad.

El Pleno del Consejo General del Poder Judicial ha aprobado el 13 de noviembre de 2024 por unanimidad el informe sobre el mencionado Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales.

El dictamen, preparado por la Comisión de Estudios e Informes y del que han sido ponentes los vocales Lucía Avilés y José Antonio Montero, valora de forma positiva la decisión del prelegislador de regular la protección "específica" de los/as menores en los entornos digitales, por cuanto se adecúa a los compromisos internacionales asumidos por España, así como a la normativa constitucional y legal y a la jurisprudencia.

La norma proyectada, de carácter integral y transversal, incluye medidas cuyos objetivos son mejorar la información respecto de los riesgos y de los beneficios del uso de los dispositivos digitales por las personas menores de edad; mejorar la acción de los servicios sanitarios, tanto desde la perspectiva de la prevención como de la asistencia; y reforzar la efectividad de los mecanismos de control para evitar el acceso de niños, niñas y adolescentes a contenidos inapropiados para su desarrollo personal.

El informe realiza, entre otras, las siguientes consideraciones: 1. Pena de alejamiento de los entornos virtuales: El anteproyecto introduce en el Código Penal —dentro del catálogo de penas privativas de derechos— la de prohibición de acceso o de comunicación a través de redes sociales, foros, plataformas de comunicación o cualquier otro espacio virtual. Si bien la Sala Segunda del Tribunal Supremo ya admitió en 2022 la posibilidad de aplicar la pena de alejamiento no solo a lugares físicos, sino también al entorno digital, el Pleno del CGPJ considera muy positiva su regulación normativa, hasta ahora inexistente.

El anteproyecto también prevé la posibilidad de que el juez/a o tribunal suspenda la pena de prisión, en aquellos supuestos en los que resulte factible, poniendo como condición la prohibición de acceso o de comunicación a través de redes sociales, foros, plataformas o cualquier otro espacio virtual.

El texto aprobado por el Pleno advierte de la conveniencia de establecer como obligatoria —y no como potestativa— este tipo de prohibición cuando sea sustitutiva de la pena de prisión con el fin de proteger a los/as menores de edad, tal y como está regulado cuando se trata de delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido pareja o cónyuge. También señala la conveniencia de comunicar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado la imposición de esta prohibición con el fin de que vigilen su cumplimiento.

También sugiere la posibilidad de que la prohibición de comunicación a través de cualquier dispositivo telemático pueda ser adoptada como medida cautelar, circunstancia que sería coherente con la necesidad de actuar de forma anticipada y preventiva con el fin de evitar daños mayores.

Finalmente, el informe llama la atención sobre la ausencia de una previsión específica sobre la reparación íntegra del daño cuando el delito se comete a través de redes sociales, foros, plataformas de comunicación o cualquier otro espacio virtual. La "huella digital" de los efectos de la conducta delictiva constituye, señala, un "factor multiplicador del daño".

2. Ultrafalsificaciones: El anteproyecto da tratamiento penal a la ultrafalsificación (deepfake), término que emplea en su exposición de motivos para hacer referencia a los vídeos, fotos y audios que no son reales, pero lo parecen gracias a una manipulación extrema de imágenes y/o sonidos. Este delito se integra entre los cometidos contra la integridad moral de las personas, diferenciándolo de los cometidos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen o contra el honor.

La inclusión de este nuevo tipo delictivo cumple con el mandato contenido en la Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia de género y de la violencia doméstica, que pretende garantizar que este tipo de conductas no queden impunes en los Estados miembros.

El informe aprobado por el Pleno del CGPJ sugiere la inclusión de un subtipo agravado cuando la víctima sea menor de edad o una persona con discapacidad o cuando el autor sea el cónyuge o una persona unida a la víctima por una relación de afectividad análoga.

3. Enmascaramiento de identidad: El informe destaca la reforma del Código Penal contenida en el anteproyecto para incluir una serie de tipos agravados relacionados con el uso de identidades falsas como medio para facilitar la comisión de delitos contra menores de edad o personas con discapacidad. La finalidad de esta reforma es tutelar los intereses de niños, niñas y adolescentes ante la gran preocu-

pación existente por el acceso de los/as menores a contenidos pornográficos que pueden afectar a su desarrollo afectivo y de las relaciones sexuales.

Subraya el informe "se trata de situaciones en las que a través de estas falsas identidades se pretende atraer al menor o a la persona con discapacidad para ganarse su confianza su amistad o, al cabo, establecer algún tipo de conexión con ellos que allane la comisión del delito".

La reforma prevé la imposición de la pena prevista para este tipo de delitos en su mitad superior cuando se utilice una identidad ficticia o imaginaria o una edad, sexo u otras condiciones personales diferentes de las propias con el objeto de facilitar la comisión del hecho delictivo.

4. Sistemas de verificación de edad: El texto sometido a examen modifica la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual (LGCA) para establecer la obligación, por parte de los prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma, de establecer y operar sistemas de verificación de edad de los usuarios, en relación con los contenidos que puedan causar un perjuicio a las personas menores de edad, como la violencia gratuita o la pornografía. Estos sistemas deberán ser "por defecto" y deberán garantizar determinados niveles de seguridad y privacidad.

El anteproyecto también prevé la posibilidad de interrumpir el servicio o de retirar contenidos, medidas que podrán ser acordadas por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) por incumplimiento de la obligación de establecer un sistema de verificación de la edad, siempre que ese incumplimiento atente o pueda atentar contra el principio de protección de la juventud y la infancia. Serán los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo los competentes para autorizar judicialmente esas medidas, según el procedimiento previsto hasta ahora solo para la protección de la propiedad intelectual.

El CGPJ advierte, asimismo, que la norma proyectada presenta relevantes déficits de precisión y seguridad jurídica respecto del estándar fijado por la jurisprudencia constitucional para las normas legales habilitantes de medidas restrictivas de derechos fundamentales. El informe señala, en este sentido, que el principio de protección de la infancia y la juventud al que se hace referencia es "una finalidad demasiado general como para cumplir las exigencias constitucionales de claridad y precisión como para hacer previsibles los supuestos en los que la CNMC podrá acordar alguna de las medidas de restricción de los servicios de la sociedad de la información".

En consecuencia, se sugiere desde el citado Consejo al prelegislador una definición en términos precisos y claros del presupuesto que habilita a la CNMC para acordar alguna de las medidas, previa autorización judicial.

5. Consentimiento para el tratamiento de datos personales: El texto del Anteproyecto eleva de 14 a 16 años la edad de los/as menores para consentir el tratamiento de sus datos personales, lo que supone adecuar la legislación nacional a la normativa europea. Se trata de una modificación general de la edad en materia de protección de datos, una solución que el informe del CGPJ considera que favorece la seguridad jurídica al evitar que se establezcan regímenes especiales según el tipo de tratamiento de datos.

No obstante, el dictamen señala que la elevación de la edad para consentir tratamientos de datos personales puede producir una disonancia entre la capacidad

para el ejercicio del derecho a la protección de datos —para el que debe acreditarse haber cumplido los 16 años— y la capacidad exigida para ejercer otros derechos fundamentales como son los derechos a la intimidad y la propia imagen, para los que basta la suficiente madurez de juicio.

Pues bien, nos parece oportuno señalar que, la inteligencia artificial (IA) se ha convertido en una de las tecnologías más disruptivas y transformadoras de nuestro tiempo. Con ella, tenemos acceso a aplicaciones capaces de realizar tareas que antiguamente requerían inteligencia humana. Además, la IA ha traído avances significativos los campos de la imagen, como la fotografía o el video. Estas innovaciones han dado lugar a la creación de fotos falsas, conocidas normalmente como "deepfakes". Se trata de imágenes de personas manipuladas con los algoritmos de IA, que las hacen parecer reales. Estas falsas fotografías se están utilizando ya para fines delictivos como difundir información engañosa o imágenes pornográficas no consensuadas.

En España, uno de los incidentes con fotos manipuladas que más impacto tuvo en los medios de comunicación sucedió en septiembre del 2023. Varias chicas menores de edad denunciaron que había fotografías suyas desnudas, manipuladas con IA, que se encontraban circulando en internet. Todo ocurrió en Almendralejo (Badajoz), donde las madres de las víctimas (de entre 12 y 17 años) denunciaron la situación. La Policía Nacional detuvo a varios menores implicados en el caso. Para crear estas fotografías, los adolescentes habían utilizado una aplicación de IA que era capaz de hacer un montaje hiperrealista intercambiando el rostro o el cuerpo original de la víctima por el de otra persona.

Lo cierto es que, probablemente, muchos de estos menores ni siquiera son conscientes de las implicaciones de este tipo de actos, lo cual demuestra una grave falta de empatía y de civismo. En esta ocasión, las deepfakes que crearon estos menores podrán ser consideradas como un delito de pornografía infantil. Según detalla el artículo 189 del Código Penal, se entiende por pornografía infantil todo material de un menor participando en una conducta sexual explicita, real o simulada. Además, las imágenes de las menores de Almendralejo suponen también una suplantación de la identidad y atentan contra la intimidad y el honor de las víctimas.

A medida que la policía identifica más casos de este tipo de montajes, parece más necesario que nunca analizar los peligros asociados a combinar menores y deepfakes, considerando también cómo se puede abordar este complicado tema. Para los expertos, la solución debe comenzar con la educación. Las escuelas y los padres deben trabajar juntos para sensibilizar a jóvenes y adolescentes sobre los riesgos asociados a la creación y difusión de imágenes falsas. También es esencial enseñarles a discernir entre imágenes auténticas y manipuladas, así como a comprender las consecuencias éticas y legales de participar en estas prácticas.

De acuerdo con los estudios de Deeptrace, una compañía especializada en ciberseguridad, 8 de las 10 principales páginas web de pornografía, incluyen contenidos creados a través de deepfake. Aunque cualquier persona es vulnerable a que su cara o cuerpo aparezcan manipulados en un video pornográfico, la empresa asegura que las mujeres se han convertido en las víctimas principales. Por eso han declarado, que desde edades tempranas se debe enseñar a hacer un uso seguro, responsable y saludable de las tecnologías.

Asimismo, conviene indica que, recientemente, se ha elaborado un informe elaborado por 50 expertos y remitido el martes 3 de diciembre de 2024 al Consejo de Ministros. Incluye un diagnóstico de 150 páginas sobre el impacto de las tecnologías en los menores de edad, propone 107 medidas para la generación de un entorno digital seguro para los menores. Los trabajos que empezaron en marzo de 2024 bajo la presidencia de la vicepresidenta de la Asociación Europea para la Transición Digital Ana Caballero se han estructurado en seis grupos: salud, educación, privacidad, industria y consumo, derechos, participación y pornografía/violencia sexual.

Entre las medidas se impone: 1. El límite de uso de los móviles según la edad: en relación con el acceso de los menores a los dispositivos digitales, el comité de expertos recomienda no exponer en absoluto a los niños menores de tres años. A partir de esa edad hasta los seis años también se desaconseja su uso y se recomienda solo de forma puntual con el único fin de "mantener un contacto social, familiar o cuando se determine por resolución judicial".

También plantea a los adultos que limiten el uso de los dispositivos en presencia de menores de 6 años. Y desde esa edad hasta los 12 años, indican los expertos, deberían tener prioridad las actividades vivenciales, como las deportivas, y se debería limitar el uso de los móviles bajo la supervisión de un adulto y para acceder puntualmente y con límites prefijados únicamente a contenidos adaptados a su edad y capacidad. De 12 a 16 años se deberán utilizar teléfonos analógicos —sin acceso a internet y limitado a las llamadas—. En caso de que las familias decidan entregar a los menores un móvil inteligente, se recomienda que lo hagan con herramientas de control parental instaladas en el dispositivo para monitorear el tiempo y los contenidos consumidos, y no permitir el acceso a redes sociales; 2. Medidas para la industria: etiquetado y control parental: Las empresas del sector tecnológico también deberían cumplir con algunas recomendaciones sobre los dispositivos digitales, como la inclusión de un etiquetado sobre los riesgos para la salud que conlleva el uso de dispositivos digitales y aplicaciones, y el acceso a contenidos no apropiados para el desarrollo de la infancia y adolescencia. Estas advertencias deberían estar redactadas en un lenguaje claro y accesible y aparecer en las pantallas al abrir una determinada aplicación o plataforma online, explicando los riesgos para la salud y el tiempo máximo de uso recomendado. También se recomienda que los fabricantes, generadores de software y productores de servicios digitales (plataformas, redes sociales, mensajería) tengan ya instalada "por defecto" la configuración de espacios seguros digitales con las medidas protectoras para menores de edad, lo que se denomina como control parental.

Otra de las medidas de este informe es la inclusión por parte de los fabricantes y productores de servicios digitales en los nuevos lanzamientos de un informe de impacto sobre los menores con recomendaciones por edades. 3. Protección de los derechos de los menores. En relación con la protección de los derechos de los menores, el comité plantea la regulación de las personas creadoras de contenido, incluidos los niños influencers.

Propone, por ejemplo, la "prohibición expresa de exponer a personas menores de edad en el contenido objeto de su actividad en la red", independientemente de que esta actividad genere ingresos económicos directa o indirectamente. En este apartado, el comité insta especialmente a regular la práctica del sharenting

—compartir fotografías de menores en las redes sociales— por parte de personas creadoras de contenido o influencers.

Además, las expertas y expertos desarrollan en su documento la importancia de ampliar los estudios, las investigaciones y la evaluación de los efectos de los sistemas tecnológicos en la infancia, así como de promover campañas de sensibilización educativa, sanitaria y de participación.

Otro de los pilares del informe del comité es el plan de Alfabetización Mediática e Informacional, promovido activamente desde hace 10 años por la Unesco, con el objetivo de dotar a niñas, niños y adolescentes de las destrezas y herramientas necesarias para no estar desprotegidos en los espacios digitales; 4. Regulación del uso en los centros educativos: En el ámbito educativo, los expertos instan a regular el uso de los dispositivos digitales en los centros educativos, diferenciando entre los de uso privado del alumnado y los de los propios centros.

Los de uso privado del alumnado no deberían estar permitidos en educación infantil y primaria, y se deberían limitar a un uso como herramientas pedagógicas en secundaria.

Para los dispositivos de los propios centros se plantea la revisión contrastada de las aplicaciones, la eliminación de los sistemas de gratificación inmediata o el establecimiento de límites por edad, entre otros.

Por su parte, Australia es el primer país en aprobar una ley que prohíbe el acceso de menores de 16 años a las redes sociales. Para ello, las plataformas de redes sociales más importantes del mundo que operan en Australia tienen un año para desarrollar una serie de restricciones a su uso de acuerdo a una pionera nueva ley que prohíbe a los menores de 16 años utilizar estas aplicaciones. En realidad, las empresas tecnológicas que están detrás de las plataformas reconocen que, al menos en estos momentos, no tienen ni idea de cómo van a verificar la edad de sus usuarios. Pero si no encuentran la manera y las autoridades australianas, dentro de 12 meses, comprueban que los menores siguen utilizando regularmente y sin filtros TikTok, Facebook, Snapchat o X, se enfrentan a multas de hasta 49,5 millones de dólares australianos, que al cambio son alrededor de 30 millones de euros.

Precisamente, el Comité del Senado que ha respaldado el proyecto de ley ha planteado probar un sistema de verificación de edad que podría incluir datos biométricos o de identificación gubernamental, pero a la vez instan a las plataformas a no obligar a los usuarios a que se registren con su documento de identidad para demostrar su edad.

En todo caso, la responsabilidad final para implementar y hacer cumplir las reglas recaerá sobre el regulador de Internet de Australia, el Comisionado de Seguridad Electrónica, que ha sugerido a las empresas la posibilidad de utilizar un "servicio a terceros", es decir, una especie de portal seguro de verificación intermediario que ayude a preservar la privacidad de los documentos de identidad de los usuarios.

El regulador también ha asegurado que los servicios de mensajería y las apps de juegos no estarán restringidas, al igual que los contenidos en YouTube. Y, asimismo, ha precisado que existirán excepciones para aquellas plataformas de redes sociales —controladas por la nueva ley—, que puedan crear "servicios de bajo riesgo" siempre que, sean considerados adecuados para niños, aunque todavía no se han establecido los criterios sobre esta última parte.

Se constata que "casi dos tercios de los australianos de entre 14 y 17 años han visto contenido extremadamente dañino en línea, como vídeos relacionados con el abuso de drogas, el suicidio o la autolesión, así como material muy violento. Para muchos jóvenes australianos, las redes sociales son muy perjudiciales", como ha expuesto en el Parlamento la ministra de Comunicaciones, Michelle Rowland.

Ahora bien, otras naciones como Francia han promulgado en el año 2023 una regulación que obliga a redes sociales como Tik Tok a verificar la edad de los usuarios y obtener el consentimiento de los padres en el caso de menores de 15 años.

También Corea del Sur y China han aprobado sendas leyes orientadas a limitar el uso de internet respecto a los más jóvenes, en especial, por la preocupación existente en relación con la adicción a los videojuegos. En 2011, los surcoreanos aprobaron una ley que impedía a menores a jugar a juegos en la red entre las 22:30 horas y las 6:00 horas, pero la normativa fue posteriormente revocada.

Asimismo, en 2022 la Administración del Ciberespacio (CAC), el órgano que regula Internet en China, introdujo varias medidas para limitar el tiempo que los menores de edad pueden jugar a videojuegos: no más de tres horas semanales, de 20:00 a 21.00 horas de la noche los viernes, sábados y domingos. Para controlar esta medida se cumpla, se están utilizando parámetros de verificación de identidad y pruebas de reconocimiento facial.

En esta línea, la Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de marzo de 2021, sobre los derechos de la infancia a la luz de la Estrategia de la UE sobre los derechos del niño, el Parlamento Europeo destacó la importancia de desarrollar y reforzar los sistemas nacionales y transnacionales integrados de protección de la infancia con recursos y sistemas de aplicación y seguimiento. En las Conclusiones del Consejo, de 9 de junio de 2022, relativas a la Estrategia de la UE sobre los Derechos del Niño también se instaba a los Estados miembros a adoptar un enfoque integrado (coordinado y multidisciplinar) para la protección de la infancia. En el Dictamen del Comité Europeo de las Regiones "Capacitación de los entes locales y regionales para instaurar sistemas integrados de protección de la infancia", aprobado en el pleno del 17 y 18 de abril de 2024, el Comité de las Regiones también ha hecho hincapié en la necesidad de capacitar a los entes locales y regionales para instaurar sistemas integrados de protección de la infancia.

En base a lo expuesto, el presente estudio se va a centrar en la necesaria observancia del interés superior del menor y la tutela judicial efectiva en lo que representa el canon de razonabilidad reforzada, en especial en lo que constituyen las actuaciones de la administración y los entornos seguros y en la adopción de medidas de protección como el acogimiento y la adopción. Ciertamente el Tribunal Constitucional en estos dos últimos años ha resuelto varios asuntos desde el interés del menor como eje de la resolución que de tener en cuenta el Juez y que se aplique en estas resoluciones, asimismo, el llamado canon de motivación reforzada. En concreto, son siete sentencias: dos sobre adopción —sentencia, Pleno, de 27 de febrero de 2014; y, la sentencia, Sala Segunda, de 3 de junio de 2024[1]; cuatro sobre el régimen de visitas y alimentos —sentencias, Sala Segunda, de 6 de marzo 2023[2]; de 8 de abril de 2024[3]; 23 de septiembre de 2024[4]; y, sentencia, Sala Primera, de 15 de enero de 2024[5]—; y otras dos relativas a cómo afectan las creencias religiosas de los padres en procesos de divorcio y separación en la formación de

los hijos, cuando, precisamente, los padres no están de acuerdo —sentencia, Sala Segunda, 20 de febrero de 2023[6]; y, sentencia, Pleno, de 14 de febrero de 2024[7]—.

## II. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y EL CANON DE RAZONABILIDAD REFORZADA

Respecto a la inserción en nuestro ordenamiento jurídico del principio de interés del menor, nuestra sentencia del Tribunal Constitucional 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4, precisa a su vez que dicho principio se proclama en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990), "al disponer que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño" (artículo 3.1). Y que nuestra legislación en materia de menores define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionadas con el niño, tanto administrativas como judiciales (exposición de motivos, artículos 2 y 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor).

En el mismo sentido, entre otras, sentencias del Tribunal Constitucional 93/2013, de 23 de abril, FJ 12; 127/2013, de 3 de junio, FJ 6; 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4; 99/2019, de 18 de julio, FJ 7; 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3; 81/2021, de 19 de abril, FJ 2 c); 130/2022, de 24 de octubre, FJ 5; y 148/2023, de 6 de noviembre, FJ 4 B) c), y el Auto del Tribunal Constitucional 301/2014, de 16 de diciembre, FJ 4.

De este modo, se viene afirmando de manera reiterada la obligación de los poderes públicos de proteger el interés superior de las personas menores de edad en cualesquiera actuaciones que deban entenderse con estas o hayan de afectarles de manera directa o indirecta. Deben procurarlo incluso si ello significa atemperar la rigidez de algunas normas procesales o sacrificar los legítimos intereses y perspectivas de terceros (sentencias del Tribunal Constitucional 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2; 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5; 77/2018, de 5 de julio, FJ 2; 106/2022, de 13 de septiembre, FJ 2 C); 130/2022, de 24 de octubre, FJ 5, y 131/2023, de 23 de octubre, FJ 3, entre otras).

Corresponde en cada caso a los jueces y tribunales ordinarios determinar cuál es el interés superior de las personas menores de edad, atendiendo para ello a los criterios generales que establece el artículo 2 de la citada Ley Orgánica 1/1996; e, incumbe a este tribunal, por su parte, examinar la correcta aplicación de aquellos y la ponderación de intereses realizada en mayor beneficio del menor a fin de comprobar que no se han lesionado sus derechos fundamentales (sentencias del Tribunal Constitucional 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 4; 113/2021, de 31 de mayo, FJ 2 b); 106/2022, de 13 de septiembre, FJ 2 C); y 131/2023, de 23 de octubre, FJ 3).

El interés superior del menor representa un principio fundamental en la materia de protección de menores y adolescentes y, asimismo, un principio vertebrador de todas las instituciones de protección que, deberá prevalecer sobre el resto de los intereses legítimos[8]. Con la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica

8/2015 se dota de contenido a lo que hasta ahora representaba un concepto jurídico indeterminado y que ha sido objeto de diversas interpretaciones. Efectivamente, el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, tras configurar el interés del menor como principio primordial en cuantas "acciones y decisiones" le afecten, consagra un principio interpretativo restrictivo de "las limitaciones a la capacidad de obrar" de los menores, pues estas "se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor". Dicho interés debe interpretarse y aplicarse "en cada caso", "atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto" (artículo 2.2) y tomando en consideración "los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior" (artículo 2.2 b)).

De significativa importancia es el establecimiento en la Ley Orgánica 1/1996, tras la citada reforma por la Ley Orgánica 8/2015, de un conjunto de garantías procesales que deberán ser respetadas al adoptar cualquier medida en interés superior de la persona menor de edad (artículo 2.5), en particular interesa destacar, como garantía procesal, "los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado" (artículo 2.5 a)).

Este concepto, como precisa el Preámbulo de la citada Ley, se define desde un contenido tiple: 1. Es un derecho sustantivo, en el sentido que el menor tiene derecho a que cuando se adopta una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluado y en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución; 2. Es un principio general interpretativo, de manera que cualquier normativa jurídica ha de ser interpretada conforme al mismo con el objeto de realizar la interpretación que mejor responde a los intereses del menor; por lo que cualquier medida o actuación que se lleva a cabo sobre un menor en situación de riesgo o desamparo, debe operar con lo que es más efectivo y beneficioso para su interés[9]; y 3. Es una norma de procedimiento[10].

Por lo que, a los efectos de interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor se tendrán en cuenta, entre otros criterios, la edad y madurez del menor; la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad[11]; el trascurso del tiempo en su desarrollo[12]; la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad[13]; la preparación del tránsito a la edad adulta e independiente de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales, y, cualquier otro elemento que se considere pertinente y respete los derechos de los menores; y, en caso de concurrir con cualquier otro interés legítimo, deberán priorizarse las medidas que, respondiendo al interés superior del menor, respeten también estos otros intereses legítimos y, en caso de no poder respetarse estos, debe primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés que pueda concurrir[14]. Además, toda medida en interés del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso.

Ahora bien, para el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en sentencia de 23 de febrero de 2022[15]: "no cabe una invocación genérica del principio del interés del menor, pauta a la que los artículos 172.3 y 11.2 b) de la LOPJM) supeditan el reintegro del menor a su familia de origen. Como dice la sentencia 444/2015, de 14 de julio (RJ 2015,3279): "El interés que se valora es el de unos menores per-

fectamente individualizados, con nombres y apellidos, que han crecido y se han desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello les es beneficioso (sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2015 (RJ 2015,681)). El interés en abstracto no basta ni puede ser interpretado desde el punto de vista de la familia biológica, sino desde el propio interés del menor. Tampoco bastan las simples conjeturas para alterar la situación de estabilidad alcanzada por los menores sobre la base de la simple posibilidad de que la medida va a funcionar y de que ello no implica la separación de los niños de su familia de origen, dado el carácter definitivo y no meramente simple y temporal de la medida"".

Por otra parte, en la sentencia del Tribunal Constitucional 178/2020, de 14 de diciembre[16] señala en su *Fundamento Jurídico tercero* que "para valorar qué es lo que resulta más beneficioso para el menor, ha de atenderse especialmente a las circunstancias concretas del caso, pues no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre cuál sea su mayor beneficio. (…) La decisión de cuál sea en cada caso el interés superior del menor corresponde tomarla a los jueces y tribunales ordinarios, aunque es de nuestra incumbencia examinar, si la motivación ofrecida por los mismos para adoptar cuantas medidas conciernen a los menores está sustentada en su mayor beneficio y así comprobar que no se han lesionado sus derechos fundamentales" y, recuerda, con cita de numerosos pronunciamientos de este tribunal, "la necesidad de que todos los poderes públicos cumplan el mandato dirigido a ellos en el artículo 39 de la CE y atiendan de un modo preferente la situación del menor de edad, observando y haciendo observar el estatuto del menor como norma de orden público (sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000[17], FJ 5). Deben procurarlo, incluso si ello significa atemperar la rigidez de algunas normas procesales o sacrificar los legítimos intereses y perspectivas de terceros (sentencias del Tribunal Constitucional 187/1996, de 25 de noviembre[18], FJ 2, y 77/2018, de 5 de julio[19], FJ 2). Asimismo, ha advertido el Tribunal Constitucional en todas aquellas ocasiones en las que se nos ha planteado una posible lesión del derecho fundamental de un menor, que su interés superior "inherente a algunas de las previsiones del artículo 39 de la CE es, considerado en abstracto, un bien constitucional suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales" (sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio[20], FJ 7)".

Al respecto también señala nuestro Tribunal que para valorar lo que resulta más beneficioso para el menor "ha de atenderse especialmente a las circunstancias concretas del caso, pues no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre cuál sea su mayor beneficio. (...) La decisión de cuál sea en cada caso el interés superior del menor corresponde tomarla a los jueces y tribunales ordinarios, aunque es de incumbencia del Tribunal Constitucional examinar si la motivación ofrecida por los mismos para adoptar cuantas medidas concierne a los menores, está sustentada en su mayor beneficio y así comprobar que no se han lesionado sus derechos fundamentales (sentencia del Tribunal Constitucional 221/2002[21], FJ 4, y auto del Tribunal Constitucional 28/2001, de 1 de febrero[22]). Porque, una vez más se ha de subrayar que "el canon de razonabilidad constitucional deviene más exigente por cuanto que se encuentran implicados valores y principios de indudable relevancia constitucional"".

Es importante destacar que "justificar debidamente las resoluciones en las que están concernidos los intereses y derechos de los menores (artículo 39 de la CE), significa explicitar el juicio de ponderación entre los valores y derechos en liza para hacer así efectiva la exigencia de proporcionalidad inherente a la justicia, como es también jurisprudencia constitucional (sentencia del Tribunal Constitucional 71/2004, de 19 de abril[23], FJ 5); (sentencias del Tribunal Constitucional 178/2020, FJ 3, y 2/2024, de 15 de enero[24], FJ 2).

Entre los valores y derechos en liza que el órgano judicial ha de incluir en su juicio de ponderación se encuentran los deseos, sentimientos y opiniones del menor. La sentencia del Tribunal Constitucional 5/2023, de 20 de febrero[25], FJ 3, a la que nos remitimos, analizaba las disposiciones internacionales y nacionales que tratan de garantizar la participación de las personas menores de edad en los procedimientos que les afecten, en función de su edad y madurez, así como que su opinión, libremente expresada, sea tenida en cuenta en la ponderación de lo que debe considerarse en cada caso como interés superior del menor. En línea con las disposiciones internacionales que regulan la materia, el artículo 2.2 b) de la LOPJM establece entre esos criterios generales "la consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior".

Asimismo, apunta la doctrina del Tribunal Constitucional elaborada sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en los supuestos de procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, acogimiento y adopción, en consideración a que se encuentran en juego intereses de suma relevancia tanto de los menores afectados por la medida, como de sus padres, y de las personas que pretenden la adopción. Dicha doctrina se compendia en la sentencia del Tribunal Constitucional 58/2008, de 28 de abril, FJ 2º. Destaca que la decisión a adoptar, precisamente por la flexibilidad con la que el legislador regula este tipo de procesos, ha de atender especialmente a las circunstancias concretas del caso y a la relación que los distintos procedimientos (declaración de desamparo, tutela automática de la entidad pública de protección de los menores, constitución de los diversos tipos de acogimiento, adopción, así como las correspondientes impugnaciones judiciales de estos) guardan entre sí por referirse a un mismo menor y, con frecuencia, a sus progenitores biológicos y a los adoptantes o posibles adoptantes.

Por otra parte, glosa la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el respeto a la vida privada y familiar, recordando que la retirada de la tutela de los menores no pone fin a la vida familiar y debe estar debidamente justificada, gozando las autoridades de libertad para evaluar la necesidad de hacerse cargo de un menor, siendo necesario un control más estricto sobre las restricciones adicionales, como las impuestas sobre el derecho de visitas.

En los casos en que las autoridades deciden reemplazar la medida de acogimiento por una más radical, indica que "tales medidas solo deben aplicarse en circunstancias excepcionales y solo pueden justificarse por un requisito primordial concerniente al interés superior del menor" (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de octubre de 2018, asunto *S.S. c. Eslovenia*). La doctrina del Tribunal se extiende a otras relaciones familiares, en las que se pone de relieve la diferente protección que se otorga a los progenitores respecto de las

relaciones con el resto de la familia extensa. A tal fin, el Tribunal ha declarado que la vida familiar abarca los lazos entre parientes cercanos, entre los que se encuentran los abuelos con sus nietos o nietas, ya que pueden jugar un papel importante en la vida familiar. Sin embargo, normalmente, la relación entre abuelos y nietos, por su propia naturaleza requiere un menor grado de protección que la de los progenitores con sus hijos.

Por otra parte, este tribunal tiene una asentada doctrina acerca de la flexibilización de las rigideces procesales y la ampliación de las facultades de los órganos judiciales en los procesos afectantes al Derecho de familia vinculada a la necesidad de que todos los poderes públicos cumplan el mandato dirigido a ellos en el artículo 39 de la CE, muy en particular, en su apartado cuarto, en tanto que configura el estatuto jurídico del menor como una norma de orden público, de inexcusable observancia por los poderes públicos (sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5).

De este modo, los poderes públicos deben procurar la satisfacción del interés del menor incluso si ello significa atemperar la rigidez de algunas normas procesales o sacrificar los legítimos intereses y perspectivas de terceros. Hemos recordado que "Cuando está en juego el interés de los menores, sus derechos exceden del ámbito estrictamente privado y pasan a tener una consideración más cercana a los elementos de *ius cogens* que la sentencia del Tribunal Constitucional 120/1984, de 10 de diciembre, FJ 2, reconoce que concurren en los procedimientos judiciales relativos a la familia, a partir de que el artículo 39.2 de la CE sanciona una protección integral de los hijos por parte de los poderes públicos" (sentencias del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre, FJ 4; 106/2022, de 13 de septiembre, FJ 2 B), y 5/2023, de 20 de febrero, FJ 3])

En tal sentido, específicamente en relación con el desarrollo de procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, este tribunal ha destacado que "en este tipo de procesos civiles se encuentran en juego derechos e intereses legítimos de extraordinaria importancia tanto los del menor, como los de sus padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en la situación, que son intereses y derechos de la mayor importancia en el orden personal y familiar, que obligan a rodear de las mayores garantías los actos judiciales que les atañen" (sentencia del Tribunal Constitucional 114/1997, de 16 de junio, FJ 6; en el mismo sentido, sentencia del Tribunal Constitucional 298/1993, de 18 de octubre, FJ 3).

Así se ha afirmado que "dada la extraordinaria importancia que revisten los intereses y derechos en juego en este tipo de procesos, se ofrezca realmente en ellos una amplia ocasión de alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones, atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de preclusividad" (sentencias del Tribunal Constitucional 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2; 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4; 75/2005, de 4 de abril, FJ 3, y 58/2008, de 28 de abril, FJ 2). De modo gráfico, ha indicado el Tribunal en esos mismos fundamentos en relación con tales procedimientos que "lo trascendental en ellos no es tanto su modo como el resultado".

Finalmente, en esa misma línea argumental hemos destacado que la función encomendada en estos casos al juez no es solo la de juzgar y ejecutar lo juzgado

(artículo 117.3 de la CE), sino que, al ser concebida en el marco de la jurisdicción voluntaria, ha de incluirse, de acuerdo con el artículo 117.4 de la CE, aquellas funciones que la ley les atribuya expresamente en garantía de cualquier derecho (sentencia del Tribunal Constitucional 93/1983, de 8 de noviembre, FJ 3).

En tal sentido, los procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, como hemos tenido ocasión de declarar, dado su carácter instrumental al servicio del Derecho de familia (sentencia del Tribunal Constitucional 4/2001, de 15 de enero, FJ 4), que no se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara, sino que en relación con tales procedimientos se amplían *ex lege* las facultades del juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente, como ya se ha señalado, el interés superior del menor (por todas, sentencia del Tribunal Constitucional 58/2008, FJ 2).

También se ha advertido entre otras en la sentencia del Tribunal Constitucional 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4, que: "El interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores "que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos", según el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño (…). Como detalla la observación general núm. 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, el citado precepto enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño, a aplicar como un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto". Se podría afirmar que no basta procurar el interés del menor, sino que, atendido el contexto, dicho interés debe ser bien preservado, ya que en ocasiones soluciones aparentemente simples acaban por generar problemas complejos de difícil solución.

Asimismo, se ha sido destacado de modo completo en estos supuestos el criterio del retorno del menor con su familia de origen como principio rector que inspira la legislación positiva. Se puede afirmar que concurre en las autoridades públicas "el deber positivo de adoptar medidas para facilitar la reagrupación familiar tan pronto como sea razonablemente posible empezará a pesar sobre las autoridades competentes con fuerza progresivamente creciente a partir del inicio del periodo de guarda, siempre que se sopese con el deber de considerar el interés superior del niño" (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 30 de octubre de 2018, asunto *S.S. c. Eslovenia* § 85). De modo que "en caso de imposición de la tutela pública restringiendo la vida familiar, las autoridades tienen el deber positivo de tomar medidas para facilitar la reunificación familiar tan pronto como sea razonablemente posible" —sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de septiembre de 2019, asunto *Strand Lobben y otros c. Noruega*, § 205—).

Por su parte, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de noviembre de 2021, asunto *T.A. y otros c. Moldavia* destaca que actualmente existe un amplio consenso en que el interés del menor dicta "que deben mantenerse los vínculos del niño con su familia, salvo en los casos en que la familia haya demostrado ser *particularmente inadecuada* y ello pueda perjudicar la salud y el

desarrollo del niño (…). Cortar esos lazos significa separar a un niño de sus raíces, lo que solo puede hacerse en circunstancias excepcionales (…) debe hacerse todo lo posible para preservar las relaciones personales y, si procede y cuando proceda, "reconstruir" la familia" (§ 49). Reitera que puede haber "vida familiar" en el sentido del artículo 8 del Convenio "entre abuelos y nietos cuando existan vínculos familiares suficientemente estrechos entre ellos" (§ 50). Dicha relación "es diferente en naturaleza y grado" (§ 50) que la existente entre padres e hijos y por su propia naturaleza, "generalmente exige un menor grado de protección" (§ 50). En otros casos (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de enero de 2021, asunto *Terna c. Italia*) "el Tribunal ha sostenido que la protección otorgada a los abuelos no disminuía por la presencia de los padres ejerciendo la patria potestad" (§ 64), llegando a considerar en tales casos que la relación entre la abuela y su nieta "es, en principio, de la misma naturaleza que las demás relaciones familiares protegidas por el artículo 8 del Convenio" (§ 64), basándose en que se había desarrollado un estrecho vínculo interpersonal de la nieta con la abuela, quien se había comportado en todos los aspectos como su madre.

Ahora bien, relacionado con el interés del menor es el derecho de éste de ser oído o escuchado.

Hace ya más de treinta años, la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Reino de España el 30 de noviembre de 1990, dispuso en su artículo 12.2, la obligación de dar al niño "oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional".

Pocos años después, el derecho de audiencia del menor fue recogido en el apartado 15 de la Carta europea de los derechos del niño, aprobada por resolución del Parlamento Europeo de 21 de septiembre de 1992, al afirmar que "toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses. A tales efectos, y siempre que ello no implique riesgo o perjuicio alguno para el niño, este deberá ser oído desde el momento en que su madurez y edad lo permitan en todas las decisiones que le afecten".

Posteriormente, la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, reconoce en su artículo 24.1 que "los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Esta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez".

En esta relación de instrumentos internacionales, debemos referirnos al Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, firmado por el Reino de España el 5 de diciembre de 1997 y ratificado mediante instrumento de 11 de noviembre de 2014, en vigor desde el 1 de abril de 2015. Su objeto es promover, en aras del interés superior de los niños, sus derechos, concederles derechos procesales y facilitarles "el ejercicio de esos derechos"; de modo que "sean informados y autorizados para participar en los procedimientos que les afecten ante una autoridad judicial" (artículo 1.2). En "los procedimientos que afecten a un niño" la autoridad judicial, "antes de to-

mar cualquier decisión", deberá "consultar personalmente al niño" de una forma "apropiada a su discernimiento, a menos que ello sea manifiestamente contrario a los intereses superiores del niño" y "tener debidamente en cuenta la opinión expresada por el niño" (artículo 6). Dicho convenio, se incardina en las normas procesales y es de aplicación específicamente —conforme establece la declaración contenida en el instrumento de ratificación— en "procesos que tengan por objeto resolver sobre aspectos relativos al ejercicio de la patria potestad en caso de desacuerdo entre los progenitores".

De significativa importancia es el establecimiento en la LOPJM, tras la reforma realizada por la mencionada Ley Orgánica 8/2015, de un conjunto de garantías procesales que deberán ser respetadas al adoptar cualquier medida en interés superior de la persona menor de edad (artículo 2.5), en particular interesa destacar, como garantía procesal, "los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado" (artículo 2.5 a)).

Este derecho a ser "oído y escuchado", alcanza una gran proyección atendido el Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños y la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, al establecerse en términos absolutos en el artículo 9 de la Ley 1/1996 que el "menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad (...) en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez", añadiendo que en "los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente" (artículo 9.1). El derecho a ser oído y escuchado se garantizará "cuando tenga suficiente madurez", precisando que la "madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso" (artículo 9.2). Finalmente, como reflejo de la previsión del apartado 15 de la Carta europea de derechos del niño, se indica que "siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión" (artículo 9.3) y, se integra en el contenido de su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE).

Es, por ello, que el derecho del menor a ser "oído y escuchado" forma así parte del estatuto jurídico indisponible de los menores de edad, como norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos (sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo[26], FJ 5). Su relevancia constitucional está recogida en diversas resoluciones de este tribunal, que han estimado vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE) de los menores en supuestos de procesos judiciales en que no habían sido oídos o explorados por el órgano judicial en la adopción de medidas que afectaban a su esfera personal (sentencia del Tribunal Constitucional 221/2002, de 25 de noviembre[27], FJ 5; en el mismo sentido, sentencias del Tribunal Constitucional 71/2004, de 19 de abril[28], FJ 7; 152/2005, de 2 de junio[29], FFJJ 3 y 4, y 17/2006, de 30 de enero[30], FJ 5).

Este mismo Tribunal ha establecido la estrecha vinculación entre el derecho indisponible del menor a ser oído y escuchado que forma parte del contenido de su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva y a la defensa de las partes (artículo 24.1 y 2 de la CE) en un expediente de jurisdicción voluntaria, sin necesidad de ahondar en si la audiencia del menor constituye un medio probatorio y, en su caso, la naturaleza de este.

En efecto, el Pleno del Tribunal Constitucional ha reconocido que la entrega a las partes del acta en que se documenta el resultado de la audiencia del menor, esto es, sus manifestaciones imprescindibles, significativas y estrictamente relevantes para la decisión del expediente, constituye "un instrumento perfectamente idóneo para procurar la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión" (sentencia del Tribunal Constitucional 64/2019, 9 de mayo[31], FJ 6), y con ello para preservar la posibilidad de una efectiva y equilibrada contradicción entre las partes a fin de que puedan defender sus derechos e intereses, residenciando en los órganos jurisdiccionales la carga de salvaguardar sus derechos de defensa y contradicción, así como de que posean idénticas posibilidades de alegar o probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada una de las instancias (sentencia del Tribunal Constitucional 12/2011, de 28 de febrero[32], FJ 3 y las que allí se citan).

Como se afirmó en la sentencia del Tribunal Constitucional 64/2019[33], FJ 7, refiriéndonos específicamente al procedimiento de jurisdicción voluntaria, "la entrega del acta detallada a las partes, en suma, atiende a la exigencia derivada del principio procesal de contradicción, consagrado en el artículo 24 de la CE. Una exigencia que, en este caso, se acentúa a la luz de lo dispuesto por el artículo 19.2 de la citada Ley 15/2015, que permite fundar la decisión judicial en los expedientes que afecten a los intereses de un menor en "cualesquiera hechos de los que se hubiese tenido conocimiento como consecuencia de las alegaciones de los interesados, las pruebas o la celebración de la comparecencia, aunque no hubieran sido invocados por el solicitante ni por otros interesados".

En cuanto al derecho a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho: el canon reforzado de motivación (artículo 24.1 de la CE), esto es, el derecho a una motivación reforzada de las resoluciones judiciales, cuando está concernido el interés superior del menor.

Una vez realizadas las precisiones anteriores, procede abordar la eventual lesión del derecho a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho (artículo 24 de la CE), en relación con el reconocimiento de la filiación, concebido como uno de los aspectos esenciales que configuran la identidad de la persona (artículo 10.1 de la CE), y con la protección de la familia y de los niños (artículo 39 de la CE).

Al respecto, es doctrina reiterada de este tribunal que el derecho a la tutela judicial efectiva, en esencia, no se agota en el derecho a acceder al proceso y a solicitar a los órganos judiciales la tutela de los derechos e intereses legítimos, sino que comprende, además, obtener una resolución que, salvo que concurra causa legal, resolverá el fondo del asunto mediante el dictado de una resolución congruente con los pedimentos de las partes, motivada y fundada en Derecho, no incursa en arbitrariedad, irrazonabilidad o error fáctico patente. Procede recordar respecto de esta última vertiente del genérico derecho a la tutela judicial efectiva

que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos, y que ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. A tal efecto, es preciso señalar, "que no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones judiciales que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas (sentencias del Tribunal Constitucional 164/2002, de 17 de septiembre, FJ 4; 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4; 228/2005, de 12 de septiembre, FJ 3; 59/2006, de 27 de febrero, FJ 3; 109/2006, de 3 de abril, FJ 5, y 215/2006, de 3 de julio, FJ 3, entre otras)" (sentencia del Tribunal Constitucional 132/2007, de 4 de junio, FJ 4).

Como ha manifestado el Tribunal Constitucional también en numerosas ocasiones, cuando lo que está en juego son, precisamente, los valores superiores del ordenamiento constitucional o los derechos fundamentales sustantivos, el canon de motivación de las resoluciones judiciales que se deriva del artículo 24.1 de la CE no se reduce a la mera expresión de las razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión sin incurrir en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente. El estándar de las exigencias derivadas del deber de motivación es más riguroso en estos casos, de modo que nuestra jurisprudencia exige motivaciones concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación del valor o derecho en liza (entre muchas otras, sentencias del Tribunal Constitucional 81/2018, de 16 de julio, FJ 3; 9/2020, de 28 de enero, FJ 6, y 113/2021, de 31 de mayo). Dado que la demandante de amparo identifica varios principios y valores constitucionales como aquellos que podrían haberse visto afectados por la medida, procede deslindarlos antes de enjuiciar el caso concreto.

Una de las consecuencias que se deriva directamente de la exigibilidad de atender al interés superior del menor, es la imposición por nuestra doctrina de un deber de motivación reforzada de la correspondiente resolución judicial. Así por ejemplo, hemos declarado en la sentencia del Tribunal Constitucional 138/2014, de 8 de septiembre, FJ 3, que "el canon de razonabilidad constitucional deviene más exigente por cuanto que se encuentran implicados valores y principios de indudable relevancia constitucional, al invocarse por el demandante de amparo el principio del interés superior del menor que tiene su proyección constitucional en el artículo 39 de la CE y que se define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos, tanto administrativas como judiciales". Se trata, por tanto, como indica el *Fundamento Jurídico 5º* de la misma sentencia, de un canon "reforzado por la conexión con el principio de interés del menor del artículo 39 de la CE"; de modo que la fundamentación judicial "debe entenderse lesiva desde la perspectiva constitucional desde el momento en que hay una absoluta falta de ponderación del citado principio a la hora de decidir".

También la sentencia del Tribunal Constitucional 16/2016, de 1 de febrero, FJ 6, recogiendo lo expresado en otras anteriores, afirma que "hemos considerado que

la fundamentación "debe entenderse lesiva desde la perspectiva constitucional desde el momento en que hay una absoluta falta de ponderación del citado principio" (sentencia del Tribunal Constitucional 138/2014, de 8 de septiembre, FJ 5) o que es legal y constitucionalmente inviable una motivación y fundamentación en derecho ajena a este criterio (sentencia del Tribunal Constitucional 127/2013, de 3 de junio, FJ 6), y hemos afirmado que el interés superior del niño obliga a la autoridad judicial a un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada (sentencia del Tribunal Constitucional 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 6)".

Y en la sentencia del Tribunal Constitucional 178/2020, FJ 3, hemos dicho que "justificar debidamente las resoluciones en las que están concernidos los intereses y derechos de los menores (artículo 39 de la CE), significa explicitar el juicio de ponderación entre los valores y derechos en liza para hacer así efectiva la exigencia de proporcionalidad inherente a la justicia, como es también jurisprudencia constitucional (sentencia del Tribunal Constitucional 71/2004, de 19 de abril, FJ 5)".

Respecto a la motivación reforzada (artículo 24.1 de la CE) en la determinación de la filiación, en la protección de la familia y del interés superior de las personas menores de edad. El Tribunal Constitucional ha subrayado así que "establecer la propia identidad no es un acto más de la persona, sino una decisión vital, en el sentido que coloca al sujeto en posición de poder desenvolver su propia personalidad. Cualquiera que se vea obligado a vivir a la luz del Derecho conforme a una identidad distinta de la que le es propia sobrelleva un lastre que le condiciona de un modo muy notable en cuanto a la capacidad para conformar su personalidad característica y respecto a la posibilidad efectiva de entablar relaciones con otras personas" (sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio, FJ 4).

Nuestra jurisprudencia constitucional ha identificado distintos atributos esenciales que configuran la identidad propia de cada persona, véase, la voz y el nombre (sentencia del Tribunal Constitucional 117/1994, de 25 de abril, FJ 3), el nombre y los apellidos (sentencias del Tribunal Constitucional 167/2013, de 7 de octubre, FJ 5, y 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 2), el sexo (sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio, FJ 4), la expresión de género (sentencias del Tribunal Constitucional 67/2022, de 2 de junio, FJ 3) y la edad (sentencia del Tribunal Constitucional 130/2022, de 24 de octubre, FJ 4). En la sentencia del Tribunal Constitucional 138/2005, de 26 de mayo, FJ 4, este tribunal reconoció también el vínculo entre el derecho del hijo a conocer su identidad y la obligación que el artículo 39.2 de la CE impone a los poderes públicos de posibilitar la investigación de la paternidad, entendida como paternidad biológica.

Desde la perspectiva de nuestro ordenamiento constitucional, la determinación de la filiación no solo permite al individuo establecer su propia identidad y desarrollar libremente su personalidad (artículo 10.1 de la CE), sino que sirve también al fin de garantizar la efectividad de la obligación que incumbe a los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos (artículo 39.2 de la CE), así como de la obligación que incumbe a los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda (artículo 39.3 de la CE); en tanto se orienta a constituir, entre

los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial.

En este contexto procede referirnos a la aplicación tanto el interés superior del menor como el canon reforzado de motivación (artículo 24.1 de la CE): derecho a una resolución judicial motivada y fundada en derecho por parte del Tribunal Constitucional, sala Segunda, en dos sentencias de adopción. La primera ya citada de 27 de febrero de 2024 referida a un caso de maternidad subrogada dispone al respecto que, "Es doctrina reiterada de este tribunal que el derecho a la tutela judicial efectiva, en esencia, no se agota en el derecho a acceder al proceso y a solicitar a los órganos judiciales la tutela de los derechos e intereses legítimos, sino que comprende, además, obtener una resolución que, salvo que concurra causa legal, resolverá el fondo del asunto mediante el dictado de una resolución congruente con los pedimentos de las partes, motivada y fundada en Derecho, no incursa en arbitrariedad, irrazonabilidad o error fáctico patente. Procede recordar respecto de esta última vertiente del genérico derecho a la tutela judicial efectiva que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos, y que ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. A tal efecto, es preciso señalar, "que no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones judiciales que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas (sentencias del Tribunal Constitucional 164/2002, de 17 de septiembre, FJ 4; 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4; 228/2005, de 12 de septiembre, FJ 3; 59/2006, de 27 de febrero, FJ 3; 109/2006, de 3 de abril, FJ 5, y 215/2006, de 3 de julio, FJ 3, entre otras)" (sentencia del Tribunal Constitucional 132/2007, de 4 de junio, FJ 4)".

Como se ha manifestado en líneas precedentes que, cuando lo que está en juego son los valores superiores del ordenamiento constitucional o los derechos fundamentales sustantivos, el canon de motivación de las resoluciones judiciales que se deriva del artículo 24.1 de la CE no se reduce a la mera expresión de las razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión sin incurrir en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente. El estándar de las exigencias derivadas del deber de motivación es más riguroso en estos casos, de modo que nuestra jurisprudencia exige motivaciones concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación del valor o derecho en liza (entre muchas otras, sentencias del Tribunal Constitucional 81/2018, de 16 de julio, FJ 3; 9/2020, de 28 de enero, FJ 6, y 113/2021, de 31 de mayo).

Es, por ello, que en este caso la motivación reforzada (artículo 24.1 de la CE) en la determinación de la filiación, en la protección de la familia y del interés superior de las personas menores de edad. Se ha subrayado por el Tribunal Constitucional que "establecer la propia identidad no es un acto más de la persona, sino una decisión vital, en el sentido que coloca al sujeto en posición de poder

desenvolver su propia personalidad. Cualquiera que se vea obligado a vivir a la luz del Derecho conforme a una identidad distinta de la que le es propia sobrelleva un lastre que le condiciona de un modo muy notable en cuanto a la capacidad para conformar su personalidad característica y respecto a la posibilidad efectiva de entablar relaciones con otras personas" (STC 99/2019, de 18 de julio, FJ 4).

A la vez, ha identificado distintos atributos esenciales que configuran la identidad propia de cada persona, véase, la voz y el nombre (sentencia del Tribunal Constitucional 117/1994, de 25 de abril, FJ 3), el nombre y los apellidos (sentencias del Tribunal Constitucional 167/2013, de 7 de octubre, FJ 5, y 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 2), el sexo (sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio, FJ 4), la expresión de género (sentencia del Tribunal Constitucional 67/2022, de 2 de junio, FJ 3) y la edad (sentencia del Tribunal Constitucional 130/2022, de 24 de octubre, FJ 4). En la sentencia del Tribunal Constitucional 138/2005, de 26 de mayo, FJ 4, este tribunal reconoció también el vínculo entre el derecho del hijo a conocer su identidad y la obligación que el artículo 39.2 CE impone a los poderes públicos de posibilitar la investigación de la paternidad, entendida como paternidad biológica.

Desde la perspectiva del ordenamiento constitucional, la determinación de la filiación no solo permite al individuo establecer su propia identidad y desarrollar libremente su personalidad (artículo 10.1 de la CE), sino que sirve también al fin de garantizar la efectividad de la obligación que incumbe a los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos (artículo 39.2 de la CE), así como de la obligación que incumbe a los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda (artículo 39.3 de la CE); en tanto se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial.

Por otra parte, ha manifestado, asimismo, nuestro Tribunal Constitucional que, ningún precepto constitucional reconoce un derecho fundamental a adoptar. Tal y como ha subrayado este tribunal, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "la adopción es "dar una familia a un niño, y no un niño a una familia" y el Estado debe asegurarse de que las personas elegidas como adoptantes sean las que puedan ofrecerle, desde todos los puntos de vista, las condiciones de acogida más favorables" (sentencias del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 12, y 93/2013, de 23 de abril, FJ 12). También ha subrayado que el concepto constitucional de familia que el artículo 39.1 de la CE ordena proteger no solo incluye a las familias que tienen su origen en el matrimonio, pues,, como corresponde a una sociedad plural, ese concepto de familia protege también a aquellas basadas en relaciones de afectividad de hecho y, por tanto, a las parejas de hecho (por todas, sentencias del Tribunal Constitucional 222/1992, de 11 de diciembre, FFJJ 4 y 5, y 116/1999, de 17 de junio, FJ 14). Igualmente, se ha destacado que la noción constitucional de familia incluye relaciones con o sin descendencia (por todas, sentencia del Tribunal Constitucional 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 4) y que las relaciones paterno-filiales que el artículo 39.1 de la CE protege no son solo las naturales derivadas de la procreación, sino también las adoptivas, en tanto hemos entendido que es un hecho comúnmente aceptado que los hijos adoptivos se integran y constituyen una familia, aun-

que sus padres legales no se correspondan con los biológicos (por todas, sentencia Tribunal Constitucional 116/1999, de 17 de junio, FJ 14).

Por lo demás, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido la existencia de vínculos familiares protegibles al amparo del derecho a la vida familiar del artículo 8.1 del CEDH en ciertos supuestos en los que existía una relación paternofilial de hecho entre un menor de edad y quien se comportaba como su progenitor, aun en ausencia de vínculo biológico o jurídico (sentencia del Tribunal de Derechos Humanos de 28 de junio de 2007, asunto *Wagner y J.M.W.L., c. Luxemburgo*, § 117; de 26 de junio de 2014, asunto *Mennesson c. Francia*, § 45; de 26 de junio de 2014, asunto *Labassee c. Francia*, § 50, entre otras).

En el presente caso, la demandante de amparo alega al respecto que las resoluciones impugnadas no habrían tenido en cuenta el interés superior del menor B.R.K. (artículo 39 de la CE). En relación con esta materia, procede recordar que numerosos pronunciamientos de este tribunal subrayan que "el interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos", según lo previsto en el artículo 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño. Ese Tratado Internacional, ratificado por España mediante instrumento de 30 de noviembre de 1990, destaca entre los acuerdos internacionales a los que hace referencia el artículo 39.4 de la CE, además de constituir canon hermenéutico de las normas relativas a derechos fundamentales y libertades que nuestra Constitución reconoce *ex* artículo 10.2 de la CE (por todas, sentencia del Tribunal Constitucional 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4; 131/2023, de 23 de octubre, FJ 3, y 148/2023, de 6 de noviembre, FJ 4).

Según jurisprudencia constitucional consolidada, corresponde a los tribunales ordinarios la decisión de cuál sea en cada caso el interés superior del menor, "aunque es de nuestra incumbencia examinar si, precisamente, la motivación ofrecida por los mismos para adoptar cuantas medidas conciernen a los menores está sustentada en su mayor beneficio y así comprobar que no se han lesionado sus derechos fundamentales" (por todas, sentencias del Tribunal Constitucional 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3, y 113/2021, de 31 de mayo, FJ 2). Una vez más hemos de subrayar que el canon de razonabilidad constitucional deviene más exigente en supuestos en que se invoca el interés superior del menor (sentencias del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5; 217/2009, de 14 de diciembre, FJ 5; 127/2013, de 3 de junio, FJ 6, y 138/2014, de 8 de septiembre, FJ 2, entre otras).

Pues bien, en el caso presente, la decisión de la Audiencia Provincial de Madrid de denegar la constitución del vínculo adoptivo entre un menor nacido mediante gestación por sustitución en Ucrania y la esposa del padre del menor, no implica que nos encontremos, según manifiesta el Tribunal Constitucional, ante un supuesto de denegación de inscripción en el registro civil español del nacimiento y filiación de un menor basado en certificaciones de un registro extranjero, ni tampoco ante una denegación de inscripción de relaciones de filiación declaradas por un tribunal extranjero. El menor B.R.K., figura inscrito en el registro civil español como hijo de don D.J.R.G., esposo de la demandante en amparo, y doña K.K., la gestante. La demandante de amparo promovió la creación del vínculo

adoptivo con el menor B.R.K., utilizando la vía privilegiada que prevé el artículo 176.2.2 del Código civil para el cónyuge o la persona unida por análoga relación de afectividad al progenitor del adoptando.

Como se explica con detalle en los antecedentes de hecho, el Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Madrid acordó constituir el vínculo adoptivo entre la demandante de amparo y el menor tras valorar el informe pericial social elaborado por la trabajadora social adscrita al juzgado, que destacaba la estabilidad del núcleo familiar formado por la demandante de amparo y su marido, así como su capacidad para cubrir las necesidades afectivas y educacionales del menor, y verificar que se cumplían los requisitos exigidos por el artículo 175, en relación con el artículo 176.2.2, del Código civil, para la adopción, inclusive las preceptivas manifestaciones de voluntad para la constitución del vínculo de adopción por todos los interesados.

En su razonamiento, el juzgado recordaba que el artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, prevé la nulidad de pleno Derecho de todo contrato de gestación por sustitución. Esa previsión legal impide la inscripción en el registro civil español de una filiación basada en ese tipo de contrato por ser contraria al orden público internacional español. No obstante, continuaba el juzgado, a fin de evitar la situación de desprotección de los menores nacidos mediante gestación por sustitución y reconocer los lazos familiares forjados con los padres de intención, cabe regularizar la situación familiar mediante la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico y de figuras tales como la adopción o el acogimiento. Dado que, en el caso analizado, se instaba la adopción del menor B.R.K., y se cumplían todas las exigencias legales para acordarla, el juzgado entendía que procedía acceder a lo pedido a fin de evitar las incertidumbres jurídicas en la vida del menor que se derivarían de la denegación.

Asumiendo un posicionamiento diametralmente opuesto, la Audiencia Provincial de Madrid llegaba a la solución contraria. Tras aceptar los hechos probados en la instancia, entre los que se hallaba que don D.J.R.G., era el padre biológico del menor B.R.K., el tribunal reproducía el contenido del artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, señalando que el citado precepto priva de toda eficacia jurídica a los contratos de gestación por sustitución, al tiempo que prevé el régimen de filiación del niño nacido de estos contratos: la filiación materna vendrá determinada por el parto, quedando a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico.

El tribunal de apelación continuaba indicando que los contratos de gestación por sustitución son contrarios al sistema de derechos y libertades reconocidos por nuestra Constitución y por los principales tratados internacionales de derechos humanos ratificados por España, en tanto atentan contra la dignidad de la mujer, al tratar su cuerpo y sus funciones reproductivas como si fueran una materia prima.

Tras una extensa cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia, el tribunal descendía al supuesto de hecho concreto, subrayando que el menor adoptando había nacido de un contrato de gestación por sustitución y que el único documento en el que don D.J.R.G.,

fundaba su paternidad biológica era la inscripción en el registro civil consular de la Embajada de España en Kiev, donde aparece como padre del menor. Constatando la posibilidad de fraude en la atribución de esa paternidad derivada del contrato de gestación por sustitución, la Audiencia Provincial de Madrid negaba todo valor jurídico a la filiación paterna establecida, señalando que quedaban "expeditas respecto del presunto padre las vías oportunas para la determinación de la relación biológica". Asimismo, entendía que procedía denegar la adopción pretendida hasta que se hubiera acreditado la paternidad biológica conforme al ordenamiento español.

Finalmente, el tribunal hacía una única mención al interés superior del menor afectado, afirmando que "la denegación de la adopción, en nada afecta al interés del menor dado que continúa viviendo con el padre biológico y su esposa, quienes, al parecer, según refieren en su escrito de demanda, cuentan con indudables habilidades personales y medios materiales para dispensar al menor las atenciones que precisa".

Sobre tales bases, para el Tribunal Constitucional la valoración que se debe hacer del razonamiento que llevó a cabo la Audiencia Provincial de Madrid de revocar la resolución de la instancia, denegando la creación del vínculo adoptivo entre la demandante de amparo y el menor B.R.K. exige partir de una primera observación. Este tribunal constitucional es consciente que, en contextos como el analizado en el presente caso, en el que el nacimiento del menor ha tenido su origen en una gestación por sustitución desarrollada en el extranjero, la determinación de la filiación del menor en favor de quien suscribió ese contrato para satisfacer su deseo de ser padre o madre puede ir en contra de valores y derechos constitucionalmente reconocidos. No obstante, la resolución judicial impugnada incurrió en quiebras lógicas en su razonamiento que impiden las conclusiones alcanzadas y, por otro lado, no justificó suficientemente la solución alcanzada a la luz de los intereses del menor concernido y de los valores constitucionales en liza.

La Audiencia Provincial de Madrid debió pronunciarse, en el caso presente, sobre la adopción del menor B.R.K., por la demandante en amparo, que era cónyuge de quien consta inscrito en el registro civil español como padre del menor. Lejos de ceñirse al objeto del proceso, verificando si se daban los requisitos legales cuyo cumplimiento exige el artículo 175, en relación con el artículo 176.2.2 del Código civil, para la adopción en supuestos como el analizado, la Audiencia Provincial puso en tela de juicio la relación de filiación del menor B.R.K., con don D.J.R.G., sobre la base de "la posibilidad de fraude en la atribución de la paternidad" a la que aludía el Ministerio Fiscal en su recurso, deduciendo a partir de ese presunto fraude que no se daba uno de los requisitos esenciales para acceder a la adopción en el caso analizado, véase, que quien la solicitaba fuera la esposa del padre del menor adoptando.

Por lo que, el tribunal de apelación obviaba así que, conforme al artículo 113 del Código civil, la filiación se acredita, entre otras vías, por la inscripción en el registro civil y que los datos inscritos gozan de presunción de exactitud e integridad (artículos 16 y 19 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del registro civil). Los asientos registrales de filiación pueden ser rectificados cuando exista una discordancia entre lo inscrito y la realidad extrarregistral, bien conforme a lo previsto en la Ley del registro civil, bien en ejercicio de las acciones de impugnación de la filiación

previstas en los artículos 136 y siguientes del Código civil. Sin embargo, en el caso objeto de análisis, no se había ejercitado acción alguna dirigida a impugnar la filiación paterna, que constaba y consta inscrita en el registro civil, de modo que al verter dudas sobre la misma y derivar de esas dudas la denegación de la adopción, la Audiencia Provincial de Madrid incurrió en una motivación manifiestamente irrazonable.

A lo expuesto es preciso reseñar que la parca valoración del tribunal de apelación en relación con la adecuación de la decisión adoptada al interés superior del menor B.R.K., no satisface el canon de motivación especialmente reforzado que impone nuestra jurisprudencia en los casos en que la esfera personal y familiar de un menor se ve afectada. La resolución judicial enjuiciada se limitó a subrayar, en manifiesta contradicción con sus afirmaciones referidas al fraude en la determinación de la filiación paterna, que el interés superior del menor se veía preservado porque continuaría viviendo con la demandante de amparo y don D.J.R.G., su padre biológico. Esa afirmación atendía parcialmente a la realización de uno de los valores y derechos en liza, en tanto permitía al menor B.R.K., seguir disfrutando *de facto* de los vínculos familiares, que les unían a la demandante de amparo, a don D.J.R.G., y al hijo menor de ambos. Sin embargo, esa afirmación no tenía en cuenta la inseguridad jurídica que rodeaba esos lazos y el impacto de la misma en la construcción de la identidad del menor B.R.K.

Debemos apreciar, en consecuencia, que las resoluciones impugnadas vulneraron el derecho fundamental que consagra el artículo 24.1 de la CE, pues su fundamentación no puede considerarse respetuosa de las exigencias constitucionales de motivación por la insuficiencia de la argumentación que las sustenta, carente del rigor lógico reclamable a una resolución judicial, máxime estando en juego la construcción de la identidad del menor B.R.K. (artículo 10.1 de la CE), así como la protección de los lazos familiares creados con la recurrente (artículo 39 de la CE).

Respecto al tema de la legitimación de los abuelos en el proceso de adopción de un nieto, habiéndose opuesto al acogimiento de ese menor por una pareja. Los tribunales no dejan intervenir a los abuelos y el menor es adoptado por esa pareja que lo tenían en acogida en 2028, la sentencia del Tribunal Constitucional, de 3 de junio de 2024 dispone, al respecto, atendiendo a la complejidad procesal de la situación que examinó la jurisdicción ordinaria en la que ante tres juzgados distintos se solaparon junto con el procedimiento de adopción —en el que no se dio la posibilidad de intervención a los abuelos— otros dos procedimientos en los que los abuelos respectivamente se opusieron a la suspensión de la patria potestad y a la decisión denegatoria del acogimiento familiar y del régimen de visitas y los intereses de la máxima relevancia que se encontraban concernidos, entiende el Tribunal que, es preciso recordar la doctrina que debía tomarse en consideración antes de resolver el procedimiento de adopción, poniendo de relieve la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, este tribunal tiene una asentada doctrina acerca de la flexibilización de las rigideces procesales y la ampliación de las facultades de los órganos judiciales en los procesos afectantes al Derecho de familia vinculada a la necesidad de que todos los poderes públicos cumplan el mandato dirigido a ellos en el artículo 39 de la CE, muy en particular, en su apartado cuarto, en tanto que configura el estatuto jurídico del menor como una norma

de orden público, de inexcusable observancia por los poderes públicos (sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo (RTC 2000,141), FJ 5).

De este modo, los poderes públicos deben procurar la satisfacción del interés del menor incluso si ello significa atemperar la rigidez de algunas normas procesales o sacrificar los legítimos intereses y perspectivas de terceros. Hemos recordado que "cuando está en juego el interés de los menores, sus derechos exceden del ámbito estrictamente privado y pasan a tener una consideración más cercana a los elementos de *ius cogens* que la sentencia del Tribunal Constitucional 120/1984, de 10 de diciembre (RTC 1984,120), FJ 2, reconoce que concurren en los procedimientos judiciales relativos a la familia, a partir de que el artículo 39.2 de la CE sanciona una protección integral de los hijos por parte de los poderes públicos" (sentencias del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre (RTC 2012,185), FJ 4; 106/2022, de 13 de septiembre, FJ 2 B), y 5/2023, de 20 de febrero, FJ 3).

En tal sentido, específicamente en relación con el desarrollo de procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, este tribunal constitucional ha destacado que "en este tipo de procesos civiles se encuentran en juego derechos e intereses legítimos de extraordinaria importancia tanto los del menor, como los de sus padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en la situación, que son intereses y derechos de la mayor importancia en el orden personal y familiar, que obligan a rodear de las mayores garantías los actos judiciales que les atañen" (sentencia del Tribunal Constitucional 114/1997, de 16 de junio (RTC 1997,114), FJ 6; en el mismo sentido sentencia del Tribunal Constitucional 298/1993, de 18 de octubre (RTC 1993,298), FJ 3).

Por otra parte, ha afirmado que "dada la extraordinaria importancia que revisten los intereses y derechos en juego en este tipo de procesos, se ofrezca realmente en ellos una amplia ocasión de alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones, atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de preclusividad" (sentencias del Tribunal Constitucional 187/1996, de 25 de noviembre (RTC 1996,187), FJ 2; 124/2002, de 20 de mayo (RTC 2002,124), FJ 4; 75/2005, de 4 de abril (RTC 2005,75), FJ 3, y 58/2008, de 28 de abril (RTC 2008,58), FJ 2). De modo grafico hemos indicado en esos mismos fundamentos en relación con tales procedimientos que "lo trascendental en ellos no es tanto su modo como el resultado".

Finalmente, en esa misma línea argumental hemos destacado que la función encomendada en estos casos al juez no es solo la de juzgar y ejecutar lo juzgado (artículo 117.3 de la CE), sino que, al ser concebida en el marco de la jurisdicción voluntaria, ha de incluirse, de acuerdo con el artículo 117.4 de la CE, aquellas funciones que la ley les atribuya expresamente en garantía de cualquier derecho (sentencia del Tribunal Constitucional 93/1983, de 8 de noviembre (RTC 1983,93), FJ 3).

En tal sentido, los procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, como ha tenido ocasión de declarar este tribunal, dado su carácter instrumental al servicio del Derecho de familia (sentencia del Tribunal Constitucional 4/2001, de 15 de enero (RTC 2001,4), FJ 4), no se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara,

sino que en relación con tales procedimientos se amplían *ex lege* las facultades del juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente, como ya se ha señalado, el interés superior del menor (por todas, sentencia del Tribunal Constitucional 58/2008, FJ 2).

También ha advertido por el tribunal entre otras resoluciones, en concreto en la sentencia 64/2019, de 9 de mayo (RTC 2019,64), FJ 4, que "el interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores "que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos", según el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño (...). Como detalla la Observación General núm. 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, el citado precepto enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño, a aplicar como un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto".

Por lo que, lleva al tribunal a afirmar que no basta procurar el interés del menor, sino que, atendido el contexto, dicho interés debe ser bien preservado, ya que en ocasiones soluciones aparentemente simples acaban por generar problemas complejos de difícil solución.

En este contexto, el último de los aspectos al que entiende el tribunal se ha de hacer necesaria referencia es, que ha sido destacado de modo completo por el Ministerio Fiscal en sus alegaciones que: el criterio del retorno del menor con su familia de origen como principio rector que inspira la legislación positiva. De ahí que, concurre en las autoridades públicas "el deber positivo de adoptar medidas para facilitar la reagrupación familiar tan pronto como sea razonablemente posible empezará a pesar sobre las autoridades competentes con fuerza progresivamente creciente a partir del inicio del periodo de guarda, siempre que se sopese con el deber de considerar el interés superior del niño" (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de octubre de 2018, asunto *S.S. c. Eslovenia* § 85). De modo que "en caso de imposición de la tutela pública restringiendo la vida familiar, las autoridades tienen el deber positivo de tomar medidas para facilitar la reunificación familiar tan pronto como sea razonablemente posible" —sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de septiembre de 2019, asunto *Strand Lobben y otros c. Noruega*, § 205—).

En esta línea, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de noviembre de 2021, asunto *T.A. y otros c. Moldavia* manifiesta "que deben mantenerse los vínculos del niño con su familia, salvo en los casos en que la familia haya demostrado ser *particularmente inadecuada* y ello pueda perjudicar la salud y el desarrollo del niño (...). Cortar esos lazos significa separar a un niño de sus raíces, lo que solo puede hacerse en circunstancias excepcionales (...) debe hacerse todo lo posible para preservar las relaciones personales y, si procede y cuando proceda, "reconstruir" la familia" (§ 49). Reitera que puede haber "vida familiar" en el sentido del artículo 8 del Convenio "entre abuelos y nietos cuando existan vínculos familiares suficientemente estrechos entre ellos" (§ 50). Dicha relación "es diferente en naturaleza y grado que la existente entre padres e hijos y por su propia naturaleza, "generalmente exige un menor grado de protección" (§ 50). En otros casos (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de

enero de 2021, asunto *Terna c. Italia*) "el Tribunal ha sostenido que la protección otorgada a los abuelos no disminuía por la presencia de los padres ejerciendo la patria potestad" (§ 64), llegando a considerar en tales casos que la relación entre la abuela y su nieta "es, en principio, de la misma naturaleza que las demás relaciones familiares protegidas por el artículo 8 del Convenio" (§ 64), basándose en que se había desarrollado un estrecho vínculo interpersonal de la nieta con la abuela, quien se había comportado en todos los aspectos como su madre.

La aplicación de la doctrina expuesta al caso concreto, en primer lugar, es preciso efectuar una valoración del procedimiento de adopción seguido en relación con el menor I.O.S., que finalizó con el auto de 18 de febrero de 2018 dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Murcia por el que se acordó su adopción con la familia propuesta por la administración y la posterior desestimación del incidente de nulidad de actuaciones. Su examen permite advertir —como afirma el fiscal— que no se observaron, por la entidad pública primero y por el referido juzgado después, las exigencias derivadas de la doctrina de este tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos anteriormente expuestas.

a) Las autoridades que intervinieron no garantizaron la participación de los abuelos en el procedimiento de adopción pese a la trascendencia de la decisión adoptada, atendida no solo la extraordinaria importancia de los intereses afectados, sino el interés legítimo que los abuelos ostentaban en la decisión que se iba a tomar a la vista de las concretas circunstancias del caso: esto es, la pendencia de dos expedientes de jurisdicción voluntaria en los que estaban personados como parte los recurrentes de amparo y cuya pretensión era inicialmente recuperar la patria potestad del menor I.O.S., que había sido suspendida por la Dirección General de Familias y Políticas Sociales de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Región de Murcia y posteriormente que se les concediera a los abuelos el acogimiento del menor I.O.S., en familia extensa.

En consecuencia, las resoluciones no tomaron en consideración a los efectos de escuchar a los recurrentes, ni la existencia de un poder especial otorgado por la madre en que manifestaba la voluntad de que fueran los demandantes de amparo los que se encargaran de la custodia de los menores en caso de incapacidad de la misma (artículo 249 del CC), ni la posterior imposibilidad de esta de intervenir tras su muerte.

Por otro lado, la propuesta de adopción y las resoluciones judiciales impugnadas tampoco valoraron, a los efectos de que los recurrentes pudieran defender sus pretensiones y el interés del menor en el procedimiento de adopción, la pendencia de los indicados expedientes de jurisdicción voluntaria instados por los recurrentes. En tales expedientes se cuestionaba precisamente la validez de las decisiones de la entidad pública que fueron el origen del procedimiento de adopción, por las que se apreció el desamparo del menor y se denegó a los recurrentes el acogimiento del mismo.

Por lo que, el órgano judicial al negarles la participación en el procedimiento de adopción no ponderó el incontestable, persistente y desatendido interés de los recurrentes de hacerse cargo de sus nietos, del que era buena muestra el contacto regular que mantenían a través del régimen de visitas fijado por resolución judicial, la pluralidad de procedimientos en curso —de los que el órgano judicial era

conocedor— desconociendo la doctrina anteriormente expuesta (por todas, sentencia del Tribunal Constitucional 58/2008, FJ 2).

Asimismo, procede indicar que, el proceder de las autoridades, atendidos los distintos procedimientos en curso, desconoció la exigencia constitucional de flexibilizar las rigideces procesales en aras a la protección del menor (sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, FJ 5) y de ponderar los extraordinarios intereses en presencia (sentencia del Tribunal Constitucional 120/1984, FJ 2) y se sujetó de modo inflexible, para negarles la posibilidad de intervenir y de ser oídos en el procedimiento, a la ausencia de legitimación legalmente prevista.

Finalmente, la actuación del órgano judicial tuvo su expresa manifestación lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción (artículo 24.1 de la CE), en el auto de 25 de octubre de 2021, dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Murcia. Dicho auto, pese al evidente interés legítimo y directo que tenían los demandantes en el resultado del procedimiento, y a la pendencia de dos procedimientos en que reclamaban el acogimiento del menor I.O.S., desestimó el incidente de nulidad y negó a los recurrentes "legitimación activa en el procedimiento de adopción" atribuyéndoles la intención de "paralización del procedimiento de adopción".

Es, por ello, que la resolución judicial aceptó acríticamente sin motivación alguna, la propuesta de adopción formulada por la Dirección General de Familias y Protección de Menores. Ni por parte de la administración ni por el órgano judicial se valoró ninguno de los aspectos relevantes a los efectos de posibilitar la reintegración del menor en la propia familia de origen.

Asimismo, la entidad pública, al proponer la adopción y desechar el retorno a la familia de origen y el juzgado al aprobar la adopción propuesta, no ponderaron el dictamen emitido por la psicóloga y trabajadora social en el que se referían a las incuestionables capacidades de los abuelos para la crianza de los nietos al no existir elementos que interfieran en las mismas, dada su situación social, laboral y familiar estable, "además de ser solventes económicamente". Todo ello, pese a que no concurrían circunstancias particularmente inadecuadas que pudieran perjudicar la salud y el desarrollo del niño, se desechó la alternativa de conceder el acogimiento familiar en familia extensa, esto es, en favor de los abuelos, evitando cortar los lazos que significa separar al niño de sus raíces (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de noviembre de 2021, asunto *T.A. y otros c. Moldavia*, § 50, y de 14 de enero de 2021, asunto *Terna c. Italia*, § 64).

En fin, ninguna de las circunstancias señaladas fue ponderada en la resolución estereotipada de 18 de febrero de 2021 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Murcia, por la que se acordó la adopción del menor I.O.S., por la familia propuesta por la entidad pública. Es por ello por lo que también se vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva de los demandantes, ahora en su vertiente de derecho a obtener una resolución fundada en derecho (artículo 24.1 de la CE) en relación con la obligación de proteger el interés superior del menor (artículo 39 de la CE).

En suma, conforme a lo informado por el Ministerio Fiscal, procede estimar la demanda de amparo y declarar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE) y, anular el auto 25 de octubre de 2021, dictado por el

Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Murcia en el procedimiento de adopción y en la pieza de nulidad núm. NUM003-2020.

Queda para el Tribunal Constitucional tan solo precisar el alcance del amparo que se otorga, cuestión de la máxima importancia dados los muy relevantes intereses en presencia, singularmente los del menor adoptado (artículo 39 de la CE), pero también los de los demás afectados por la relación de filiación ya constituida. De ahí que, atendido el tiempo transcurrido, el restablecimiento de los demandantes en la integridad de su derecho exige que, con mantenimiento de la situación fáctica actual del menor concernido, se anule el referido auto con retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a su dictado para que el órgano judicial conforme a la doctrina expuesta, adopte las medidas necesarias para preservar los intereses del menor, valore las circunstancias concurrentes y dicte la resolución que proceda con pleno respeto al derecho fundamental vulnerado.

## III. NIVELES, ÁMBITOS Y ENTORNOS DE ACTUACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

La protección de los menores por los poderes públicos se realizará mediante una actuación integral que comprenda la prevención, detección y reparación de situaciones de riesgo, junto con el establecimiento de los servicios y recursos adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda y, en los casos de declaración de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la ley, comprendiendo para ello varios niveles y ámbitos de operatividad. Asimismo, en las actuaciones de protección deberán primar, en todo caso, las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales y las consensuadas frente a las impuestas. En todo caso, los poderes públicos garantizarán a los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos violentos y, de delitos de naturaleza sexual, de trata o de violencia de género una atención integral para su recuperación a través de servicios especializados. Tal actuación integral se dirige a todas las Administraciones Públicas (estatal, comunidades autónomas y municipal o local).

Por otra parte, la intervención administrativa aparece necesariamente determinada por un conjunto de principios y criterios que, constituyen, a la vez, mandato y garantía de ajuste permanente de la misma, tanto a la esencia de lo que representa la acción protectora como tal, como al contenido de los derechos específicos que la propia ley reconoce a los menores protegidos. La prioridad de actuación en el entorno familiar, el respeto a la autonomía, libertad y dignidad del menor, la consideración de su participación en la toma de decisiones en función de su madurez, los principios de proporcionalidad e intervención mínima, y el interés superior del menor constituyen ejemplo de estos principios. Por otra parte, los derechos reconocidos a los menores como sujeto activo en la satisfacción de sus propias necesidades, a ser informado y oído en la toma de decisiones relativas a su protección, a recibir un tratamiento adecuado contribuyen junto a los principios o criterios de actuación a definir y concretar la actividad administrativa de protección. Corresponde a las Administraciones Públicas facilitar a los menores la asistencia adecuada para el ejercicio de sus derechos, incluyendo los recursos de apoyo que precisen. Es, por ello, que habrán de articular políticas integrales

encaminadas al desarrollo de la infancia y la adolescencia y los derechos de los menores; así, como impulsar políticas compensatorias dirigidas a corregir las desigualdades sociales y el desarrollo de tales políticas; a tal fin, se ha de proporcionar los recursos y medios necesarios y, a garantizar a los menores con discapacidad y a sus familias los servicios sociales especializados, que la propia discapacidad precise.

Para la consecución de tales objetivos, se establecen en el artículo 11.2 de la LOPJM como principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con la protección de los menores los siguientes: a) La supremacía de su interés superior; b) El mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional; c) Su integración familiar y social[34]; d) La prevención y la detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal; e) La sensibilización de la población ante situaciones de desprotección; f) El carácter educativo de todas las medidas que se adopten; g) La promoción de la participación, voluntariado y solidaridad social; h) La objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en la actuación protectora, garantizando el carácter colegiado e interdisciplinar en la adopción de medidas que les afecten; i) La protección contra toda forma de violencia, incluido el maltrato físico o psicológico, los castigos físicos humillantes y denigrantes, el descuido o trato negligente, la explotación, la realizada a través de las nuevas tecnologías, los abusos sexuales, la corrupción, la violencia de género o en el ámbito familiar, sanitario, social o educativo, incluyendo el acoso escolar, así como la trata y el tráfico de seres humanos, la mutilación genital femenina y cualquier otra forma de abuso; j) La igualdad de oportunidades y no discriminación por cualquier circunstancia; k) La accesibilidad universal de los menores con discapacidad y los ajustes razonables, así como su inclusión y participación plenas y efectivas; l) El libre desarrollo de su personalidad conforme a su orientación e identidad sexual; y, m) El respeto y la valoración de la diversidad étnica y cultural.

En todo caso, cuando los menores se encuentren bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una víctima de violencia de género o doméstica, las actuaciones de los poderes públicos estarán encaminadas a garantizar el apoyo necesario para procurar la permanencia de los menores, con independencia de su edad, con aquélla, así como su protección, atención especializada y recuperación.

Asimismo, los poderes públicos velarán para que los progenitores, tutores, guardadores o acogedores, desarrollen adecuadamente sus responsabilidades y les facilitarán servicios accesibles de prevención, asesoramiento y acompañamiento en todas las áreas que afectan al desarrollo de los menores.

Por otra parte, en los diferentes niveles de actuación de las Administraciones Pública —sensibilización, prevención y detección precoz—, se enmarca la obligación por parte de la Administración General del Estado de disponer de una *Estrategia de erradicación de la violencia sobre la infancia y la adolescencia*, con especial incidencia en los ámbitos familiar, educativo, sanitario, de los servicios sociales, de las nuevas tecnologías, del deporte y el ocio y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; a la par que, se incide en la necesidad que las administraciones públicas, se impliquen con el establecimiento de planes y programas específicos de prevención

de la violencia sobre la infancia y la adolescencia, identificando para ello grupos de riesgo y dotando a tales planes y programas de recursos presupuestarios específicos. También habrá que operar en la necesidad de establecer medidas de sensibilización, prevención y detección precoz frente a los procesos de radicalización y adoctrinamiento que, conducen a la violencia (artículo 21 de la LOPIVI). Ahora bien, dicha Estrategia de erradicación de la violencia se elaborará atendiendo al contenido de la Estrategia Nacional de Infancia y Adolescencia y, asimismo, ha de contar con la participación del Observatorio de la Infancia, las Entidades del tercer sector, la sociedad civil y, en especial, con los niños, niñas y adolescentes, a través éstos últimos del Consejo Estatal de Participación de la Infancia y de la Adolescencia. Por otra parte, se ha aprobado durante el mandato de la ex Ministra de Derechos Sociales y Agenda 2023 Ione Bellarra Urteaga, la Estrategia de erradicación de la violencia sobre la infancia y la adolescencia que tiene como propósito garantizar el cumplimiento y ejercicio de los derechos humanos de los niños y niñas a una vida libre de violencia que permita el desarrollo de todo su potencial y a tener una infancia feliz. Cubre el periodo 2023-2030 y contiene cinco áreas estratégicas, para cada una de las cuales se establece un objetivo, una serie de líneas de actuación, así como las medidas más importantes y sus respectivas metas para evaluar el impacto. Para facilitar su seguimiento se incluye en el anexo 1 un cuadro de las medidas, actores, responsables de su ejecución y posibles indicadores. Respetando las normas y los procesos presupuestarios, se propondrán planes operativos con objetivos, presupuestos y cronograma, concretando mejor la Estrategia. Cada Plan tendrá una evaluación y memoria económica. Ahora bien, como se manifiesta en la propia Estrategia no se pretende recoger una enumeración exhaustiva de todas las acciones necesarias para la erradicación de la violencia, sino impulsar un proceso en torno a las cinco áreas estratégicas claves para alcanzar ese objetiva. Para tal fin, la Estrategia define una serie de directrices generales y medidas que pretenden garantizar un estándar de protección y prevención. Dentro de dicho proceso deberá existir una coordinación y colaboración entre las diferentes Administraciones, entidades y organizaciones que, en el marco de este estándar garantista, aseguren la implementación de las actuaciones. En fin, con esta estrategia se pretende conseguir las siguientes transformaciones: concienciación social; tolerancia cero; entornos protectores; especialización para garantizar una atención especializada, multidisciplinar y espacios amigables para todos los niños, niñas y adolescentes que han sufrido violencia; y, coordinación eficaz entre servicios, administraciones y otros actores que garantizarán un enfoque multidisciplinar y la eficiencia, la eficacia y calidad de la acción.

Sobre tales bases, las actuaciones de los poderes públicos, instituciones, sociedad civil, profesionales, familiares y otras personas implicadas en la implementación de la Estrategia adoptarán lasos siguientes enfoque y principio. En cuanto a los enfoques: enfoque de derechos de la infancia; enfoque de género; enfoque de discapacidad; y enfoque de interculturalidad. Respecto a los principios: buen trato: como todo aquel que, respetando los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, garantizarles cuidado cálido y cercano que se ajusta a sus necesidades y fases de desarrollo y que proporciona figuras vinculares seguras. El buen trato, en consecuencia, promueve activamente los principios de respeto mutuo, dignidad del ser humano, convivencia democrática, solución pacífica de conflic-

tos, derecho a igual protección de la ley, igualdad de oportunidades y prohibición de discriminación de los niños, niñas y adolescentes; supervivencia y desarrollo pleno e integral; interés superior; igualdad y no discriminación; participación y protagonismo; principio de accesibilidad universal; diligencia debida: los poderes públicos deben actuar con la diligencia debida para prevenir, investigar, castigar y reparar todos los actos de violencia hacia la infancia y proteger a las víctimas; multidisciplinariedad, transversalidad e interseccionalidad; principios reguladores de la actuación de las Administraciones Públicas. En fin, se definen *los niños, niñas y adolescentes*: respetando el ámbito de aplicación de la Convención de los Derechos del Niño, en esta categoría se incluyen todas las personas menores de 18 años; *violencia*: "Se entiende por violencia toda acción, omisión o trato negligente que priva a un niño, niña o adolescente de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación" (artículo 1.2 de la LOPIVI). La violencia se presenta en múltiples formas que requerirán diferentes estrategias de prevención, detección e intervención. Incluye: el maltrato físico, psicológico o emocional; los castigos físicos, humillantes o denigrantes; el descuido o trato negligente; las amenazas, injurias y calumnias; todas las formas de acoso (incluidos el acoso escolar, el sexual, el laboral y el ciberacoso); la violencia perinatal; la trata de seres humanos con cualquier fin; la explotación de cualquier tipo, incluida la sexual (como la explotación en la prostitución y a través de materiales de explotación sexual de niñas, niños y adolescentes, conocida como "pornografía infantil"), la explotación laboral y la venta; otras formas de violencia sexual, como la violación, el abuso y acoso sexuales, la extorsión sexual, la corrupción, la solicitación y el acceso no solicitado a pornografía; todas las formas de violencia de género (física, psicológica y sexual), incluidas el acoso y las agresiones sexuales, la mutilación genital, el matrimonio forzado, el matrimonio infantil, el aborto y la esterilización forzosos; la exposición a la violencia de género y a otros comportamientos violentos en el ámbito familiar; la difusión pública de datos privados; la violencia institucional, incluyendo la administrativa*; atención o protección integral*: La protección integral es la promoción de entornos seguros y protectores que garanticen el desarrollo pleno del niño, niña o adolescente y la plena implementación de sus derechos humanos en la línea que estructura e inspira la LOPIVI. Este enfoque va más allá de la erradicación de la violencia contra la infancia y adolescencia, sitúa al niño, niña o adolescente, sus necesidades y derechos en el centro de la actuación y establece conexiones necesarias entre los entornos donde se desarrolla su vida. Dichos entornos incluyen el familiar, educativo, sanitario, de los servicios sociales, de la justicia, de las nuevas tecnologías, del deporte y el ocio y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. El Artículo 12 de la LOPIVI enumera las medidas prioritarias de atención integral; *situaciones de vulnerabilidad*: Los niños, niñas y adolescentes pueden encontrarse en situaciones que creen o aumenten su vulnerabilidad a la violencia. Entre dichas situaciones destacan tener una discapacidad, tener de cero a tres años, el origen racial, étnico o nacional diverso, una situación de desventaja económica, el pertenecer al colectivo LGTBI, el tener una orientación o identidad de género diversa, la experiencia migratoria, ser solicitante o beneficiario/a de protección internacional o temporal y el carecer de cuidados parentales o estar en

riesgo de perderlos (las causas de vulnerabilidad citadas están mencionadas en el artículo 2.3.b de la LOPJM y en el artículo 5.4 de la LOPIVI); *servicios amigables o adaptados*: Se trata de sistemas que garantizan el respeto y la efectiva realización de todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes al más alto nivel posible, teniendo presentes en particular los principios de participación, de no discriminación, del interés superior y de supervivencia y desarrollo. Esto supone, en particular, que la concepción y el funcionamiento de los servicios tales como la justicia, los servicios sociales y sanitarios se adaptan a las necesidades específicas de cada niño, niña o adolescente y protegen su integridad, dignidad y privacidad, son accesibles, disponibles, diligentes, cuentan con profesionales formados en materia de infancia y adolescencia y comunican de forma adaptada a las capacidades, edad y madurez del niño, niña o adolescente. Los entornos seguros generan espacios cálidos que brindan al niño, niña o adolescente la seguridad emocional necesaria para poder ser protagonista de las decisiones que le afectan. Los sistemas amigables son multidisciplinares, practican la atención integral y comunican y se coordinan entre ellos poniendo el bienestar del niño, niña o adolescente en el centro. Evitar la revictimización o victimización secundaria es uno de sus objetivos; *entornos seguros*: Un entorno seguro se define como aquel que respete los derechos de la infancia y promueva un ambiente protector físico, psicológico y social; y *parentalidad positiva*: Se entiende como el comportamiento de los progenitores, o de quienes ejerzan funciones de tutela, guarda, acogimiento o cualquier otra forma de cuidado alternativo, fundamentado en el interés superior del niño, niña o adolescente y orientado a que la persona menor de edad crezca en un entorno afectivo y sin violencia que incluya el derecho a expresar su opinión, a participar y ser tomado en cuenta en todos los asuntos que le afecten, la educación en derechos y obligaciones, favorezca el desarrollo de sus capacidades, ofrezca reconocimiento y orientación, y permita su pleno desarrollo en todos los órdenes (artículo 26.3.a) de la LOPIVI). En este concepto, se incluye la parentalidad digital.

En todo caso, anualmente deberá, el órgano ministerial al que corresponda el impulso y aplicación de esta Estrategia, elaborar un informe de evaluación acerca del grado de cumplimiento y la eficacia de dicha Estrategia. No obstante, en la realización de dicho informe colaborarán los Ministerios de Justicia, Interior, Sanidad, Educación y Formación Profesional y el Alto Comisionado para la lucha contra la pobreza infantil. En los resultados de tal informe anual de evaluación se concretarán los datos estadísticos disponibles sobre la violencia hacia la infancia y la adolescencia, se harán públicos para un conocimiento general de los sectores implicados y de la población en general, y serán tenidos en cuenta para la elaboración de aquellas políticas públicas dirigidas a la protección de la infancia y adolescencia.

Pues bien, en este contexto, no debemos olvidar que, las medidas administrativas que se adopten pueden ser objeto de oposición. De todas formas, en la disposición final novena de esta Ley Orgánica 8/2021 se modifican, precisamente, los artículos 779 y 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Entre las novedades, se prevé que las personas menores de edad podrán elegir, ellos mismos, a sus defensores, se reducen los plazos del procedimiento, y se contempla la posibilidad de que se adopten medidas cautelares; y, además, se fija un plazo máximo de tres me-

ses, desde su iniciación, en los procedimientos en los que se sustancie la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

Sobre tales bases y en la línea de esta necesaria protección integral contra la violencia en la disposición final decimoséptima de esta Ley Orgánica 8/2021 se había previsto la creación del *Consejo Estatal de Participación de la Infancia y la Adolescencia* por parte del Gobierno en el plazo de seis meses desde la aprobación de esta Ley —su entrada en vigor ha tenido lugar el 25 de junio de 2021—, con el objeto de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de participación en la formulación, aplicación y evaluación de planes, programas y políticas nacionales que afecten a niños, niñas y adolescentes. Esta creación ha tenido lugar por Orden DSA/1009/2021, de 22 de septiembre[35].

Constituye un órgano permanente y estable de consulta, representación y de participación de las niñas, niños y adolescentes adscrito al Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, para que aquéllos/as expresen libremente sus ideas; propongan medidas; defiendan el reconocimiento social de sus derechos; formulen propuestas sobre cuestiones que, les afectan de ámbito estatal; y, en fin, sean el portavoz e interlocutor de las niñas, niños y adolescentes ante las instituciones públicas.

Estará formado por niñas, niños y adolescentes con edades comprendidas entre 8 y 17 años en el momento de su designación. Éstos/as participarán a título voluntario y en representación del colectivo o colectivos que, los hayan propuesto y elegido en el Consejo de Participación; y formarán parte de la Asamblea como miembros de pleno derecho con voz y voto.

Ahora bien, para ser elegidos miembros del citado Consejo los niñas, niños y adolescentes deberán formalizar su candidatura con un aval del grupo al que pertenece para que, garantice su idoneidad para representar un interés colectivo y, con una presentación individual que, podrá ser por escrito o mediante otra forma de expresión —*vgr.*, también audiovisual—, en la habrá de explicar: en primer lugar, los motivos por los que quiere formar del Consejo de Participación; en segundo lugar, qué intereses colectivos en materia de derechos de la infancia representará durante su permanencia; y, en tercer lugar, cómo vehiculizará la participación del resto de niñas, niños y adolescentes que, forman parte de la estructura, organización o colectivo que, le ha avalado en su candidatura.

Asimismo, las niñas, niños y adolescentes participantes deberán presentar un documento firmado, con el visto bueno de sus progenitores, tutores o guardadores legales, en el que manifiesten que conocen su voluntad de ser miembro y su deseo de participar en el Consejo de Participación. Una vez designados, deberán presentar una autorización o documento que, les habilite para participar en las actividades propuestas durante su mandato, así como la cesión de sus derechos de imagen en calidad de miembro del Consejo de participación (artículo 3.5 y 6). Si bien, tanto la convocatoria, los criterios que se apliquen, como la selección de las candidaturas, así como un listado de suplentes se canalizará a través del Observatorio de la Infancia, dependiente del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030.

La elección de los candidatos/as será propuesta por otras niñas, niños y adolescentes pertenecientes tanto a estructuras participativas municipales y autonómicas, como procedentes de organizaciones, asociaciones, entidades, colectivos o plataformas de ámbito estatal que, tienen como misión defender, garantizar y pro-

mover los derechos de la infancia, y contemplar canales de participación infantil en sus procesos de toma de decisiones (artículo 3.4).

La duración máxima del mandato de cada representante no podrá exceder de 4 años, realizando una renovación de las niñas, niños y adolescentes miembros del Consejo de Participación, en sus diferentes órganos, cada dos años. En el supuesto que, una de las personas miembro del Consejo de Participación haya cumplido 18 años durante su mandato, no podrá optar a renovarlo por otro período de dos años hasta el máximo de 4 (artículo 6). De todas formas, aunque, la mayoría de edad sea una de las causas por las que se pierde la condición de miembro del Consejo; no obstante, puede permanecer como miembro hasta que finalice su mandato.

Ahora bien, como hemos indicado en líneas precedentes, forman parte del Consejo de Participación las niñas, los niños y adolescentes de edades entre 8 y 17 años y, además, en la composición de aquél, a través del Observatorio de la Infancia, se establecerán los criterios que, garanticen una representación paritaria y equitativa de, al menos, el 22% de participación de cada una de las representaciones de las niñas, niños y adolescentes. Ciertamente, como se precisa en esta Orden, se ha de procurar que, la participación de éstos/as en el Consejo tenga lugar, precisamente, en condiciones de igualdad y paridad, sin ninguna barrera (de género, de origen, de etnia, económica, racial, de movilidad, de funcionalidad, lingüística, etc.) que, impida el acceso de grupos de niñas, niños y adolescentes más vulnerables, favoreciendo con ello su participación. Se trata de un órgano consultivo de participación de la infancia y adolescencia en defensa de sus intereses y a través del que se garantiza el ejercicio efectivo de su participación como tal grupo de población interesado en la formulación, aplicación y evaluación de planes, programas y políticas nacionales que les afecten, sean adoptados en el ámbito estatal, autonómico o local.

Este Consejo tiene como *funciones*: a) Proponer a los órganos de la Administración General del Estado y otros organismos de ámbito nacional iniciativas, propuestas y recomendaciones para promover los derechos de la infancia y la adolescencia o atender otras necesidades y cuestiones que afectan a niños, niñas y adolescentes para mejorar sus condiciones de vida; b) Colaborar con los órganos de la Administración General del Estado y con la Conferencia Sectorial de la Infancia y Adolescencia, en el ejercicio de sus funciones, actuando como cauce de comunicación de las opiniones de niños, niñas y adolescentes, sin perjuicio de los procedimientos de consulta directa que estos puedan llevar a cabo; c) Participar en la elaboración, seguimiento y evaluación de la Estrategia de Derechos de la Infancia y la Adolescencia y de sus Planes Operativos; d) Impulsar, atender y canalizar consultas de carácter facultativo respecto de los proyectos normativos, planes, estrategias y programas de la Administración General del Estado que afecten a la infancia y la adolescencia y, en particular, respecto de aquellos llevados a cabo por el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030; e) Favorecer la visión positiva de las niñas, los niños y los adolescentes y contribuir a sensibilizar a la sociedad sobre la importancia de la participación de la infancia y la adolescencia como parte de la ciudadanía activa; f) Difundir las inquietudes, preocupaciones y opiniones de las niñas, niños y adolescentes en representación de un interés colectivo partiendo de los derechos de la infancia e integrando la perspectiva de equidad, de género y de igualdad de trato y no discriminación; g) Participar en procesos de

supervisión de la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y sus Protocolos Facultativos en España por parte del Comité de los Derechos del Niño; h) Participar en mecanismos de participación infantil supranacionales, especialmente de la Unión Europea y el Consejo de Europa; i) Mantener relación con otros órganos de participación a nivel municipal, autonómico y estatal de los que forman parte personas menores de edad; j) Impulsar la realización de campañas, jornadas y espacios de aprendizaje y reflexión que visibilicen las aportaciones de la infancia y la adolescencia en la sociedad y potencien la participación infantil; y, k) Cualquier otra que se acuerde en el marco de las funciones y finalidades establecidas (artículo 2).

Ahora bien, para el ejercicio de sus funciones el Consejo habrá de aprobar sus propias normas de funcionamiento mediante el desarrollo de un reglamento interno que, será elaborado por las niñas, niños y adolescentes miembros de la Asamblea. Si bien, éstos/as delegarán la redacción inicial del documento a debatir y aprobar en el Grupo Motor.

Por otra parte, el Consejo de Participación tendrá los siguientes *órganos*: 1º La Asamblea integrada por la totalidad de las 34 niñas, niños y adolescentes miembros del Consejo de Participación que, se reunirá al menos dos veces al año, una vez por semestre. Puede, asimismo, reunirse de forma extraordinaria cuando lo decida el Grupo Motor, o a petición del 20% de sus miembros. En su composición se habrá de tener en cuenta: a) La representatividad territorial a través de las niñas, niños y adolescentes miembros de consejos de participación de la infancia municipales y autonómicos; b) La representatividad de grupos sociales especialmente vulnerables a la discriminación a través de la participación de niñas, niños y adolescentes con quienes se puedan sentir identificados otras personas menores de edad que pertenecen a estos grupos y colectivos; y, c) La representatividad de niñas, niños y adolescentes que, forman parte activa de organizaciones, asociaciones, entidades, colectivos o plataformas de ámbito estatal que tienen como misión defender, garantizar y promover los derechos de la infancia y contemplan canales de participación infantil en la toma de decisiones.

No obstante, la Asamblea podrá contar con el acompañamiento de dos técnicos/as adultos/as designados por la Dirección General de Derechos de la Infancia y la Adolescencia con una función dinamizadora que, respetará la autonomía de la Asamblea sin incidir en su funcionamiento, ni sus decisiones. Esa función dinamizadora suponemos se concretará en el reglamento interno de funcionamiento del Consejo, pues, se trata de un concepto jurídico indeterminado.

De todas formas, podrá asistir a las Asambleas que, se convoquen con voz, pero sin voto, un representante de la Dirección General de Derechos de la Infancia y Adolescencia, adscrita al Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 (artículo 4.4).

2º El Grupo Motor es el órgano que desarrolla el plan de trabajo aprobado por la Asamblea que: por un lado, coordina las acciones y proyectos; y, por otra, representa al Consejo de Participación. Se habrá de reunir de forma ordinaria, al menos cada dos meses. Está integrado por cinco niñas, niños y adolescentes miembros de la Asamblea que serán elegidos por las propias niñas, niños y adolescentes y se organizarán entre ellos conforme se establezca en su norma de funcionamiento.

3º Las Comisiones de Trabajo se conforman para desarrollar acciones concretas encargadas por la Asamblea o el Grupo Motor. En su seno elegirá al responsable de cada Comisión de trabajo, que deberá ser comunicado al Grupo motor. Pueden operar con carácter temporal o permanente. Se encargarán de elaborar informes, hacer propuestas o recomendaciones e impulsar buenas prácticas sobre su ámbito concreto de trabajo; y, en todo caso, deberá rendir cuentas en la Asamblea, además de compartir sus conclusiones.

4º La Secretaría técnica es la encargada de dar apoyo técnico, asistir, asesorar y facilitar la tarea del Consejo de Participación. La asumirán dos personas adultas de perfil técnico designadas por la Dirección General de Derechos de la Infancia y la Adolescencia. Si bien, esta Secretaría técnica respetará la autonomía del Consejo sin incidir en sus decisiones y acuerdos.

Ahora bien, en la línea de lograr la aplicación óptima de la Ley, en concreto de las medidas y obligaciones establecidas, se exige tanto al Estado como a las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias que, doten a los Juzgados y Tribunales de aquellos medios personales y materiales que, resulten necesarios para el adecuado cumplimiento de las nuevas obligaciones legales. Asimismo, se deberá dotar a los Institutos de Medicina Legal, Oficinas de Atención a las Víctimas, órganos técnicos que presten asesoramiento pericial o asistencias y servicios sociales de los medios materiales y personales necesarios, precisamente, para que puedan cumplir adecuadamente con los fines y obligaciones encomendadas en esta Ley (Disposición Adicional Primera de la LOPIVI). Ciertamente, si no se prevé una importante dotación presupuestaria para todos los sectores implicados en la aplicación efectiva de la Ley, supondrá que, no se pueda dar efectivo cumplimiento a la misma por falta de medios personales y materiales, que repercutirá de forma negativa en la protección de los niños, niñas y adolescentes frente a la violencia y, será una Ley ineficaz en sus objetivos.

De todas formas, las actuaciones derivadas de la aplicación y desarrollo de esta Ley que, impliquen directamente al personal de las Administraciones Públicas, habrán de ajustarse a las normas básicas de gastos de personal que, sean de aplicación.

Por otra parte, las Administraciones Públicas competentes promoverán la capacitación de las personas menores de edad para que tengan herramientas suficientes para detectar situaciones de violencia (artículo 25.3 de la LOPIVI) y, para evitar la revictimización de los niños y niñas víctimas de violencia en los procesos judiciales (victimizaciones secundarias) se establece la obligatoriedad de la prueba preconstituida cuando el testigo sea una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección. Por lo que, se convierte en excepcional la declaración en juicio de los menores (artículo 449 bis de la LECrim)[36]. Con esta prueba se legitima la prevención de riesgos y el interés superior del menor. Y, como indica acertadamente SÁNCHEZ MELGAR[37] si se quiere evitar la presencia de un menor en juicio, esto es, su no comparecencia, lo que se debe proceder, es a grabar la exploración previa que se realice al mismo, con el fin que luego el tribunal del juicio pueda observar su desarrollo y, darse, asimismo, a la defensa la oportunidad de presenciar dicha exploración.

En fin, con el objeto de obtener datos de seguimiento de esta Ley en el ámbito de la opinión pública, se encomienda al Centro de Investigaciones Sociológicas

que anualmente realice una encuesta acerca de las opiniones de la población, tanto adulta como infantil y adolescente, respecto a la utilidad y aplicación de las medidas establecidas en esta Ley y en relación con la violencia ejercida sobre niños, niñas y adolescentes. No obstante, en esta encuesta se tendrá presente la perspectiva de discapacidad y de género y, asimismo, se garantizará que los niños, niñas y adolescentes con discapacidad estén representados entre las personas encuestadas. Los resultados que se contengan en este informe deberán ser posteriormente incluidos en el informe anual de evaluación de la Estrategia de erradicación de la violencia sobre la infancia y la adolescencia que, se elabora anualmente (Disposición Adicional tercera de la LOPIVI).

## 1. Niveles de actuación

### *A. Sensibilización*

Para la eliminación de la violencia contra la infancia y adolescencia resulta esencial sensibilizar a la sociedad sobre esta realidad y su implicación. Recordemos que entre los fines de la LOPIVI está: "a) Garantizar la implementación de medidas de sensibilización para el rechazo y eliminación de todo tipo de violencia sobre la infancia y la adolescencia, dotando a los poderes públicos, a los niños, niñas y adolescentes y a las familias, de instrumentos eficaces en todos los ámbitos, de las redes sociales e Internet, especialmente en el familiar, educativo, sanitario, de los servicios sociales, del ámbito judicial, de las nuevas tecnologías, del deporte y el ocio, de la Administración de Justicia y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad" (artículo 3).

Para ello, las administraciones públicas, en primer lugar, deberán *promover campañas y acciones concretas de información destinadas a concienciar a la sociedad* acerca del derecho de los niños, niñas y adolescentes a recibir un buen trato y a no ejercer ningún tipo de violencia sobre los mismos. Dichas campañas incluirán, asimismo, medidas contra aquellas conductas, discursos y actos que favorecen la violencia sobre la infancia y la adolescencia en sus distintas manifestaciones, incluida la discriminación, la criminalización y el odio, con el objetivo de promover el cambio de actitudes y concienciar a la sociedad, en aras a lograr un contexto social libre de cualquier forma de violencia. En segundo lugar, *deberán impulsar campañas específicas de sensibilización para promover un uso seguro y responsable de Internet*, desde un enfoque de aprovechamiento de las oportunidades y su uso en positivo de las nuevas tecnologías, incorporando la perspectiva y opiniones de los propios niños, niñas y adolescentes. Estas campañas se realizarán de modo accesible, diferenciando por tramos de edad, de manera que se garantice el acceso a las mismas a todas las personas menores de edad y especialmente, a aquellas que por razón de su discapacidad necesiten de apoyos específicos (artículo 22 de la LOPIVI). En todo caso, también se han de promover campañas y medidas dirigidas a los progenitores orientadas a concienciar a éstos y, por ende, a sus hijos menores de edad, de proceder a un uso responsable de las nuevas tecnologías y de la posibilidad de imponer ciertos límites desde su posición de representantes legales a través de controles parentales; en tercer lugar, con el *objetivo de prevenir*

*la radicalización de los niños, niñas y adolescentes*, las administraciones públicas competentes adoptarán las medidas de sensibilización, prevención y detección precoz con el objeto de proteger a las personas menores de edad frente a los procesos en los que prime el aprendizaje de modelos de conductas violentas o de conductas delictivas que conducen a la violencia en cualquier ámbito en el que se manifiesten, así como para el tratamiento y asistencia de las mismas en los casos en que esta llegue a producirse. En todo caso, se proporcionará un tratamiento preventivo que incorpore las dimensiones de género y de edad (artículo 24 de la LOPIVI). Y, en fin, como otra actuación más de sensibilización las Administraciones Públicas desarrollarán programas de formación y sensibilización a adultos y a niños, niñas y adolescentes, encaminados a evitar, precisamente, la *promoción intrafamiliar del matrimonio infantil*, el abandono de los estudios y la asunción de compromisos laborales y familiares no acordes con la edad (artículo 26.2 i) de la LOPIVI). En todo caso, estas campañas de sensibilización serán evaluables y basadas en la evidencia.

Ahora bien, entre éstas hay que destacar las que tienen lugar con el uso seguro y responsable de internet. A tal fin, las Administraciones públicas desarrollarán campañas de educación, sensibilización y difusión dirigidas a los niños, niñas y adolescentes, familias, educadores y otros profesionales que trabajen habitualmente con personas menores de edad sobre el uso seguro y responsable de Internet y las tecnologías de la información y la comunicación, así como sobre los riesgos derivados de un uso inadecuado que puedan generar fenómenos de violencia sexual contra los niños, niñas y adolescentes como: el *ciberbullying*, el *grooming*, la ciberviolencia de género o el *sexting*, así como el acceso y consumo de pornografía entre la población menor de edad (artículo 45.1 de la LOPIVI)[38].

Precisamente, en el citado Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en entornos digitales se propone modificar la edad para prestar el consentimiento para el tratamiento de datos personales de 14 a 16 años para el uso de determinados servicios, plataformas y contenidos digitales[39]. Para ello, los fabricantes de dispositivos digitales, loa redes sociales por ejemplo, Meta) tendrán que incluir información sobre inmediata de protección de datos y riesgos relacionado con la privacidad y la seguridad. Precisamente, se prohíben a las personas menores de edad los denominados *lootboxes*, un mecanismo aleatorio de recompensa característico de los videojuegos, a los que pueden acceder adquiriéndolas con objeto de juego, monedas virtuales o dinero real.

Aunque el Anteproyecto de Ley no lo indica expresamente debería obligarse a los operadores de internet (plataformas como Meta) que posibilitan el acceso a contenido creado por otros usuarios que, contrario a la ética y en la mayoría de las ocasiones ilícito y delictivo que, impongan herramientas que permitan al usuario que se sienta afectado o dañado que pueda reportar a la propia red social para que retiren su contenido; o dar una mayor libertad de actuación a los moderadores de contenidos en cuanto al borrado de contenidos sin necesidad de proceder a su escala; o a los *boot* que se emplea para ellos; y, programar los algoritmos de forma que no posibiliten el acceso a más contenido ilícito (por ejemplo, pornografía infantil, violencia sobre los menores). Lo que es lo mismo, imponer una red de seguridad que impida el acceso de los menores a contenidos violentos, pornográficos e ilícitos, o que ellos mismo sean protagonistas de abusos, de inducción a la anore-

xia, abulimia y al suicidio, entre otras posibles actuaciones. Pese al compromiso del CEO de Meta (Mark Zuckerberg) ante el Senado de los EEUU de implementar herramientas que protejan a los menores, la realidad es otra, nuestros menores siguen navegando sin protección y seguridad en el espacio digital. Es positivo que, en este Anteproyecto de Ley se introduzcan varios cambios en el Código Penal como reconocer los delitos de ultrafalsifiaciones, conocidos como *deepfakes* que son imágenes o voces manipuladas tecnológicamente de manera extremadamente realista mediante el uso de IA. Y se añade una serie de tipos agravados en distintos precepto dentro de los delitos contra la libertad sexual de los que destaca el agravante para el delito de *grooming* o ciberacoso. El agravante tiene lugar cuando para facilitar el delito, la persona responsable engaña a menores en línea a través de identidades ficticias o distintas a la propia.

Por su parte la Agencia Española de Protección de Datos desaconseja el uso de teléfonos móviles inteligentes y otros dispositivos móviles en los centros educativos, si se cuenta con otro medio o recurso pedagógico y recuerda que los tratamientos de datos en el ámbito educativo deben superar el juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Además, los centros escolares no deben olvidar que el tratamiento de los datos y la información que deriva de los mismos debe cumplir con las obligaciones que establece el Reglamento General de Protección de datos y debe cumplir con una serie de principios en el uso de estos dispositivo que se detallan en un documento de 17 páginas elaborado por la AEPD "Responsabilidad y obligaciones en la utilización de dispositivos móviles en la enseñanza infantil, primeria y secundaria".

Asimismo, la AEPD ha presentado el 14 de diciembre de 2023 una *propuesta práctica y efectiva de sistema de verificación de edad* y protección de las personas menores de edad en Internet ante el acceso a contenidos para adultos. Con la presentación de este sistema, la Agencia demuestra que es técnicamente posible proteger a los menores del acceso a contenidos inadecuados a la vez que se garantiza el anonimato de los adultos en su navegación por internet. El sistema presentado por la Agencia se compone de un *Decálogo que recoge los principios que debe cumplir un sistema de verificación de edad, una nota técnica con los detalles del proyecto y tres videos prácticos* que demuestran cómo funciona el sistema en diferentes dispositivos, con sistemas operativos distinto y empleando varios proveedores de identidad. Ello se complementa con un *gráfico que recoge los riesgos de los sistemas de verificación de edad que se utilizan en la actualidad*.

Sobre tales bases, también la Agencia estableció en 2015 unos ejes de actuación prioritaria entre los que se incluía un programa propio para la protección y educación de las personas menores de edad, que se justificaba fundamentalmente en el avance de las tecnologías digitales y su impacto en el tratamiento de datos de los y las menores. Entre otras medidas, la Agencia puso en marcha un canal de comunicación destinado fundamentalmente a los centros educativos, docentes, monitores, padres y madres y alumnado; se realizó un plan de inspección sobre servicios *cloud* en el ámbito educativo; se establecieron alianzas con los distintos actores implicados en la protección y bienestar de los y las menores; se elaboraron materiales, contenidos y recursos para familias, docentes y menores; y se crearon los premios a las buenas prácticas educativas sobre el uso responsable de Internet y las redes sociales.

En mayo de 2018 coincidiendo con la aplicación en el ámbito de la Unión Europea el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) se señala que los niños merecen una protección específica de sus datos personales, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de datos personales. Los responsables han de tener en cuenta los riesgos derivados del tratamiento de los datos de los y las menores en las evaluaciones de impacto. Ese mismo año, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDPGDD) en su Título X, dedicado a los derechos digitales, incorpora el derecho a la educación digital, para un uso crítico y seguro de los medios digitales y respetuoso con la intimidad personal y familiar y la protección de datos personales (artículo 83), y preceptos destinados a la protección de los y las menores y de sus datos personales en Internet (artículos 84 y 92)[40].

Ante este nuevo marco normativo, la Agencia constituyó en 2019 un Grupo de Trabajo sobre "Menores, salud digital y privacidad" con el objetivo de estudiar y proponer iniciativas y medidas para proteger a los y las menores en el ámbito digital, en el que los servicios que se prestan y los contenidos que se ofrecen a través de redes sociales y servicios equivalentes requieren del tratamiento de datos personales para su operatividad. El Grupo de Trabajo, del que forman parte distintos actores implicados y comprometidos con la protección y salvaguarda del interés superior de los y las menores, del sector público y privado, como organizaciones profesionales y sociedades científicas, se viene reuniendo desde entonces para tratar sobre aquellos asuntos que afectan a su protección y seguridad en el mundo online. Los trabajos del Grupo han dado lugar a diversas iniciativas, entre las que cabe destacar, en materia de educación digital, el impulso y colaboración para la creación del portal *Aseguratic*, que contiene el más amplio repositorio de materiales, recursos y herramientas (catalogadas y ordenadas por materia, edades, fuente y destinatarios: docentes, familias, alumnos) disponible en la web del Instituto Nacional de Tecnologías Educativas y de Formación del Profesorado (INTEF); y en materia de salud digital impulsando la colaboración y elaboración de herramientas para prevenir y detectar usos inadecuados o adictivos a las TIC, como el Plan Digital Familiar de la Asociación Española de Pediatría.

En este sentido, cabe destacar muy especialmente *el Decálogo con los criterios y requisitos que han de reunir los sistemas de verificación de la edad en el acceso a contenidos online para adultos*, de forma que sean eficaces y respetuosos con el marco de protección de datos y privacidad.

Ahora bien, la Agencia, desde su posición independiente, atendiendo a sus competencias en materia de protección de datos de carácter personal cuyo tratamiento se ve afectado en el ámbito digital, continuará ofreciendo y coordinando el espacio de encuentro y diálogo ya creado y operativo con el Grupo de Trabajo, sin perjuicio del ejercicio de las competencias que correspondan a cada ámbito de gestión concreto. Ante esta coyuntura, la Agencia quiere contribuir con una estrategia reforzada que gira en torno las siguientes LÍNEAS ESTRATÉGICAS, que comprende: 10 actuaciones prioritarias y 35 medidas. Entre las primeras, simplemente, citar: 1. La Agencia apoya la iniciativa para la adopción de un Pacto de Estado promovida por organizaciones de la sociedad civil con medidas de consenso para la protección de la infancia y la adolescencia en Internet. 2. La

Agencia colabora, mediante la coordinación del Grupo de Trabajo de "Menores salud digital y privacidad", en el análisis jurídico y tecnológico de las propuestas y medidas de cara a la elaboración de un proyecto de Ley de protección integral a la infancia y adolescencia en los ámbitos en los que se han detectado necesidades (penal, procesal, administrativo, educativo, sanitario, de protección de datos —neurodatos y neuroderechos—, comunicaciones audiovisuales y consumo). 3. La Agencia ha elaborado un Decálogo con los principios y requisitos que han de observar los SISTEMAS DE VERIFICACIÓN DE LA EDAD para ser eficaces y respetuosos con la privacidad de quienes acceden a esos contenidos que, en un mundo globalizado, se proporcionan desde cualquier lugar. A este respecto: a. Impulsará la producción de apps que desarrollen estos sistemas conforme a los principios adoptados, colaborando en particular con la Comisión nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre (FNMT), el Ministerio del Interior y el Ministerio de Transformación Digital. b. Coordinará y promoverá la asunción de los principios y requisitos en el marco de la UE con la finalidad de que sirvan de referencia para el desarrollo de sistemas de verificación de la edad eficaces y garantistas en los Estados miembro. Para ello impulsará la adopción de una declaración por el Comité Europeo de Protección de Datos, y mantendrá contactos y reuniones con la Comisión Europea y el Parlamento Europeo a través de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior (LIBE). c. Incentivará la adopción de los principios del decálogo en otros ámbitos internacionales, para lo que se presentarán a las autoridades en materia de privacidad y protección de datos reunidas en el seno de la Asamblea Global de Privacidad (GPA), a la Administración Federal de EEUU, la Federal Trade Commission y a la Autoridad de protección de datos del Estado de California (sede de la mayoría de los prestadores de servicios online), junto con la Red Iberoamericana de Protección de Datos (RIPD), cuya Secretaría ostenta la Agencia. 4. Con el Instituto Nacional de Ciberseguridad (INCIBE) para el análisis de las HERRAMIENTAS DE CONTROL PARENTAL y la actualización de las guías sobre privacidad y seguridad en Internet, y para la configuración de la privacidad en redes sociales, aplicaciones de mensajería instantánea y principales navegadores. 5. Con el Instituto Nacional de Tecnologías Educativas y de Formación del Profesorado (INTEF) e INCIBE para proporcionar las familias educación, formación digital, recursos y materiales mediante módulos formativos. El ámbito escolar utiliza PLATAFORMAS EDUCATIVAS Y HERRAMIENTAS DIGITALES que tratan datos personales del alumnado, familiares y docentes que exige el análisis de su adecuación a la regulación del derecho a la protección de datos y su control como garantía de su cumplimiento, para lo que la Agencia. 6. Colaborar activamente con las autoridades educativas para garantizar su adecuación a la regulación del derecho a la protección de datos y su control como garantía de su cumplimiento. 7. Llevar a cabo actuaciones de investigación a las plataformas, educativas y de aprendizaje, así como a las herramientas digitales que se utilizan en los centros escolares. 8. A través de los Consejos Generales de los Colegios Oficiales de Médicos, Psicólogos y Pedagogos, que participan en el Grupo de Trabajo, colaborará con las Administraciones educativas y sanitarias para fomentar la realización de evaluaciones de impacto en privacidad y salud digital en función de la edad y los riesgos para los y las menores. 9. Priorizar el ejercicio de sus potestades de

investigación a las páginas web de contenidos para personas adultas, en especial de pornografía, con respecto a la verificación de la edad para el acceso a dichos contenidos y al cumplimiento de la normativa de protección de datos de los y las menores. Actuando en cooperación con las autoridades de la Unión Europea cuando las páginas web no estén establecidas en España. Y, 10. Realizar el análisis de los algoritmos y patrones adictivos que tienen como objetivo influir en el comportamiento y las decisiones de las personas usuarias, con relación a los datos y perfilados de los y las menores de edad, e impulsará la coordinación necesaria con el Comité Europeo de Protección de Datos[41].

### *B. Medidas preventivas: en especial, la prevención de la violencia contra la infancia y adolescencia en el mundo físico y digital*

La prevención de la violencia representa el segundo nivel de actuación y opera con carácter prioritario a la atención a las víctimas y su reparación. Supone establecer medidas de prevención efectivas frente a la violencia sobre la infancia y la adolescencia, mediante una información adecuada a los niños, niñas y adolescentes, la especialización y la mejora de la práctica profesional en los distintos ámbitos de intervención, el acompañamiento de las familias, dotándolas de herramientas de parentalidad positiva, y el refuerzo de la participación de las personas menores de edad (artículo 3 b)).

Es, por ello, que corresponde a las administraciones públicas competentes la elaboración de planes y programas de prevención para la erradicación de la violencia sobre la infancia y la adolescencia. Estos planes y programas tendrán que comprender medidas específicas en los ámbitos familiar, educativo, sanitario, de los servicios sociales, de las nuevas tecnologías, del deporte y el ocio y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en el marco de la estrategia de erradicación de la violencia sobre la infancia y la adolescencia, se identifican, conforme a los factores de riesgo en que se pueden encontrar los niños, niñas y adolescentes en situaciones de especial vulnerabilidad, deberán ser evaluados en los términos que establezcan las administraciones públicas competentes. A tal fin, tendrán la consideración de actuaciones en materia de prevención las siguientes: a) Las dirigidas a la promoción del buen trato en todos los ámbitos de la vida de los niños, niñas y adolescentes, así como todas las orientadas a la formación en parentalidad positiva; b) Las dirigidas a detectar, reducir o evitar las situaciones que provocan los procesos de exclusión o inadaptación social, que dificultan el bienestar y pleno desarrollo de los niños, niñas y adolescentes; c) Las que tienen por objeto mitigar o compensar los factores que favorecen el deterioro del entorno familiar y social de las personas menores de edad; d) Las que persiguen reducir o eliminar las situaciones de desprotección debidas a cualquier forma de violencia sobre la infancia y la adolescencia; e) Las que promuevan la información dirigida a los niños, niñas y adolescentes, la participación infantil y juvenil, así como la implicación de las personas menores de edad en los propios procesos de sensibilización y prevención; f) Las que fomenten la conciliación familiar y laboral, así como la corresponsabilidad parental; g) Las enfocadas a fomentar tanto en las personas adultas como en las menores de edad el conocimiento de los principios y disposiciones de la Con-

vención sobre los Derechos del Niño; h) Las dirigidas a concienciar a la sociedad de todas las barreras que sitúan a los niños, niñas y adolescentes en situaciones de desventaja social y riesgo de sufrir violencia, así como las dirigidas a reducir o eliminar dichas barreras; i) Las destinadas a fomentar la seguridad en todos los ámbitos de la infancia y la adolescencia; j) Las dirigidas al fomento de relaciones igualitarias entre los niños y niñas, en las que se identifiquen las distintas formas de violencia contra niñas, adolescentes y mujeres; k) Las dirigidas a formar de manera continua y especializada a los profesionales que intervienen habitualmente con niños, niñas y adolescentes, en cuestiones relacionadas con la atención a la infancia y adolescencia, con particular atención a los colectivos en situación de especial vulnerabilidad; l) Las encaminadas a evitar que niñas, niños y adolescentes abandonen sus estudios para asumir compromisos laborales y familiares, no acordes con su edad, con especial atención al matrimonio infantil, que afecta a las niñas en razón de sexo; y, m) Cualquier otra que se recoja en relación a los distintos ámbitos de actuación regulados en esta ley[42].

En todo caso, estas actuaciones tendrán una consideración prioritaria y se destinarán medidas presupuestarias para llevarlas a cabo en los Presupuestos Generales del Estado.

Ahora bien, en esta política preventiva de actuación, procede destacar las que deben llevar a cabo las Administraciones Públicas en el ámbito familiar. Para ello, tras un análisis de la situación de la familia, que permita identificar sus necesidades y fijar los objetivos y medidas a aplicar, se procederá a proporcionar un entorno seguro, fortalecer los factores de protección, apoyando a los menores desde su primera infancia con el objeto de prevenir factores de riesgo y, para fomentar el desarrollo adecuado de un rol parental o tutelar; asimismo, se llevará a cabo una labor educativa en este sentido de los progenitores o de quienes ejercen funciones de tutela, guarda o acogimiento.

Por otra parte, dentro de los planes y programas de prevención de la violencia en el ámbito familiar, con carácter general se habrá de adoptar medidas dirigidas a: a) Promover el buen trato, la corresponsabilidad y el ejercicio de la parentalidad positiva. Se entiende por parentalidad positiva el comportamiento de los progenitores, o de quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, fundamentado en el interés superior del niño, niña o adolescente y orientado a que la persona menor de edad crezca en un entorno afectivo y sin violencia que incluya el derecho a expresar su opinión, a participar y ser tomado en cuenta en todos los asuntos que le afecten, la educación en derechos y obligaciones, favorezca el desarrollo de sus capacidades, ofrezca reconocimiento y orientación, y permita su pleno desarrollo en todos los órdenes. En esta línea, la Recomendación 2006/19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa "el ejercicio de la parentalidad positiva se refiere al comportamiento de los padres fundamentado en el interés superior del niño, que cuidad, desarrolla sus capacidades, no es violento y ofrece reconocimiento y orientación que incluyen el establecimiento de límites que permiten el desarrollo del niño" (p. 3).

No obstante, estas actuaciones para promover la parentalidad positiva no deben ser utilizadas con otra finalidad en los casos de conflicto entre progenitores, separaciones o divorcios, ni para la imposición de la custodia compartida no acordada; ni deben ser utilizadas como argumento para justificar el síndrome de alie-

nación parental (SAP). Si no que deben ir orientadas a procurar el bienestar de los hijos menores de edad. En todo caso, el SAP, como hemos señalado, no tiene valor científico en cuanto no es reconocido en las clasificaciones mundiales de trastornos y enfermedades mentales, ni es una teoría probada[43]; b) Promover la educación y el desarrollo de estrategias básicas y fundamentales para la adquisición de valores y competencias emocionales, tanto en los progenitores, o en quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, como en los niños y niñas de acuerdo con el grado de madurez de los mismos. En particular, fomentar la corresponsabilidad y el rechazo de la violencia contra las mujeres y niñas, la educación con enfoque inclusivo y el desarrollo de estrategias durante la primera infancia destinadas a la adquisición de habilidades para una crianza que permita el establecimiento de un lazo afectivo fuerte, recíproco y seguro con sus progenitores, o con quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento; c) Promover la atención a las mujeres durante el periodo de gestación y facilitar el buen trato prenatal. Esta atención deberá incidir en la identificación de aquellas circunstancias que puedan influir negativamente en la gestación y en el bienestar de la mujer, así como en el desarrollo de estrategias para la detección precoz de situaciones de riesgo durante el embarazo y de preparación y apoyo; d) Proporcionar un entorno obstétrico y perinatal seguro para la madre y el recién nacido e incorporar los protocolos, con evidencia científica demostrada, para la detección de enfermedades o alteraciones genéticas, destinados al diagnóstico precoz y, en su caso, al tratamiento y atención sanitaria temprana del o la recién nacida; e) Desarrollar programas de formación a adultos y a niños, niñas y adolescentes en habilidades para la negociación y resolución de conflictos intrafamiliares; f) Adoptar programas dirigidos a la promoción de formas positivas de aprendizaje, así como a erradicar el castigo con violencia física o psicológica en el ámbito familiar; g) Crear los servicios necesarios de información y apoyo profesional a los niños, niñas y adolescentes a fin de que tengan la capacidad necesaria para detectar precozmente y rechazar cualquier forma de violencia, con especial atención a los problemas de las niñas y adolescentes que por género y edad sean víctimas de cualquier tipo de discriminación directa o indirecta; h) Proporcionar la orientación, formación y apoyos que precisen las familias de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad, a fin de permitir una atención adecuada de estos en su entorno familiar, al tiempo que se fomenta su grado de autonomía, su participación activa en la familia y su inclusión social en la comunidad; e, i) Desarrollar programas de formación y sensibilización a adultos y a niños, niñas y adolescentes, encaminados a evitar la promoción intrafamiliar del matrimonio infantil, el abandono de los estudios y la asunción de compromisos laborales y familiares no acordes con la edad (artículo 26.2 de la LOPIVI).

Ahora bien, frente a estas actuaciones generales, las Administraciones Públicas podrá adoptar otras más específicas, individualizadas en función de las necesidades de apoyo de cada unidad familiar; y, en particular las destinadas a prevenir la pobreza y las causas de exclusión social, así como la conciliación de la vida familiar y laboral.

En todo caso, con el objeto de reforzar el conocimiento de estas actuaciones, las Administraciones Públicas elaborarán y/o difundirán materiales formativos, en formato y lenguaje accesibles. Tendrán como contenido la formación en materia de derechos y deberes de los niños, niñas y adolescentes, e incluirán conteni-

dos específicos referidos a combatir roles y estereotipos de género que, sitúen a las niñas en un plano de desigualdad, contenidos relativas a la diversidad sexual y de género; precisamente, como medida de prevención de conductas discriminatorias y violentas hacia los niños, niñas y adolescentes.

En este contexto, aunque en los casos de ruptura familiar consecuencia de un proceso de nulidad, separación o divorcio; no obstante, las Administraciones Públicas deben atender al interés superior de los niños, niñas y adolescentes en aras a su protección, por lo que habrán de procurar que la ruptura de los progenitores no tenga consecuencias negativas para el bienestar y desarrollo pleno de aquellos. En su ámbito de actuación protectora de los sujetos más débiles como son los menores de edad y adolescentes en estos supuestos de ruptura familiar conflictiva, podrán adoptar las siguientes medidas: a) Impulso de los servicios de apoyo a las familias, los puntos de encuentro familiar y otros recursos o servicios especializados de titularidad pública que permitan una adecuada atención y protección a la infancia y adolescencia frente a la violencia; y, b) Impulso de los gabinetes psicosociales de los juzgados así como de servicios de mediación y conciliación, con pleno respeto a la autonomía de los progenitores y de los niños, niñas y adolescentes implicados. Son servicios y medidas de distinta naturaleza que, ayudan a las familias a reducir la situación de conflicto existente.

Respecto de los Puntos de Encuentro Familiar (PEF) DE LA TORRE LASO[44] manifiesta, al respecto, que con este servicio "garantiza el derecho de los menores a llevar a cabo las relaciones con el progenitor no custodio y/o la familia biológica, de forma excepcional y temporal y solo hasta el momento en que las circunstancias que dieron lugar a que se acordarse la utilización de este servicio se normalice". El PEF representan un lugar neutral, donde se produce el encuentro de los miembros de las familias en las que el ejercicio de un derecho de vivitas que está interrumpido o es conflictivo, atendido por profesionales y en el que se garantiza la seguridad y el bienestar. Es, por ello, que sirven de ayuda para el cumplimiento del régimen de visitas de los hijos menores de padres separados, cuando existen desacuerdos entre estos últimos. Son un recurso para la atención de la infancia que han surgido como consecuencia de la necesidad emergente relacionada con las resolución de conflictos derivados de las rupturas familias, concretamente en lo relativo a la salvaguarda del interés superior del menor implicado en esas rupturas[45]. En este contexto, la utilización del Punto de Encuentro Familiar se determina: como lugar de entrada y recogida de menores para evitar así la relación entre los progenitores en conflicto; como lugar de recogida y entrega con permanencia en el punto de Encuentro, esto es, el progenitor no custodio disfruta de la visita de su hijo en el mismo (visitas no tuteladas); y, cuando las visitas entre el progenitor no custodio y el menor son tuteladas o supervisadas por terceras personas (visitas tuteladas)". En fin, por un lado, son calificados por la jurisprudencia como un recurso idóneo para detectar desde una posición "objetiva e imparcial" la adecuación de la actitud de los padres respecto de los hijos[46]; y, por otro, proporcionan un espacio idóneo para que se haga efectivo el normal desarrollo con el/la padre/madre o los familiares con lo que no conviven habitualmente.

En cuanto a la mediación familiar —servicios de mediación— permiten la resolución extrajudicial de los conflictos intrafamiliares y resulta positivo su operatividad en estas situaciones —máxime para tomar decisiones en torno a la guarda

y custodia o el régimen de visitas—. Si bien, se excluye en los casos de violencia de género (artículo 44 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre). En todo caso, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles entiende por mediación "aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador" (artículo 1). El procedimiento de mediación podrá iniciarse: a) De común acuerdo entre las partes; b) Por una de las partes, en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación existente entre aquéllas (artículo 16.1). Si bien, los tribunales podrán instar a las partes a que acudir a una sesión informativa, si consideran que la mediación puede ser una alternativa al procedimiento judicial. Y, en fin, resulta de aplicación esta Ley a las mediaciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable (artículo 2.1).

Ciertamente, con esta Ley Orgánica 8/2021 se pretende reforzar la asistencia, asesoramiento y atención a las familias con el objeto de prevenir situaciones de riesgo. Para ello habrá que analizar la situación de las familias con el objeto definir las medidas a aplicar y los apoyos en el ejercicio de sus responsabilidades parentales.

Por ello se habrá de comenzar en los términos apuntados por medidas de finalidad preventiva y de promoción del desarrollo de la familiar, cuando tales medidas ya no sean posibles, se opera sobre aquellas reparadoras o terapéuticas. De todas formas, se ha de partir de una premisa clara todas las medidas en el ámbito familiar deben ir orientadas a reforzar la autonomía y capacidad de las familias, esto es, operando desde una actuación positiva en que, se prevenga o se evite factores de riesgos, cuando resulte necesario.

Ahora bien, se ha de operar siempre de forma individualizada, atendiendo a las necesidades de cada familia, y por supuesto, dedicando una especial atención a la protección del interés superior de la persona menor de edad en los casos de ruptura familiar y de violencia de género en el ámbito familiar.

No obstante, nos parece oportuna terminar este apartado, destacando la importancia del ejercicio positivo de la responsabilidad parental (parentalidad digital), como un concepto integrador en el que se puede conjugar el ámbito privado de la familia con los apoyos desde el ámbito de las políticas públicas orientadas a las familias y como destacan BALSELLS BAILÓN, VAQUERO TIÓ y FERNÁNDEZ RODRIGO en un estudio coordinado que representa "un control autorizado y basado en el afecto, el apoyo, la comunicación, el acompañamiento y la implicación en la vida cotidiana de los hijos e hijas". A lo que añaden "es la forma de lograr una autoridad legitimada ante ellos, basada en el respeto, en la tolerancia, la comprensión mutua t en la búsqueda de acuerdo que contribuyan al desarrollo de sus capacidades"[47]. Ciertamente, el artículo 154 del Código Civil la patria potestad se atribuye a los padres por el hecho de la filiación y deberá ejercerse siempre en beneficio de los hijos —en aras de su interés superior—. En situación de normal convivencia, la titularidad y el ejercicio de la patria potestad corresponden a ambos progenitores por el principio de corresponsabilidad parental. No obstante, es posible que ante el incumplimiento de los deberes paterno-filiales por uno de los progenitores o de violencia intrafamiliar por uno de ellos, como medidas de protección se adopte por

el juez civil —proceso *ad hoc* o proceso matrimonial— o penal la privación total o parcial de la patria potestad (artículo 170 del Código Civil). Asimismo, en el uso responsable y seguro de internet resultan esenciales las campañas institucionales de prevención e información deben incluir entre sus objetivos la prevención sobre contenidos digitales sexuales y/o violentos que pueden influir y ser perjudiciales para la infancia y adolescencia (artículo 45.4 de la LOPIVI).

En esta línea, la Ley 4/2023, de 22 de marzo, de Derechos, Garantías y Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid define la prevención como "el conjunto de actuaciones dirigidas a promover y fortalecer los factores de protección para evitar o reducir las causas que impiden el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de la infancia y la adolescencia, y los factores que dificultan su adecuado desarrollo físico, cognitivo, emocional y social o que contribuyen al deterioro de su entorno sociofamiliar" (artículo 70). En todo caso, *las actuaciones de prevención* ante las posibles situaciones de riesgo y desprotección, tendrán siempre carácter prioritario y deberán contar con los recursos necesarios para garantizar la preservación familiar, si responde al interés superior del niño. Para las actuaciones de prevención La Comunidad de Madrid y las entidades locales, directamente o en colaboración con las entidades del tercer sector de acción social, priorizarán la prevención en sus políticas y planes de actuación en relación con la infancia y adolescencia, especialmente en los ámbitos familiar, sanitario, educativo y de deporte, ocio y tiempo libre, entre otros, a través de las siguientes medidas: a) *En el ámbito familiar*: 1. La promoción de la capacitación y el acompañamiento en el ejercicio de la responsabilidad parental para que las familias sean entornos seguros, para ejercer el cuidado y desarrollo de las capacidades del niño sin violencia, que ofrece al hijo reconocimiento y orientación, incluyendo el establecimiento de límites que permitan su pleno desarrollo, todo ello basado en el interés superior del niño y fortaleciendo su labor educativa y protectora. 2. El apoyo específico a familias en riesgo o situación de pobreza y exclusión social con niños a su cargo, mediante intervenciones técnicas de carácter social o terapéutico y prestaciones destinadas a compensar sus carencias y necesidades, que estarán, en su caso, vinculadas al proyecto de intervención familiar. 3. El apoyo específico a las familias con hijos con discapacidad o con otro tipo de necesidades especiales mediante programas de apoyo y respiro. b) *En el ámbito educativo:* 1. La consideración del acceso y la permanencia en el sistema educativo como elementos esenciales de prevención. 2. La apuesta por una educación inclusiva mediante el desarrollo de programas de integración social y escolar de los niños con necesidades educativas especiales, dificultades socioeconómicas o con cualquier otra característica que pueda entorpecer su integración y la adopción de medidas compensatorias concretas dirigidas a los niños en riesgo o situación de exclusión social. 3. El apoyo extraescolar para favorecer el éxito educativo del alumnado, especialmente del social y económicamente más vulnerable. 4. El desarrollo de recursos educativos especializados en la atención a niños con necesidades educativas especiales, necesidades sociosanitarias y discapacidad. 5. El fomento de la formación pre laboral y el apoyo a la inserción socio laboral de los adolescentes. 6. El apoyo a los padres en la educación y crianza de sus hijos mediante las escuelas de padres y madres u otros recursos de formación y acompañamiento desde el ámbito escolar. c*) En el ámbito sanitario y socio sanitario*: 1. Las actuaciones de prevención

general: La educación para la salud y las actuaciones para la prevención de las enfermedades infantiles. 2. Las actuaciones para la prevención de situaciones de discapacidad en la infancia y la adolescencia, a través del desarrollo de programas que garanticen su carácter universal, integral y reparador. 3. La prevención de los accidentes, especialmente en el ámbito del hogar. 4. La prevención del sobrepeso y la obesidad infantil, promoviendo hábitos de vida saludables. 5. La educación sanitaria a las familias en materia de salud y desarrollo infantil, prevención de la enfermedad, promoción de la salud y el bienestar perinatal. 6. La prevención y tratamiento de los problemas asociados a la salud mental, trastornos de conducta, trastornos de la conducta alimentaria y adicciones, previendo la dotación de recursos suficientes y especializados para la atención a la salud mental infantil. 7. El desarrollo de programas de formación para la detección precoz y la asistencia de los niños que sufran cualquier tipo de violencia. 8. El apoyo específico a las adolescentes que estén embarazadas o en proceso de lactancia, que les permita el acceso a los recursos necesarios para poder continuar su formación educativa, orientación o inserción profesional. 9. La promoción del buen trato prenatal de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 de la Ley 8/2021, de 4 de junio, especialmente en situaciones de exclusión y vulnerabilidad social, y la prevención del posible riesgo prenatal. 10. La creación, consolidación y generalización de entornos sanitarios amigables con la infancia y la adolescencia, especialmente en el ámbito hospitalario; d) *En el ámbito del deporte y del ocio y tiempo libre*: 1. El desarrollo de actuaciones favorecedoras de la integración social de los niños en situación de inadaptación y vulnerabilidad social, y de prevención de las conductas antisociales. 2. El fomento de los valores y habilidades cooperativos, de solidaridad, no violencia y resolución de conflictos. 3. La orientación para el uso adecuado del ocio, el tiempo libre y la garantía del cumplimiento de las condiciones de aforo y seguridad, higiénicas y de salud pública, ratios y formación de los profesionales que atienden a la infancia y adolescencia, que se establezcan por las autoridades competentes para las instalaciones y servicios de ocio educativo. 4. La vigilancia y control para garantizar la protección del menor frente a informaciones y entornos propios de adultos que puedan propiciar conductas perjudiciales tanto a nivel físico como de formación de su personalidad o su estabilidad emocional.

Precisamente en el ámbito educativo, el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid ha aprobado publicar el día 4 de diciembre de 2024 en el Portal de Transparencia la consulta pública del proyecto de Decreto que limitará el tiempo de utilización de ordenadores, tabletas o similares, de manera individual o colectiva, en función de la edad y las características evolutivas de los alumnos. Durante esta fase de consulta pública, entidades y particulares pueden plantear sus opiniones y propuestas sobre la oportunidad y alcance de este Decreto, que se sumará a la prohibición del uso del teléfono móvil durante toda la jornada escolar vigente en la Comunidad de Madrid desde hace cuatro años, tras implantarse en el curso 2020/21.

En todo caso, el objetivo de esta nueva normativa es regular un marco común para que los centros establezcan medidas que respeten los derechos y garantías digitales de los alumnos de colegios e institutos, dentro de la autonomía que tienen reconocida.

Con ello se pretende reducir los riesgos derivados del uso temprano, intensivo o inadecuado de las tecnologías de la información y la comunicación y garantizar los derechos digitales de los estudiantes en todas las etapas escolares.

El Decreto, asimismo, pretende establecer restricciones en el número de horas de utilización de dispositivos en función de las enseñanzas impartidas y la edad y características evolutivas de los alumnos. Se quiere desde la Comunidad de Madrid responder a la creciente preocupación social por los efectos del uso continuado de dispositivos electrónicos individuales por parte de niños cada vez más pequeños. Una circunstancia avalada por distintas sociedades médicas y agencias de protección de datos, que han alertado recientemente de los peligros asociados a su utilización indiscriminada.

Al respecto, conviene precisar que, la regulación y limitaciones establecidas por este próximo Decreto se basarán en criterios pedagógicos para reducir el tiempo de uso y garantizará el respeto a la salud, la edad y características de los alumnos, la seguridad, la utilización responsable y la igualdad en el acceso a la educación, así como la adquisición de contenidos relacionados con la competencia digital.

### *C. Detención precoz de la violencia*

Como recordamos unos de los fines de la Ley es impulsar la detección precoz de la violencia sobre la infancia y la adolescencia mediante la formación interdisciplinar, inicial y continua de los y las profesionales que tienen contacto habitual con los niños, niñas y adolescentes (artículo 3 c)).

Es por ello que, las administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, desarrollarán anualmente programas de formación inicial y continua destinada a los profesionales cuya actividad requiera estar en contacto habitual con niñas, niños y adolescentes con el objetivo de detectar precozmente la violencia ejercida contra los mismos y que esta violencia pueda ser comunicada de acuerdo con lo previsto en los artículos 15 y 16 de la LOPIVI —referido al deber de comunicación de la ciudadanía o un deber cualificado de los podres públicos que analizaremos—.

De forma que, si se ha detectado alguna situación de violencia sobre una persona menor de edad, deberá ser inmediatamente comunicada por el o la profesional que la haya detectado a los progenitores, o a quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, salvo que existan indicios de que la mencionada violencia haya sido ejercida por estos (artículo 25 de la LOPIVI), adoptándose a tal fin las medidas de protección necesarias que, pueden derivar en medidas de atención inmediata, en una guarda provisional, o en acogimiento ante una situación de desamparo, como analizaremos.

Ciertamente, con la detección precoz se pretende operar en la adopción de medidas que, garanticen la comunicación de las situaciones de violencia que hayan sido detectadas y, además se evita que la situación se agrave.

Ahora bien, partiendo de la base que, las actuaciones de las Administraciones Públicas deberán producirse de una forma integral, en situaciones de violencia de género en el ámbito familiar, se deberá, por una parte, garantizar el apoyo necesario y una atención especializada y de recuperación para las niñas, niños y ado-

lescentes víctimas de tal violencia; y, por otra, lograr una recuperación conjunta, si es posible, de la persona menor de edad o adolescente y de su madre, si ambas son víctimas de violencia de género.

En todo caso, corresponde a los servicios sociales y de protección de la infancia y adolescencia: a) La detección y la respuesta específica a las situaciones de violencia de género; y, b) La derivación y la coordinación con los servicios de atención especializada a menores de edad víctimas de violencia de género.

Si bien, en esta detección precoz de una situación de violencia corresponde también a las Administraciones Públicas capacitar a las personas menores de edad en lo que, constituyen o representan situaciones de violencia, dotándoles para ello de las herramientas adecuadas que les permiten detectar desde su posición que, se está ante una situación de violencia y denunciar —ofreciendo, asimismo, los canales de comunicación adecuados—. Por lo que la detección precoz de la violencia opera necesariamente sobre dos pilares de actuación para lograr su objetivo: 1. La formación de profesionales cuya actividad requiera estar en contacto habitual con niños, niñas y adolescentes mediante programas anuales de formación inicial y continua, desarrollados por las Administraciones Públicas; 2. La capacitación de los niños, niñas y adolescentes para detectar las situaciones de violencia y poder responder frente a ellas adecuadamente[48].

### *D. Atención inmediata*

En cuanto a las actuaciones de atención inmediata simplemente señalar que, las autoridades y servicios públicos tendrán la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor: de actuar si corresponde a su ámbito de competencias, o de dar traslado al órgano competente; de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor; o, cuando resulte necesario, de la Entidad Pública y del Ministerio Fiscal (artículo 14.1 de la LOPJM). Se responde ante una situación de urgencia y de escaso espacio temporal. Al respecto GARCÍAS DE ESPAÑA entiende por atención inmediata "una intervención con carácter de urgencia, tendente a eliminar la situación de riesgo/peligro que pueda afectar al menor, prestándose las necesidades que precise, tanto biológicas, como afectivas, o cualesquiera otras derivadas de la situación específica"[49].

De forma que, ante tal situación la Entidad Pública podrá asumir, en cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, y ante la urgencia de la situación, la guarda provisional de un menor, prevista en el artículo 172.4 del Código Civil, que será comunicada al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la existencia situación real de desamparo. Solo se opta por la guarda provisional y no por la tutela por parte de la Entidad Pública.

Tales diligencias se realizarán en el plazo más breve posible —por su urgencia—, durante el cual puede procederse, si así se ha constatado, a la declaración de la situación de desamparo y consecuente asunción de la tutela o a la promoción de la medida de protección procedente. Si existieran personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, pudieran asumir la tutela en interés de

éste, se promoverá el nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias del Código Civil (artículo 172.4 del Código Civil). No se indica cuál es ese breve plazo, pero se entiende que será el necesario para constatar si existen personas que, puedan asumir la tutela o en su caso, para la declaración de desamparo.

Se establece, asimismo, la posibilidad de asumir la guarda provisional sin declaración previa de desamparo ni solicitud expresa de los progenitores, mientras tiene lugar las diligencias precisas para la identificación del menor, la investigación de sus circunstancias y la constatación de la situación real de desamparo —de ahí su carácter provisional y transitorio de la medida—[50]. Esta guarda provisional cesará por las mismas causas que, la tutela. De todas formas, de trascurrir el plazo señalado sin haberse formalizado la tutela o adoptado otra resolución, el Ministerio Fiscal promoverá las acciones procedentes para asegurar la adopción de la medida de protección más adecuada para el menor por parte de la Entidad Pública (artículo 14 de la LOPJM y artículo 172.4 del Código Civil).

## 2. Ámbitos de actuación

### *A. Actuaciones en caso de urgencia*

Como novedad en esta LO 8/2021, modificando la LOPJM, prevé que cuando la urgencia del caso lo requiera, la actuación de los servicios sociales será inmediata, sin perjuicio de la guarda provisional de un menor, prevista en el artículo 172.4 del Código Civil, que será comunicada al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo. Por su carácter de urgencia, dicha atención no está sujeta a requisitos procedimentales, ni de forma, y se entiende en todo caso sin perjuicio del deber de prestar a las personas menores de edad el auxilio inmediato que precisen (artículo 14 bis de la LOPJM).

### *B. Actuaciones en situación de riesgo*

Respecto a las actuaciones en situaciones de riesgo el artículo 17.1 de la LOPJM, objeto de reforma en esta norma, considera como tales "aquellas en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar"[51]. También, a tales efectos, se enumeran, de forma novedosa, como indicadores de riesgo: a) La falta de atención física o psíquica del niño, niña o adolescente por parte de los progenitores, o por las personas que ejerzan la tutela, guarda, o acogimiento, que comporte un

perjuicio leve para la salud física o emocional del niño, niña o adolescente cuando se estime, por la naturaleza o por la repetición de los episodios, la posibilidad de su persistencia o el agravamiento de sus efectos[52]; b) La negligencia en el cuidado de las personas menores de edad y la falta de seguimiento médico por parte de los progenitores, o por las personas que ejerzan la tutela, guarda o acogimiento; c) La existencia de un hermano o hermana declarado en situación de riesgo o desamparo, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente; d) La utilización, por parte de los progenitores, o de quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, del castigo habitual y desproporcionado y de pautas de corrección violentas que, sin constituir un episodio severo o un patrón crónico de violencia, perjudiquen su desarrollo; e) La evolución negativa de los programas de intervención seguidos con la familia y la obstrucción a su desarrollo o puesta en marcha; f) Las prácticas discriminatorias, por parte de los responsables parentales, contra los niños, niñas y adolescentes que conlleven un perjuicio para su bienestar y su salud mental y física, en particular: 1º Las actitudes discriminatorias que por razón de género, edad o discapacidad puedan aumentar las posibilidades de confinamiento en el hogar, la falta de acceso a la educación, las escasas oportunidades de ocio, la falta de acceso al arte y a la vida cultural, así como cualquier otra circunstancia que por razón de género, edad o discapacidad, les impidan disfrutar de sus derechos en igualdad. 2º La no aceptación de la orientación sexual, identidad de género o las características sexuales de la persona menor de edad; g) El riesgo de sufrir ablación, mutilación genital femenina o cualquier otra forma de violencia en el caso de niñas y adolescentes basadas en el género, las promesas o acuerdos de matrimonio forzado; h) La identificación de las madres como víctimas de trata; i) Las niñas y adolescentes víctimas de violencia de género en los términos establecidos en el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género; j) Los ingresos múltiples de personas menores de edad en distintos hospitales con síntomas recurrentes, inexplicables y/o que no se confirman diagnósticamente; k) El consumo habitual de drogas tóxicas o bebidas alcohólicas por las personas menores de edad; l) La exposición de la persona menor de edad a cualquier situación de violencia doméstica o de género; y, m) Cualquier otra circunstancia que implique violencia sobre las personas menores de edad que, en caso de persistir, pueda evolucionar y derivar en el desamparo del niño, niña o adolescente (artículo 17. 2 de la LOPJM). Tal enumeración de los indicadores de riesgo, proporciona seguridad jurídica en la aplicación de la norma por los profesionales de los servicios sociales y evita la discrecionalidad en la actuación administrativa[53]. Si bien, procede señalar que, se sigue manteniendo como hechos indicadores de riesgo la existencia de un hermano o hermana declarada en situación de riesgo o desamparo, no así la concurrencia de circunstancias o carencias materiales; ni tampoco, se entiende ahora que, son indicadores de riesgo la pobreza ni la discapacidad de un menor, de uno de los progenitores o de ambos. En todo caso, no se modifica la regulación del desamparo.

Las actuaciones en materia de riesgo se han de orientar a la detección, valoración, e intervención y a la activación de los propios recursos y servicios públicos. Precisamente, la intervención de la administración pública competente se habrá de orientar a disminuir los indicadores de riesgo que, incidan en la situación per-

sonal, familiar y social en que se encuentra el menor, y a promover medidas para su protección y preservación en el entorno familiar —mantenimiento en el núcleo familiar—, salvo cuando el interés del menor exija adoptar otra medida (artículo 17 de la LOPJM); y, asimismo, tales actuaciones deberán garantizar, en todo caso, los derechos del menor. Lo cierto es que, en la línea de prevenir y corregir o reparar la situación de desprotección de menores, la intervención administrativa debe estar orientada a paliar las carencias asistenciales que, puedan menoscabar el desarrollo integral del menor, apoyar con medidas adecuadas —técnicas o económicas— a las familias en riesgo con el objeto de cubrir las necesidades básicas de los menores, y a mejorar su entorno familiar. Por lo que tales actuaciones se tornan de capital importancia y viene a preservar el superior interés del menor, evitando en muchos casos que tal situación de desprotección se agrave, con la consiguiente adopción de medidas mucho más traumáticas y de mayor coste individual, familiar y social, como la separación del menor de su familia. No olvidemos que, uno de los principios rectores de la actuación administrativa es el mantenimiento en la familiar de origen que, se hace efectivo, precisamente, en las situaciones de riesgo. Igualmente, tal intervención ha de procurar la adopción de aquellas medidas que, supongan prestar la asistencia necesaria a los padres, tutores y guardadores en el ejercicio de sus obligaciones y responsabilidades relacionadas con el cuidado y crianza de los menores. En todo caso, la declaración de desamparo opera como actuación subsidiaria respecto de las que se lleven a cabo en situaciones de riesgo; de forma que, aquella solo se adopta cuando resultan insuficientes las medidas preventivas en la protección de los menores. Ciertamente, las situaciones de riesgo suponen una situación de perjuicio para el menor derivada de cualquier circunstancia personal, social o familiar en que se encuentre, que, no revisten la entidad suficiente —no son de especial gravedad— para la declaración de desamparo, y, además, no resulta necesario la separación del menor de su entorno familiar, pues, pueden ser subsanadas manteniéndolo en el mismo, al poder la Administración Pública actuar directamente en tal entorno familiar[54].

En este contexto, corresponde a la administración competente valorar la situación de riesgo iniciando el correspondiente expediente, que, conlleva, en un primer momento, la elaboración y puesta en marcha de un proyecto de intervención social y educativo familiar que deberá recoger los objetivos, actuaciones, recursos y previsión de plazos, promoviendo los factores de protección del menor y manteniendo a éste en su medio familiar. En la elaboración del mismo se procurará la participación de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores en la elaboración de tal proyecto en un intento de consensuarlo. En cualquier caso, será oída y tenida en cuenta la opinión de éstos, que deberá ser firmado por las partes, para lo que se les comunicará de manera comprensible y en formato accesible. También se comunicará y consultará con el menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años. La resolución que declara la situación de riesgo determinará las medidas de asistencia tendentes a eliminar los factores de riesgo en la institución familiar, poniendo a disposición de los menores y su familia los servicios existentes para tales fines y será notificada a los interesados en el expediente. Ahora bien, si la opinión del menor es contraria a toda intervención, corresponde motivar que, la actuación que se adopta es en su interés (artículo 2 de la LOPJM).

Por otra parte, la negativa a la suscripción del proyecto o la no colaboración posterior en el desarrollo y ejecución del mismo por parte de los progenitores, conlleva la declaración de la situación de riesgo mediante resolución administrativa motivada por la administración pública competente conforme a lo dispuesto en la legislación estatal y autonómica aplicable, previa audiencia a los progenitores, tutores, guardadores o acogedores y del menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años. La resolución administrativa incluirá las medidas tendentes a corregir la situación de riesgo del menor, incluidas las atinentes a los deberes de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores, además de contener el citado proyecto una intervención social y educativa. Frente a la resolución administrativa que, declare la situación de riesgo del menor, se podrá interponer recurso conforme al artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sobre tales bases, si la Administración Pública competente al apreciar e intervenir en la situación de riesgo, estima que, existe una situación de desprotección que puede requerir la separación del menor de su ámbito familiar o cuando, concluido el período previsto en el proyecto de intervención o Convenio, no se hayan conseguido cambios en el desempeño de los deberes de guarda, que garanticen que, el menor cuenta con la necesaria asistencia moral o material, lo pondrá en conocimiento de la Entidad Pública a fin de que valore la procedencia de declarar la situación de desamparo, comunicándolo al Ministerio Fiscal. Por su parte, si la Entidad Pública competente considera que, no procede declarar la situación de desamparo, pese a la propuesta en tal sentido formulada por la administración pública competente por apreciar la situación de riesgo, lo pondrá en conocimiento de la Administración Pública que haya intervenido en la situación de riesgo y del Ministerio Fiscal. Este último hará una supervisión de la situación del menor, pudiendo para ello recabar la colaboración de los centros escolares y los servicios sociales, sanitarios o cualesquiera otros.

Ahora bien, es posible que, la Administración Pública competente esté desarrollando una intervención ante una situación de riesgo de un menor y tenga noticia que éste va a ser trasladado al ámbito de otra entidad territorial; a tal fin, la Administración Pública de origen lo pondrá en conocimiento de la de destino al efecto de que, si procede, ésta continúe la intervención que, se venía realizando, con remisión de la información y documentación necesaria. Si la Administración Pública de origen desconociera el lugar de destino, podrá solicitar el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a fin de que procedan a su averiguación. Una vez conocida la localización del menor, se pondrá en conocimiento de la Entidad Pública competente en dicho territorio, que continuará la intervención.

Por otra parte, se otorga especial relevancia a la intervención en las situaciones de posible riesgo prenatal a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido[55]; por lo que al *nasciturus* se le incluye en tales situaciones, en la línea de las Recomendaciones de la Comisión Espacial para el Estudio de la Problemática de la Adopción nacional y otros temas afines[56] y a diferencia de la protección que, en algunas legislaciones autonómica se otorga al mismo[57].

Para ello, la Administración Pública competente, en colaboración con los servicios de salud correspondientes, adoptará todas aquellas medidas adecuadas de prevención, intervención y seguimiento, de las situaciones de posible riesgo

prenatal, a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido. Se entenderá por situación de riesgo prenatal la falta de cuidado físico de la mujer gestante o el consumo abusivo de sustancias con potencial adictivo, así como cualquier otra acción propia de la mujer o de terceros tolerada por ésta, que perjudique el normal desarrollo o pueda provocar enfermedades o anomalías físicas, mentales o sensoriales al recién nacido.

En todo caso, los servicios de salud y el personal sanitario deberán notificar esta situación a la administración pública competente, así como al Ministerio Fiscal.

Ahora bien, con la finalidad de proteger al recién nacido, tras su nacimiento se podrá mantener la intervención sobre el menor y su unidad familiar; y, de ser necesario, se podrá declarar la situación de riesgo o desamparo del menor para su adecuada protección (artículo 17.9 de la LOPJM).

Por otra parte, entre las situaciones de riesgo se prevé también aquella en que los progenitores, tutores o guardadores o acogedores se niegan a prestar su consentimiento respecto de los tratamientos médicos no consentidos por sus progenitores u otros responsables legales. Lo que ha supuesto la modificación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (Disposición Final de la Ley 26/2015). Para ello se modifican los apartados 3, 4 y 5 y se añaden los apartados 6 y 7 del artículo 9 de la Ley 41/2002. Así, en los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5 del artículo 9, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial directamente o a través del Ministerio Fiscal para que se adopte la resolución correspondiente, salvo que por razones de urgencia no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por la causa de justificación del cumplimiento de un deber y de estado de necesidad (apartado 6) —por lo que se protege a los profesionales sanitarios frente a una eventual exigencia de responsabilidad, y les posibilita un importante margen de actuación dentro de lo que representa el cumplimiento de la *lex artis*, lo que constituye una importante novedad—. Por su parte, precisa DÍEZ GARCÍA en los casos más graves, resultará proceden, en su caso, y de acuerdo con el interés del menor, la declaración de desamparo, siempre que "el alejamiento del menor se repute necesaria para salvaguardar su derecho a la vida o a su integridad física y se repute que ésta es una medida proporcionada respecto a la amenaza a este derecho originada por el incumplimiento de este deber de velar"[58].

Por su parte, en esta línea, La Ley 4/2023 de la Comunidad de Madrid en el caso que un niño se encuentre en situación de riesgo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 17 de la LOPJM, por concurrir alguno de los indicadores del mismo, la actuación administrativa se orientará a garantizar sus derechos, disminuir los indicadores de riesgo y adoptar las medidas para su protección y la preservación del entorno familiar, promoviendo que sus padres, tutores o guardadores desempeñen adecuadamente sus responsabilidades parentales, con los

siguientes objetivos: a) La mejora del medio familiar, con la colaboración de los padres, tutores, guardadores y del propio niño. b) La idoneidad de las condiciones sociales, económicas y culturales de los niños. c) La eliminación, neutralización o disminución de los factores de riesgo y dificultad social, mediante la capacitación de los responsables parentales para atender adecuadamente las necesidades del niño, proporcionándoles los medios, tanto técnicos como económicos, y la ayuda necesaria que permitan su permanencia en el hogar. d) La satisfacción adecuada de las necesidades principales del niño por los servicios y recursos esenciales, normalizadores, propiciando las acciones compensatorias adicionales necesarias, en su caso, para garantizar el efectivo ejercicio de sus derechos (artículo 72).

Antes de declaración de riesgo, se procederá a la valoración de la situación de riesgo que se llevará a cabo por el órgano municipal competente, que escuchará para ello al niño, y a sus padres, tutores y guardadores con informe preceptivo realizado por un equipo multidisciplinar. Cuando se considere necesario, recabará informes complementarios de cuantas personas o entidades tengan conocimiento de la situación del niño, en particular, los centros escolares, los servicios sanitarios o personas físicas, los cuales podrán también aportarlos a iniciativa propia.

La valoración de la situación de riesgo se realizará por el órgano municipal competente, que escuchará para ello al niño, y a sus padres, tutores y guardadores con informe preceptivo realizado por un equipo multidisciplinar. Cuando se considere necesario, recabará informes complementarios de cuantas personas o entidades tengan conocimiento de la situación del niño, en particular, los centros escolares, los servicios sanitarios o personas físicas, los cuales podrán también aportarlos a iniciativa propia. La situación de riesgo llevará aparejada la elaboración y puesta en práctica de un proyecto de intervención social y educativo familiar que recogerá los objetivos, actuaciones y recursos, incluida, en su caso, la mediación familiar, así como previsión de plazos para revertirla, fortaleciendo los factores de protección existentes y manteniendo al niño en su medio familiar. La duración máxima del proyecto de intervención social y educativo familiar será de doce meses, transcurridos los cuales, se actuará declarando la situación de riesgo. Si bien, en esta fase los padres, tutores o guardadores deberán firmar el proyecto de intervención social y educativo familiar y colaborar activamente, según su capacidad, en la ejecución de las medidas indicadas en tal proyecto. En todo caso, el proyecto de intervención social y educativo familiar será adoptado por el órgano municipal competente y de él se informará, para su seguimiento, a la Comisión de Apoyo Familiar correspondiente al municipio de residencia del niño. Ahora bien, siempre que la madurez del niño lo permita, independientemente de su edad, discapacidad o de cualquier otra condición personal o social, los niños serán informados de las decisiones que se adopten, se deberá contar con su participación en la elaboración del proyecto de intervención social y educativo familiar, así como durante su aplicación y en las revisiones que, en su caso, pudieran realizarse. De dicha participación deberá quedar constancia en el correspondiente expediente. Asimismo, en la elaboración consensuada del proyecto de intervención social y educativo familiar serán oídos y participarán los padres, tutores o guardadores, a los que se informará de su contenido, objetivos.

Ahora bien, ante el riesgo prenatal, los centros y los servicios sanitarios deben notificar a la entidad municipal competente las situaciones de riesgo prenatal

previstas en el artículo 17 de la LOPJM, cuando tengan conocimiento de ellas. Además, deberán cooperar con ella en las actuaciones de prevención, intervención y seguimiento, e informar, si es preciso, a la entidad pública de protección competente en materia de protección de la infancia y la adolescencia de la Comunidad de Madrid y al Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las intervenciones inmediatas que deban adoptarse si está en peligro la vida o la integridad física del *nasciturus*. Para ello, la Comunidad de Madrid ofrecerá recursos económicos, residenciales y sociales a aquellas mujeres embarazadas que lo precisen para prevenir el riesgo, apoyando a la futura madre en el cuidado y buen trato prenatal (artículo 73).

En este contexto, la situación de riesgo, será declarada a través de una resolución del órgano municipal competente, previa audiencia al niño y a sus padres, tutores o guardadores. Dicha declaración remitirá al proyecto de intervención socio educativo familiar que la familia deberá de seguir para poder eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que les afecta y evitar la situación de desamparo y exclusión social del menor. La resolución administrativa por la que se declare la situación de riesgo deberá estar motivada y basada en los informes psicológicos, sociales y otros que, en su caso, pudiesen ser solicitados, o hayan sido aportados por los centros escolares, los servicios sanitarios o sociales, las entidades colaboradoras o cualesquiera otras entidades del tercer sector de acción social o personas físicas que tengan conocimiento de la situación del niño. En dicha resolución se recogerán los objetivos y las medidas tendentes a corregir el riesgo, incluidas las relativas a los deberes de los padres, tutores o guardadores, así como los medios que las administraciones prevén poner a disposición de este proyecto. Se incluirá también la duración prevista para la intervención con la familia y el niño, que no podrá exceder de los doce meses.

Tal resolución será notificada a todos los interesados en el procedimiento en el plazo de diez días, haciendo constar los cauces de impugnación que procedan contra la misma y comunicándola, igualmente, al Ministerio Fiscal. En el caso de oposición, la interposición de un recurso no suspenderá las actuaciones que se estén llevando a cabo por las entidades locales en interés del niño y con el objetivo de garantizar su bienestar.

A tal fin, los servicios sociales emitirán informe motivado proponiendo que se valore la declaración de una situación de desamparo, en los casos en que: a) En el plazo establecido, no se consigan los objetivos recogidos en la resolución administrativa de riesgo, ni los cambios necesarios en el desempeño de los deberes de guarda que garanticen la adecuada atención del niño. b) Si los padres, tutores o guardadores se niegan a participar en la ejecución de las medidas acordadas y ello comporta un peligro para el desarrollo o bienestar personal del niño. c) Si en el transcurso de la intervención se da cualquier otra situación de desprotección grave.

Dicho informe se elevará a la autoridad municipal competente a fin de que esta de traslado del expediente a la entidad pública de protección para que tome las medidas oportunas; y la declaración de riesgo será notificada a la entidad pública de protección y al Ministerio Fiscal, en los términos establecidos en la legislación vigente.

En todo caso, cuando, durante el proceso de valoración o ejecución del proyecto de intervención social y educativo familiar, o tras la declaración adminis-

trativa de riesgo, advirtieran circunstancias sobrevenidas que hagan necesaria y urgente la separación inmediata del niño de su familia para salvaguardar su integridad o bienestar, Los servicios sociales elevarán la propuesta de declaración de desamparo directamente a la entidad pública de protección poniéndolo, además, en conocimiento del órgano competente de la entidad local y del Ministerio Fiscal. Si existen indicios de la comisión de un posible delito, se pondrá en conocimiento de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y del juzgado correspondiente.

En estos casos la entidad pública de protección deberá asumir la tutela de forma inmediata, así como la guarda del niño de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley.

### *C. Actuaciones en situación de desamparo*

Si el menor se encuentra en situación de desamparo, la Entidad Pública actuará en la forma prevista en el artículo 172 y siguientes del Código Civil, asumiendo la tutela de aquél por ministerio de la ley, adoptando las oportunas medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria. Se considerará situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material[59]. La situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la situación de desamparo[60]. Asimismo, en ningún caso se separará a un menor de sus progenitores en razón de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos.

Ahora bien, se constata como un indicador de desamparo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente.

Por otra parte, se entenderá que existe situación de desamparo cuando se dé alguna o algunas de las siguientes circunstancias con la suficiente gravedad que, valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor: a) El abandono del menor, bien porque falten las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda, o bien porque éstas no quieran o no puedan ejercerla; b) El transcurso del plazo de guarda voluntaria, bien cuando sus responsables legales se encuentren en condiciones de hacerse cargo de la guarda del menor y no quieran asumirla, o bien cuando, deseando asumirla, no estén en condiciones para hacerlo, salvo los casos excepcionales en los que la guarda voluntaria pueda ser prorrogada más allá del plazo de dos años; c) El riesgo para la vida, salud e integridad física del menor[61]. En particular cuando se produzcan malos tratos físicos graves, abusos sexuales o negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y de salud por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de aquellas[62]; también cuando el menor sea identificado como víctima de trata de seres humanos y haya un conflicto de intereses con los progenitores, tutores y guardadores; o cuando exista un consumo reiterado de sustancias con potencial adictivo o la ejecución de otro tipo de conductas adicti-

vas de manera reiterada por parte del menor con el conocimiento, consentimiento o la tolerancia de los progenitores, tutores o guardadores. Se entiende que existe tal consentimiento o tolerancia cuando no se hayan realizado los esfuerzos necesarios para paliar estas conductas, como la solicitud de asesoramiento o el no haber colaborado suficientemente con el tratamiento, una vez conocidas las mismas. También se entiende que existe desamparo cuando se produzcan perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal[63]; d) El riesgo para la salud mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad debido al maltrato psicológico continuado o a la falta de atención grave y crónica de sus necesidades afectivas o educativas por parte de progenitores, tutores o guardadores[64]. Cuando esta falta de atención esté condicionada por un trastorno mental grave, por un consumo habitual de sustancias con potencial adictivo o por otras conductas adictivas habituales, se valorará como un indicador de desamparo la ausencia de tratamiento por parte de progenitores, tutores o guardadores o la falta de colaboración suficiente durante el mismo[65]; e) El incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda como consecuencia del grave deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiares, cuando den lugar a circunstancias o comportamientos que perjudiquen el desarrollo del menor o su salud mental[66]; f) La inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, o cualquier otra explotación del menor de similar naturaleza o gravedad; g) La ausencia de escolarización o falta de asistencia reiterada y no justificada adecuadamente al centro educativo y la permisividad continuada o la inducción al absentismo escolar durante las etapas de escolarización obligatoria[67]; y, h) Cualquier otra situación gravemente perjudicial para el menor que traiga causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda, cuyas consecuencias no puedan ser evitadas mientras permanezca en su entorno de convivencia[68].

Decretada la situación de desamparo, asumirá automáticamente la Entidad Pública la tutela *ex lege* de los menores, sin intervención judicial; si bien, con carácter provisional, procurando siempre la reinserción del menor en la familiar de origen, en aras del mantenimiento de la unidad familiar y siempre atendiendo al interés del menor (artículo 172.1 del Código Civil)[69]. De todas formas, debe concurrir la adecuada proporcionalidad entre la situación de riesgo detectada por la Administración y la medida de protección acordada, consistente en la declaración de desamparo. Tal proporcionalidad debe someterse al control jurisdiccional[70]. En todo caso, se trata de una medida adoptada en interés del menor[71] y dirigida, de ser posible, a la reintegración de la potestad a los progenitores[72]. Si bien, se puede acompañar de un régimen de visitas de la menor con sus padres[73].

Ahora bien, hay que diferenciar la situación de desamparo prevista en el citado artículo 172 del Código Civil, de la guarda a solicitud de los progenitores o tutores (artículo 172 bis del citado cuerpo legal) y de las medidas de la intervención en ambos supuestos (artículo 172 ter del dicho cuerpo legal) mediante el acogimiento residencial y familiar y la adopción.

Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 172 del Código Civil el artículo 85 de la Ley 4/2023, asimismo, considera situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores,

cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. A tal fin, se entiende que existe situación de desamparo cuando se den alguno o algunos de los indicadores previstos en el artículo 18 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero. En cuanto a los niños que se encuentren en situación de guarda de hecho no serán considerados en desamparo, si se constata que se les presta la adecuada atención y no concurren circunstancias que requieran la adopción de una medida de protección[74]. Excepcionalmente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 237 del Código Civil, la entidad pública de protección podrá constituir un acogimiento familiar, con el consentimiento de los padres o previa declaración de desamparo, designando como acogedores a los guardadores de hecho, si considera que la medida aporta estabilidad y beneficia al interés superior del niño. Si bien, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 172 del Código Civil, la Comunidad de Madrid, a través de la entidad pública de protección, asumirá por ministerio de la Ley la tutela de los niños que se encuentren en situación de desamparo. En cuanto al procedimiento para la declaración de desamparo, la entidad pública de protección se iniciará el oportuno expediente administrativo para su declaración. Dicho procedimiento para la declaración de desamparo, la adopción de las medidas de protección y la determinación de las condiciones de ejercicio de las mismas se regularán reglamentariamente. En todo caso, se ajustará a las siguientes reglas: a) Para la adecuada instrucción del expediente, se solicitarán los informes a los servicios sociales de los municipios en que hubieran residido el niño y su familia o quienes vinieran ejerciendo potestad o cuidado sobre él. b) Además, se recabarán cuantos informes técnicos de carácter multidisciplinar, psicológicos, sociales, sanitarios, pedagógicos, o cualesquiera otros que sean necesarios para el completo conocimiento de las circunstancias del niño y de las posibilidades de atención en su propia familia. c) Durante la instrucción del expediente, deberán ser oídos el niño y quienes ejerzan potestad o guarda sobre el mismo, siempre que ello fuere posible. Podrán ser también oídas cuantas personas puedan aportar información sobre la situación del niño y su familia o personas que lo atendieran. d) Tanto quienes ejerzan potestad o guarda sobre el niño como él mismo si tiene doce años cumplidos, podrán proponer la audiencia de personas o la emisión de informes que aporten mayor información sobre los hechos examinados. e) La decisión será tomada por la Comisión de Protección a la Infancia y la Adolescencia, que contará para ello con un plazo máximo de tres meses desde el inicio del expediente. f) En los casos en que existan graves riesgos para el niño, que exijan una intervención urgente, se procederá a constituir de inmediato la tutela y a proporcionarle asistencia; y, g) La resolución adoptada será notificada de forma inmediata, y en todo caso en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas, a quienes hubieran venido ejerciendo potestad o guarda sobre el menor, comunicándoles la posibilidad de oposición en los términos previstos en la legislación procesal civil.

Asimismo, deberá comunicarse al Ministerio Fiscal de forma inmediata y al Registro Civil, conforme a lo previsto en la legislación estatal vigente. Será registrada en el Registro de Medidas de Protección e incluida en el Sistema Unificado de Información.

No obstante, como así lo dispone la normativa estatal, declarada la situación de desamparo la tutela se realizará a través del acogimiento familiar, de acuerdo con lo dispuesto en el capítulo siguiente. Solo en los casos en los que este

no sea posible o resulte contrario al interés superior del niño, individualmente considerado, se propondrá el acogimiento residencial. La falta de posibilidad o conveniencia deberán ser adecuadamente justificadas de acuerdo a la evaluación y determinación del interés superior del niño en el caso concreto.

De todas formas, cuando la Comunidad de Madrid asuma la tutela o la guarda de un niño elaborará, de forma coordinada con las administraciones locales competentes en servicios sociales, un plan individual de protección en un plazo no superior a un mes y se asignara al menor un profesional de referencia al que acudirá siempre que lo considere. Este profesional de referencia le siempre acompañará en los procesos de toma de decisiones, audiencias, procedimientos, y a lo largo de la ejecución de las distintas medidas que puedan adoptarse, durante todo el tiempo que permanezca en relación con el sistema.

En cuanto al plan personal se recogerán los objetivos de la intervención, los medios disponibles para lograrlos, las medidas a llevar a cabo, incluidas aquellas que se vayan a poner en marcha con su familia de origen, y las que puedan ayudar al niño a conocer y asumir progresivamente su realidad socio familiar. Incluirá, también, una evaluación de la previsión de retorno, así como la identidad del profesional de referencia a la que se refiere el apartado 5 del artículo 88.

El objetivo del plan individual de protección será prioritariamente el retorno del niño con su familia de origen, siempre que este sea posible. En cualquier caso, se entenderá que el retorno no es posible cuando requiera de una intervención tan prolongada o incierta en el tiempo que pueda causar al niño daños psicológicos, sociales o de desarrollo evolutivo.

En los casos en los que la valoración de la posibilidad de retorno en estas condiciones sea negativa, el objetivo del plan individual de protección será su integración en una familia a través de una medida de protección estable, de acuerdo con su edad, sus características y necesidades.

Cuando el objetivo del plan individual sea el retorno, se favorecerán especialmente los contactos y relaciones con la familia de origen a fin de posibilitar el mantenimiento del vínculo y la adecuada asunción de los roles parentales. Se elaborará, asimismo, junto con las administraciones locales de su domicilio, un programa de reunificación, que se recogerá en el plan individual de protección, y que incluirá, tanto para el niño como para su familia, seguimiento, apoyo y formación hasta, al menos, dos años desde el cese de la medida de protección.

Es. por ello, que el plan individual de protección determinará el plazo dentro del cual debe producirse el retorno o adoptarse una medida de protección que implique la integración estable en una familia en función de la edad y circunstancias del niño protegido. En los casos en los que se argumente suficientemente que la intervención puede prolongarse más allá de este plazo sin que esto suponga un daño psicológico, social o en el desarrollo evolutivo del niño, será posible su prórroga motivada.

Lo cierto, es que este plan como la aplicación de las medidas de protección que implique, será revisado cuando sea necesario y al menos cada seis meses en los casos de niños mayores de tres años y cada tres meses en menores de esta edad y en niños sujetos a medidas de acogimiento residencial en centros para menores con problemas de conducta. En los casos en que para los menores de tres años se haya acordado como medida de protección el acogimiento familiar permanente

o la guarda con fines de adopción, la revisión del plan individual de protección podrá realizarse cada cuatro meses.

En fin, por un lado, las medidas que se prevean en el plan individual de protección tendrán en cuenta el derecho a mantener contacto y visitas con la familia de origen, tal y como aparece regulado en la presente Ley y en los artículos 160, 161, 172 ter, 176 bis y 178.4 del Código Civil, así como la continuidad en las relaciones socioafectivas del niño. En el desarrollo de estas visitas se valorará la conveniencia de que el niño sea acompañado por los acogedores, siempre que esto redunde en su interés superior y en la consecución de los objetivos previstos en el plan[75]; y, por otra, procurar el retorno con la familia de origen[76].

Ahora bien, no hay, en principio, situación de riesgo y desamparo cuando existe una guarda de hecho del menor. No obstante, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas. De todas formas cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores[77]. Igualmente, se podrá constituir un acogimiento temporal, siendo acogedores los guardadores.

En todo caso, puede proceder la declaración de situación de desamparo de los menores cuando, además de esta circunstancia, se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia contemplados en el artículo 172[78]. Si bien, en los demás casos, el guardador de hecho podrá promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento de tutor.

En este contexto, serán aplicables a la guarda de hecho del menor, con carácter supletorio, las normas de la guarda de hecho de las personas con discapacidad (artículos 237 y 238 del Código Civil).

Sobre tales bases, tal como dispone el artículo 172.5 del Código Civil: "la Entidad Pública cesará en la tutela que ostente sobre los menores declarados en situación de desamparo cuando constate, mediante los correspondientes informes, la desaparición de las causas que motivaron su asunción, por alguno de los supuestos previstos en los artículos 276 y 277.1, y cuando compruebe fehacientemente alguna de las siguientes circunstancias: a) Que el menor se ha trasladado voluntariamente a otro país; b) Que el menor se encuentra en el territorio de otra comunidad autónoma, en cuyo caso se procederá al traslado del expediente de protección y cuya Entidad Pública hubiere dictado resolución sobre declaración de situación de desamparo y asumido su tutela o medida de protección correspondiente, o entendiere que ya no es necesario adoptar medidas de protección a tenor de la situación del menor; c) Que hayan transcurrido doce meses desde que el menor abandonó voluntariamente el centro de protección, encontrándose en paradero desconocido".

NOTAS

[1] BOE, número 164, de 8 de julio de 2024, pp. 85412 a 85424.

[2] RTC 2023,12.

[3] JUR 2924,140089.

[4] LA LEY 252467/2024. El Tribunal Constitucional, con un voto particular discrepante y otro concurrente, ha estimado el recurso de amparo interpuesto por la madre de una menor contra tres autos recaídos en el proceso de ejecución de la sentencia de divorcio en la que se establecía un régimen de visitas progresivas de la hija común en favor del padre. Tales resoluciones judiciales se dictaron tras instar el progenitor la ejecución a raíz de la suspensión de las visitas por la negativa de la niña a entrar en el Punto de Encuentro Familiar (PEF), y fueron adoptadas mientras, de forma paralela, iban desarrollando actuaciones en el proceso penal seguido contra él por delitos de violencia de género. En ellas, los órganos judiciales exigieron de la madre una obligación positiva respecto de la realización de las visitas entre su hija y el padre, requiriéndole una actitud favorecedora y proactiva respecto de la relación entre ellos. Aceptaron que la madre delegase el acompañamiento de la niña al PEF en una tercera persona, como es la abuela materna, pero extendieron aquella obligación de favorecimiento que se mantenga la buena relación paternofilial a procurar que la abuela favoreciese, o convenciese, a la niña para estar con su padre.

La Sala considera que los autos impugnados han vulnerado el derecho de la demandante a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a una resolución motivada y fundada en Derecho. Argumento que no ofrecen la motivación reforzada exigida por el artículo 24.1 de la CE en un contexto de violencia de género, pues, no reflejan la existencia de indicios fundados que el divorcio contencioso y el posterior desarrollo del régimen de visitas entre el padre y su hija se produce en un contexto de violencia en que la madre de la niña es la víctima, desconociendo con ello las dinámicas de sometimiento inherentes a la violencia de género. Sostiene, además, el Tribunal Constitucional que requerir judicialmente a la progenitora custodia una actitud favorecedora de la realización del régimen de visitas y/o estancias establecido en un proceso de divorcio contencioso, o presumir en sede judicial que el interés superior del menor solo quedará preservado en un contexto en el que se favorezca las relaciones con el padre no custodio, contraviene el canon de motivación exigido por el artículo 24.1 de la CE que, es reforzado cuando quedan afectados derechos fundamentales o valores superiores de nuestro ordenamiento, como ocurre en el caso de la violencia de enero con el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación por razón del sexo.

Es por ello que, entiende el Tribunal que en el supuesto examinado, al exigirse judicialmente de la demandante de amparo una actitud proactiva en relación con el cumplimento del régimen de visitas y estancias en favor de su presunto agresor, desconociendo con ello las vulneraciones de derechos, empezando por la igualdad que, lleva aparejado todo incidente de violencia de género, se ha incurrido en una conculcación del deber de motivación reforzada que para estos casos impone el artículo 24.1 de la CE.

Como consecuencia de ello, declara vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente en su vertiente de obtener una resolución judicial motivada y fundada en derecho por no haber tenido en cuenta las resoluciones impugnadas en su argumentación que el conflicto respecto de las visitas de la hija común menor de edad se produjo en el contexto de violencia de género sobre la recurrente por su ex marido. Además, para restablecer el derecho vulnerado declarada la nulidad de las resoluciones impugnadas, si bien no acuerda la retroacción de actuaciones dado que, por el tiempo trascurrido desde su dictado, las circunstancias relevantes para resolver sobre el régimen de visitas han cambiado.

[5] BOE, número 45 de 20 de febrero de 2024.

[6] RTC 2023,5.

[7] BOE, número 72, de 22 de marzo de 2024.

[8] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de septiembre de 1996 (Roj STS 4858/1996; ECLI:ES:TS:1996:4858); de 12 de mayo de 2011 (Roj STS 2676/2011;

ECLI.ES:TS:2011:2676); de 31 de enero de 2013 (Roj STS 373/2013; ECLI: ES:TS:2013:373); de 6 de febrero de 2014 (Roj STS 247/2014; ECLI:ES:2014:247); de 9 de septiembre y 2 de diciembre de 2015 (Roj STS 3707/2015; ECLI:ES:TS:2015:3707; Roj STS 5220/2015; ECLI:ES:TS:2015:5220); de 18 de julio de 2019 (Roj. STS 2564/2019; ECLI:ES:TS:2019:2564); de 16 de enero; de 2 de junio; 26 de octubre; y, de 30 de noviembre de 2020 (Roj. STS 61/2020; ECLI:ES:TS:2020:61; Roj. STS 1687/2020; ECLI:ES:TS:2020:1687; Roj. STS 3562/2020; ECLI:ES:TS:2020:3562; Roj. STS 4482/2020; ECLI:ES:TS:2020:4482).

[9] Vid., PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). Comentario al artículo 172 del Código Civil". En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado*, vol. I, 2ª edición, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, p. 875; del mismo autor, (2017). "Consideraciones sobre la evolución del sistema de protección de menores". En: Mª. V. Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra) Thomson Reuters Aranzadi, p. 108; GARRIDO CHAMORRO, P. (2015). "Las instituciones civiles de protección de menroes y la adopción". En: V. M. Garrido De Palma (dir.), *Instituciones de Derecho Privado, T. IV, Familia, vol. 2º*, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, pp. 948-949 y 953; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2016). "El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor". En: V. Cabedo Mallol e Isaac Ravellat Ballesté (coords.), *Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia,* Valencia: tirant lo blanch, p. 100 señala, al respecto, que "en esta materia, el interés del menor se conecta, de una parte, a un deseable retorno a la familia biológica que decaerá si la protección de este interés lo desaconseja y, de otra, a su derecho a relacionarse con su familia de origen durante el tiempo de vigencia de la medida de protección, salvo que se considere contrario a su interés".

[10] ADROHER BIOSCA, D. (2017). "La reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia por Leyes 8/2015 y 26/2015: razones, proceso de elaboración y principales novedades". En: Mª.V. Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra) Thomson Reuters Aranzadi, p. 41; HUETE NOGUERAS, J.J. (2017). "Desafíos de la nueva Ley: nuevos derechos de los menores y el papel del Ministerio Fiscal". En: Mª. V. Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra) Thomson Reuters Aranzadi, pp. 89-90; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2016), "El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor", *op. cit.*, p. 491. Asimismo, como concepto jurídico indeterminado deber ser valorado "en cada caso concreto a los efectos de justificar que la medida adoptada es la más conveniente para el menor" vid., PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2017). "Consideraciones sobre la evolución del sistema de protección de menores", *op. cit*. p. 108; VERDERA IZQUIERDO, B. (2017). "El interés del menor versus interés familiar e interés particular de los protagonistas". En: Mª. V. Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra) Thomson Reuters Aranzadi, p. 521.

No obstante, para LLODRÁ GRIMALT, F. (2018). "Comentario al artículo 11 de la Ley 26/2015". En: Fco. Lledó Yagüe; Mª P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Llena, Mª J. Achón Bruñén (dirs.), O. Monje Balmesada (coord.), *Estudios sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, directores, Madrid: Dykinson, p. 223 prefiere emplear la expresión "en beneficio" por cuanto obliga a tomar en cuenta el beneficio directo, subjetivo, personal, singular y real del destinatario de una actuación administrativa.

[11] Esta vulnerabilidad bien puede tener lugar por la carencia de entorno familiar, por sufrir maltrato, por su discapacidad, por su orientación e identidad sexual, por su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, y por su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante (artículo 2.3 b) de la LOPJM). Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 3 de mayo de 2023 (JUR 2023,300246).

[12] Para GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2016). "El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor", *op. cit.*, 125 es necesario que "el intérprete valore y combine dos factores que influyen decisivamente en el desarrollo del menor y es conforme con su personalidad: en primer lugar, el factor tiempo que en todas las cuestiones relativas a la infancia y a la adolescencia es determinante; (…) Y en segundo lugar, el factor de estabilidad que permite la integración y desarrollo de los niños en sociedad y que obliga a analizar con especial cuidado cualquier cambio de situación material o emocional que afecte negativamente al niño".

[13] Lo que conlleva, asimismo, minimizar los riesgos que, cualquier cambio de situación material o emocional que pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro (artículo 2.3 d) de la LOPJM).

[14] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2ª, de 16 de noviembre de 2020 (JUR 2021,44371).

[15] RJ 2022,1024.

[16] RTC 2020,178.

[17] RTC 2020,141.

[18] RTC 1996,187.

[19] RTC 2018,77.

[20] RTC 2019,99.

[21] RTC 2002,22.

[22] RTC 2001, 28.

[23] RTC 2004,71.

[24] RTC 2024,2.

[25] RTC 2023,5.

[26] RTC 2000,141.

[27] RTC 2002,221.

[28] RTC 2004,71.

[29] RTC 2005,152.

[30] RTC 2006,17.

[31] RTC 2019,64.

[32] RTC 2011,12.

[33] RTC 2019,64.

[34] Este principio parte de la consideración de orientar las medidas de protección a la permanencia en el entorno familiar con medidas de apoyo, pero cuando ello no sea posible, se ha acudir como remedio subsidiario a la integración del menor en otra familia. Así el artículo 2.2 c) de la LOPJM establece que, se prioriza la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencia; asimismo, el artículo 21 bis.3 de la LOPJM con el fin de favorecer que la vida del menor se desarrolle en un entorno familiar, se reitera que, prevalece la medida de acogimiento familiar sobre la de acogimiento residencial para cualquier menor, especialmente para los menores de seis años. No se acordará el acogimiento residencial para menores de tres años, salvo en supuestos de imposibilidad debidamente acreditada, de adoptar en ese momento la medida de acogimiento familiar o cuando esta medida no convenga al interés superior del menor.

[35] BOE, número 231, de 27 de septiembre de 2021, pp. 117523 a 117528. Se compone de once artículos. Precisamente, en su artículo 11 de la Orden dispone que "La presente orden surtirá efectos el día siguiente al de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado"" —28 de septiembre de 2021—.

[36] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 29 de abril de 2019 (Roj. STS 1413/2019; ECLI:ES:TS:2019:1413); de 15 de septiembre de 2021 (Roj STS 3374/2021; ECLI:ES:TS:2021:3374); 12 de mayo de 2022 (Roj. STS 1957/2022; ECLI:ES:TS:2022:1957);

18 de mayo de 2022 (Roj. STS 2032/2022; ECLI:ES:TS:2022:2032); y, 26 de mayo de 2022 (Roj STS 2193/2022; ECLI:ES:TS:2022:2193).

[37] SÁNCHEZ MELGAR, J. (2021). "La prueba preconstituida en las declaraciones de los menores y discapacitados", *LA LEY Derecho de Familia, número 32*, p. 2

[38] En la Recomendación (UE) 2024/1238 de la Comisión del 23 de abril de 2024, sobre desarrollo y refuerzo de los sistemas integrados de protección a la infancia que redunden en el interés superior del niño recomienda a los Estados miembros que adopten todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas adecuadas para prevenir el acoso escolar y proteger a la infancia contra el acoso escolar, incluido el ciberacoso, mediante planes integrales contra el acoso escolar. Estas medidas, teniendo debidamente en cuenta la edad y las vulnerabilidades de los niños, deben tener por objetivo combatir la violencia, los prejuicios y la discriminación y fomentar la empatía y un ambiente de protección positivo y seguro en la escuela y en sus alrededores, en las actividades de ocio y en las digitales. Los profesores y los educadores, las autoridades educativas, los profesionales de la asistencia sanitaria (incluida la salud mental), los estudiantes y las familias deben participar en la elaboración de estas medidas. Las medidas deben garantizar la prevención y la detección temprana y proporcionar directrices, formación y herramientas prácticas claras a las víctimas, los circunstantes, como los profesores, el personal de la escuela, los entrenadores, los estudiantes, los padres, y los autores, sobre cómo tratar el acoso escolar y hacerle frente. Dichas medidas también deben comprender la divulgación de información sobre cómo denunciar e intervenir en casos de acoso escolar, cómo buscar ayuda y apoyo y cómo revertir los comportamientos abusivos y tóxicos.

[39] El artículo 7 relativo de la LOPDPGDD al consentimiento de los menores de edad dispone al respecto que: "1. El tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando ***sea mayor de catorce años***. Se exceptúan los supuestos en que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento. 2. El tratamiento de los datos de los menores de catorce años, fundado en el consentimiento, solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela".

[40] La IA está presente en múltiples aplicaciones y funcionalidades de las que hacen uso tanto adultos como menores, como en el caso de asistentes virtuales, videojuegos, plataformas educativas o filtros de contenido en redes sociales. No obstante, la popularidad de la inteligencia artificial actual se debe a aplicaciones centradas en procesos específicos para determinadas tareas entre las que destacan: 1. Chatbots y asistentes virtuales; 2. ChatGpt y otros generadores de texto; 3. Filtros para fotos y vídeos en redes sociales; DALL-E y generación de imágenes para arte digital; IA en videojuegos; traductores automáticos; e internet de las cosas (IoT).

[41] El Reglamento de servicios digitales, en su artículo 3 letra d) define el "destinatario del servicio" como: "toda persona física o jurídica que utilice un servicio intermediario, en particular para buscar información o para hacerla accesible"; y, como "contenido ilícito": toda información que, por sí sola o en relación con una actividad, incluida la venta de productos o la prestación de servicios, incumpla el Derecho de la Unión o el Derecho de cualquier Estado miembro que cumpla el Derecho de la Unión, sea cual sea el objeto o carácter concreto de ese Derecho (artículo 3 letra h)). El artículo 15 les impone obligaciones de transparencia informativa. Así en su número 1 dispone que: "Los prestadores de servicios intermediarios publicarán en un formato legible por máquina y de forma fácilmente accesible, al menos una vez al año, informes claros y fácilmente comprensibles sobre cualquier actividad de moderación de contenidos que hayan realizado durante el período pertinente. Esos informes incluirán, en particular, información sobre lo siguiente, según proceda: a) en el caso de los prestadores de servicios intermediarios, el número de órdenes recibidas de las autoridades de los Estados miembros, incluidas las órdenes dictadas de conformidad con los artículos 9 y 10, categorizadas según el tipo de contenido ilícito de que se trate, el

Estado miembro que haya dictado la orden y el tiempo medio necesario para informar a la autoridad que haya dictado la orden, o a cualquier otra autoridad especificada en la orden, de su recepción, y para dar curso a la orden; b) en el caso de los prestadores de servicios de alojamiento de datos, el número de notificaciones enviadas de conformidad con el artículo 16, clasificadas según el tipo de contenido presuntamente ilícito de que se trate, el número de notificaciones enviadas por alertadores fiables, toda actuación que se haya llevado a cabo en virtud de dichas notificaciones distinguiendo si esta se hizo conforme al Derecho o a las condiciones generales del prestador, el número de notificaciones tratadas únicamente por medios automatizados y el tiempo medio necesario para adoptar medidas; c) en el caso de los prestadores de servicios intermediarios, información significativa y comprensible sobre la actividad de moderación de contenidos realizada por iniciativa propia del prestador, incluido el uso de herramientas automatizadas, las medidas adoptadas para proporcionar formación y asistencia a las personas encargadas de la moderación de contenidos, el número y el tipo de medidas adoptadas que afecten a la disponibilidad, visibilidad y accesibilidad de la información proporcionada por los destinatarios del servicio y a la capacidad de los destinatarios para proporcionar información a través del servicio, y otras restricciones conexas del servicio; la información proporcionada se clasificará según el tipo de contenido ilícito o infracción de las condiciones generales del prestador del servicio de que se trate, según el método de detección y según el tipo de restricción aplicado; d) en el caso de los prestadores de servicios intermediarios, el número de reclamaciones recibidas a través de los sistemas internos de gestión de reclamaciones de conformidad con las condiciones generales del prestador y además, para los prestadores de plataformas en línea, de conformidad con el artículo 20, la base de dichas reclamaciones, las decisiones adoptadas en relación con dichas reclamaciones, el tiempo medio necesario para adoptar dichas decisiones y el número de ocasiones en que dichas decisiones fueron revocadas; e) el uso de medios automatizados con fines de moderación de contenidos, incluyendo una descripción cualitativa, una especificación de los fines precisos, los indicadores de la precisión y la posible tasa de error de los medios automatizados empleados para cumplir dichos fines, y las salvaguardias aplicadas".

Por su parte, en su considerando número 2 que: "los Estados miembros están adoptando, o considerando adoptar, un número creciente de normas de Derecho nacional sobre las materias que regula el presente Reglamento, imponiendo, en particular, requisitos de diligencia a los prestadores de servicios intermediarios por lo que se refiere al modo en que deben hacer frente a los contenidos ilícitos, la desinformación y otros riesgos para la sociedad. Habida cuenta del carácter intrínsecamente transfronterizo de internet, que es el medio utilizado en general para la prestación de dichos servicios, las divergencias entre esas normas de Derecho nacional afectan negativamente al mercado interior, el cual, en virtud del artículo 26 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), implica un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías y servicios y la libertad de establecimiento están garantizadas. Deben armonizarse las condiciones para la prestación de servicios intermediarios en el mercado interior, a fin de que las empresas tengan acceso a nuevos mercados y puedan aprovechar las ventajas del mercado interior, al tiempo que se permite a los consumidores y otros destinatarios de los servicios disfrutar de una mayor oferta. Se considera que tanto los usuarios profesionales como los consumidores y otros usuarios son "destinatarios de los servicios" a efectos del presente Reglamento". En esta línea de refuerzo, el considerando número 3 dispone que: "Es esencial que los prestadores de servicios intermediarios se comporten de modo responsable y diligente para crear un entorno en línea seguro, predecible y digno de confianza, y para que los ciudadanos de la Unión y otras personas puedan ejercer los derechos garantizados por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, "Carta"), en particular la libertad de expresión y de información, la libertad de empresa, el derecho a la no discriminación y la garantía de un nivel elevado de protección de los consumidores".

En cuanto al contenido ilícito, el considerando número 12 establece que: "A fin de alcanzar el objetivo de garantizar un entorno en línea seguro, predecible y digno de confianza, para

los efectos del presente Reglamento, el concepto de "contenido ilícito" debe reflejar a grandes rasgos las normas vigentes en el entorno fuera de línea. Concretamente, el concepto de "contenido ilícito" debe definirse de manera amplia para abarcar la información relacionada con contenidos, productos, servicios y actividades de carácter ilícito. En particular, debe entenderse que dicho concepto se refiere a información, sea cual sea su forma, que sea de por sí ilícita en virtud del Derecho aplicable, como los delitos de incitación al odio o los contenidos terroristas y los contenidos discriminatorios ilícitos, o que las normas aplicables consideren ilícita por estar relacionada con actividades ilícitas. Ejemplos de ello son el intercambio de imágenes que representen abusos sexuales de menores, el intercambio ilícito no consentido de imágenes privadas, el acoso en línea, la venta de productos no conformes o falsificados, la venta de productos o la prestación de servicios que infrinjan el Derecho en materia de protección de los consumidores, el uso no autorizado de material protegido por derechos de autor, la oferta ilegal de servicios de alojamiento o la venta ilegal de animales vivos. En cambio, el vídeo de un testigo presencial de un posible delito no debe considerarse contenido ilícito por el mero hecho de que muestre un acto ilícito, cuando la grabación o difusión pública de dicho vídeo no sea ilícita con arreglo al Derecho nacional o de la Unión. En este sentido, es irrelevante tanto que el carácter ilícito de la información o actividad se derive del Derecho de la Unión o del Derecho nacional que sea conforme con el Derecho de la Unión, como la naturaleza o materia precisa del Derecho aplicable".

Respecto a las redes sociales y demás plataformas digitales el considerando número 13 señala que: "Habida cuenta de las características concretas de los servicios considerados y la correspondiente necesidad de someter a sus prestadores a determinadas obligaciones específicas, es preciso distinguir, dentro de la categoría general de prestadores de servicios de alojamiento de datos que se define en el presente Reglamento, la subcategoría de las plataformas en línea. Cabe definir a las plataformas en línea, como las redes sociales o las plataformas en línea que permiten a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes, como prestadores de servicios de alojamiento de datos que no solo almacenan información proporcionada por los destinatarios del servicio a petición de estos, sino que además difunden dicha información al público a petición de los destinatarios del servicio. Sin embargo, a fin de evitar la imposición de obligaciones excesivamente generales, los prestadores de servicios de alojamiento de datos no deben ser considerados plataformas en línea cuando la difusión al público sea tan solo una característica menor o meramente accesoria que esté inextricablemente unida a otro servicio o una funcionalidad menor del servicio principal, y dicha característica o funcionalidad no pueda utilizarse, por razones técnicas objetivas, sin ese otro servicio o servicio principal, y la integración de dicha característica o funcionalidad no sea un medio para eludir la aplicabilidad de las disposiciones del presente Reglamento aplicables a las plataformas en línea. Por ejemplo, la sección de comentarios de un periódico en línea podría ser una característica de esta índole, cuando no quepa duda de que es auxiliar al servicio principal constituido por la publicación de noticias bajo la responsabilidad editorial del editor. En cambio, el almacenamiento de comentarios en una red social debe ser considerado un servicio de plataforma en línea cuando quede claro que no es una característica menor del servicio ofrecido, aunque sea accesorio a la publicación de las entradas de los destinatarios del servicio. A efectos del presente Reglamento, los servicios de computación en nube o de alojamiento web no deben ser considerados plataformas en línea cuando la difusión al público de información específica constituya una característica menor y auxiliar o una funcionalidad menor de dichos servicios.

Además, los servicios de computación en nube y de alojamiento web que sirven como infraestructura, como los servicios infraestructurales de almacenamiento y computación para una aplicación basada en internet, un sitio web o una plataforma en línea, no deben ser considerados en sí mismos servicios de difusión al público de la información almacenada o tratada a petición de un destinatario de la aplicación, el sitio web o la plataforma que alojen".

Por otra parte, el Reglamento de Inteligencia Artificial también impone obligaciones de transparencia a los proveedores y responsables del despliegue de determinados sistemas

de IA en su artículo 50 manifestando al respecto que: 1. Los proveedores garantizarán que los sistemas de IA destinados a interactuar directamente con personas físicas se diseñen y desarrollen de forma que las personas físicas de que se trate estén informadas de que están interactuando con un sistema de IA, excepto cuando resulte evidente desde el punto de vista de una persona física razonablemente informada, atenta y perspicaz, teniendo en cuenta las circunstancias y el contexto de utilización. Esta obligación no se aplicará a los sistemas de IA autorizados por ley para detectar, prevenir, investigar o enjuiciar delitos, con sujeción a las garantías adecuadas para los derechos y libertades de terceros, salvo que estos sistemas estén a disposición del público para denunciar un delito penal. 2. Los proveedores de sistemas de IA, entre los que se incluyen los sistemas de IA de uso general, que generen contenido sintético de audio, imagen, vídeo o texto, velarán por que los resultados de salida del sistema de IA estén marcados en un formato legible por máquina y que sea posible detectar que han sido generados o manipulados de manera artificial. Los proveedores velarán por que sus soluciones técnicas sean eficaces, interoperables, sólidas y fiables en la medida en que sea técnicamente viable, teniendo en cuenta las particularidades y limitaciones de los diversos tipos de contenido, los costes de aplicación y el estado actual de la técnica generalmente reconocido, según se refleje en las normas técnicas pertinentes. Esta obligación no se aplicará en la medida en que los sistemas de IA desempeñen una función de apoyo a la edición estándar o no alteren sustancialmente los datos de entrada facilitados por el responsable del despliegue o su semántica, o cuando estén autorizados por ley para detectar, prevenir, investigar o enjuiciar delitos. 3. Los responsables del despliegue de un sistema de reconocimiento de emociones o de un sistema de categorización biométrica informarán del funcionamiento del sistema a las personas físicas expuestas a él y tratarán sus datos personales de conformidad con los Reglamentos (UE) 2016/679 y (UE) 2018/1725 y con la Directiva (UE) 2016/680, según corresponda. Esta obligación no se aplicará a los sistemas de IA utilizados para la categorización biométrica y el reconocimiento de emociones que hayan sido autorizados por ley para detectar, prevenir e investigar delitos, con sujeción a las garantías adecuadas para los derechos y libertades de terceros y de conformidad con el Derecho de la Unión. 4. Los responsables del despliegue de un sistema de IA que genere o manipule imágenes o contenidos de audio o vídeo que constituyan una ultrasuplantación harán público que estos contenidos o imágenes han sido generados o manipulados de manera artificial. Esta obligación no se aplicará cuando la ley autorice su uso para para detectar, prevenir, investigar o enjuiciar delitos. Cuando el contenido forme parte de una obra o programa manifiestamente creativos, satíricos, artísticos, de ficción o análogos, las obligaciones de transparencia establecidas en el presente apartado se limitarán a la obligación de hacer pública la existencia de dicho contenido generado o manipulado artificialmente de una manera adecuada que no dificulte la exhibición o el disfrute de la obra. Los responsables del despliegue de un sistema de IA que genere o manipule texto que se publique con el fin de informar al público sobre asuntos de interés público divulgarán que el texto se ha generado o manipulado de manera artificial. Esta obligación no se aplicará cuando el uso esté autorizado por ley para detectar, prevenir, investigar o enjuiciar delitos, o cuando el contenido generado por IA haya sido sometido a un proceso de revisión humana o de control editorial y cuando una persona física o jurídica tenga la responsabilidad editorial por la publicación del contenido. 5. La información a que se refieren los apartados 1 a 4 se facilitará a las personas físicas de que se trate de manera clara y distinguible a más tardar con ocasión de la primera interacción o exposición. La información se ajustará a los requisitos de accesibilidad aplicables. 6. Los apartados 1 a 4 no afectarán a los requisitos y obligaciones establecidos en el capítulo III y se entenderán sin perjuicio de otras obligaciones de transparencia establecidas en el Derecho nacional o de la Unión para los responsables del despliegue de sistemas de IA. 7. La Oficina de IA fomentará y facilitará la elaboración de códigos de buenas prácticas a escala de la Unión para promover la aplicación efectiva de las obligaciones relativas a la detección y el etiquetado de contenidos generados o manipulados de manera artificial. La Comisión podrá adoptar actos de ejecución a fin de aprobar dichos códigos de buenas prácticas, de conformidad con el procedimiento estable-

cido en el artículo 56, apartado 6. Si considera que el código no es adecuado, la Comisión podrá adoptar un acto de ejecución que especifique normas comunes para el cumplimiento de las citadas obligaciones de conformidad con el procedimiento de examen establecido en el artículo 98, apartado 2".

[42] Para MARTÍNEZ GARCÍA, C. (2021). "La protección administrativa de la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Niveles y ámbitos de actuación prioritarios", *op. cit.,* 131 se trata de "un elenco amplio y heterogéneo de actuaciones que tienden tanto a reducir o eliminar los factores de riesgo como fortalecer los factores de protección".

[43] Como precisa MÚRTULA LAFUENTE, V. (2016). *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Madrid: Dykinson, p. 143 "los especialistas advierten que el SAP no se podría alegar en casos de violencia de género porque ese "lavado de cerebro" o animadversión hacia la figura paterna, estaría justificada al haber sido los hijos de esa relación víctimas y testigos de la violencia del padre hacia su madre".

[44] DE LA TORRE LASO, J. (2006) "Los puntos de encuentro familiar: un enfoque actual de intervención en situación de ruptura familiar", *Anuario de Psicología jurídica, vol. 16*, p. 71.

Por su parte, la Ley 3/2019, de 6 de marzo Reguladora de los Puntos de Encuentro Familiar en la Comunidad de Madrid dispone en el apartado II de su *Preámbulo* que: "El interés superior del menor puede aconsejar hacer uso de un Punto de Encuentro Familiar por dos motivos fundamentales, bien porque se encuentra bajo la tutela y protección de la Administración como consecuencia de una situación de desarraigo familiar y social, bien por la existencia de un procedimiento de separación, divorcio, nulidad o ruptura de las uniones de hecho que altera o modifica la relación con alguno de sus progenitores. En ambas situaciones, y con la finalidad de garantizar el derecho del menor a mantener un contacto apropiado con sus progenitores y sus familias, las administraciones competentes en materia de servicios sociales y los órganos judiciales, pueden establecer regímenes de visitas. Tales regímenes de visitas, en ocasiones, se pueden ver alterados o interrumpidos por diversos motivos, lo que provoca un elevado número de incumplimientos que desembocan en denuncias y procedimientos judiciales, debiéndose recurrir en los supuestos más extremos a la policía para hacer cumplir el derecho del menor para relacionarse con sus progenitores. Para dar solución a estas situaciones y paliar los efectos negativos que tienen sobre los niños y las niñas, surgen los Puntos de Encuentro Familiar como un recurso neutral cuya finalidad es facilitar el cumplimiento del régimen de visitas adaptándolo a la nueva situación y garantizar así el derecho de los menores a relacionarse con ambos progenitores y sus familias en un ambiente de normalidad, al mismo tiempo que se facilita a los progenitores el cumplimiento de sus responsabilidades y derechos parentales y se les proporciona un espacio en el que recomponer las relaciones, siempre que la ruptura de la convivencia no obedezca al ejercicio de la violencia de género en cualquiera de sus manifestaciones o presunción de abusos sexuales. Como se ha dicho anteriormente, en estos casos se considera desaconsejable establecer regímenes de visitas pero conforme a la vigente redacción del artículo 94 del Código Civil, aún es posible". A esto añade dicho apartado que "corresponde a la Comunidad de Madrid, en el ejercicio de las competencias que le atribuyen los artículos 26.1.23, 26.1.24 y 26.1.25 de su Estatuto de Autonomía, aprobado por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, modificada por las Leyes Orgánicas 10/1994, de 24 de marzo, y 5/1998, de 7 de julio, el desarrollo de políticas públicas de promoción, ayuda, protección y tutela de los grupos sociales necesitados de especial atención. La Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid, establece una serie de medidas tendentes a proteger a los menores y en particular en su artículo 48, en materia de protección social y jurídica, señala que c) Se reconoce de interés público el buen ejercicio del cuidado y asistencia de los padres a sus hijos, por lo que en caso de deficiencias e irregularidades que puedan provocar riesgos de daños de cualquier tipo a los menores, por las Administraciones Públicas de la Comunidad de Madrid ofertarán Servicios de Apoyo y Atención a la Infancia y la Familia; d) se favorecerá la atención del menor en su propia familia siempre que ello sea posible, procu-

rándose la participación de los padres o familiares más próximos al menor en el proceso de normalización de su vida social; e) En caso necesario se facilitarán a los menores recursos alternativos a su propia familia, que garanticen un medio idóneo para su desarrollo integral, adecuada evolución de su personalidad y atención educativa, procurándose mantener la convivencia entre hermanos".

Por otra parte, en su artículo 2.1 define el Punto de Encuentro Familiar como "el servicio social especializado en el que se presta atención profesional orientada a garantizar y facilitar, con carácter temporal que los hijos e hijas menores puedan mantener relaciones con su padre, madre, familia de ambos, persona que tenga atribuida la tutela o la guarda en la situaciones que resulten de los procesos de familia y otros supuestos de interrupción de la convivencia familiar hasta que desaparezcan las circunstancias que motiven la necesidad de utilizar este recurso o hasta que lo determine la autoridad judicial. A este servicio social y especializado se accederá por resolución judicial o administrativa".

A tal fin, se indica en el citado precepto en su apartado tercero que "el Punto facilitará el derecho de los menores a relacionarse con sus progenitores y otros parientes o allegados mencionados en el artículo 14 de esta Ley, velando por su seguridad en dichas relaciones, mediante una intervención temporal de carácter psicológico, educativo y jurídico por parte de profesionales debidamente capacitados y formados, al objeto de normalizar y dotar a los usuarios de la autonomía suficiente para relacionarse fuera de este servicio. Reglamentariamente se establecerán los requisitos específicos, normas y condiciones mínimas de los Puntos de Encuentro. Y, en el desarrollo de las funciones de los Puntos de Encuentro Familiar, en los supuestos derivados por un asunto de violencia de género o presunción de la misma, o de cualquier otro supuesto en que se sospeche de la existencia de cualquier abuso sobre los menores en el ámbito familiar, se atenderá al principio del interés superior de las víctimas de tales intervenciones".

Ahora bien, entre *los principios rectores de la actuación de los Puntos de Encuentro Familiar* los siguientes: 1. El interés superior del menor, siendo siempre prioritaria la seguridad y protección del menor, su integridad física y psíquica y en definitiva el bienestar del menor. 2. La neutralidad de modo que los Puntos de Encuentro Familiar lleven a cabo sus intervenciones con objetividad, imparcialidad y salvaguardando la igualdad de las partes en conflicto. En los casos derivados por violencia de género o cuando se presuma o existan sospechas de algún otro tipo de maltrato o abusos sexuales primará el principio del interés superior de las víctimas. 3. La confidencialidad, a fin de que los datos de carácter personal obtenidos en el Punto de Encuentro Familiar sean confidenciales, de acuerdo con lo previsto en la legislación vigente y los que deban comunicarse al órgano remitente por referirse al desarrollo de las visitas o tengan incidencia en las mismas y en todo caso cuando sean solicitados por el órgano judicial. 4. La subsidiariedad, entendiendo que las derivaciones al Punto de Encuentro Familiar únicamente se efectuarán cuando sea el único medio posible para facilitar las relaciones entre el menor y su familia y tras haber agotado otras vías de solución. 5. La temporalidad, ya que la actuación del Punto de Encuentro Familiar tendrá carácter temporal, convirtiéndose en un instrumento puntual para conseguir la normalización de las relaciones entre el menor y sus progenitores así como con el resto de su familia, en su caso. 6. La especialización, pues se trata de un servicio social con funciones de atención social especializada conforme lo previsto en el artículo 33 de la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid. El personal que preste sus servicios en un Punto de Encuentro Familiar deberá contar con experiencia y formación especializada acreditadas en, al menos, las siguientes materias: derecho de familia, menores, discapacidad, igualdad de género, violencia de género y resolución pacífica de conflictos. Asimismo deberán carecer de antecedentes penales por delitos relacionados con la violencia doméstica o de género, contra las relaciones familiares y contra la libertad e indemnidad sexual. Y, 7. Responsabilidad parental: la intervención del Punto de Encuentro Familiar prestará apoyo a los progenitores u otros miembros de la familia en el ejercicio de sus funciones (artículo 3).

Y como *fines de un Punto de Encuentro Familiar* los siguientes: 1. Facilitar el cumplimiento del régimen de visitas como un derecho fundamental del menor orientado a su desarrollo y protección integral. 2. Velar por el derecho y facilitar el encuentro de los progenitores y demás familiares con el menor. 3. Velar, durante el cumplimiento del régimen de visitas, por la seguridad y el bienestar físico, proporcionando un espacio adecuado de carácter neutral, y fomentar el equilibrio psicológico y social del menor, y en particular de cualquier persona vulnerable del núcleo familiar. 4. Facilitar a las personas usuarias la posibilidad de llegar a acuerdos encaminados a resolver el conflicto en que están inmersos. Se podrá acudir a la mediación siempre y cuando no se trate de un asunto derivado por violencia de género, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. 5. Proporcionar el asesoramiento y orientación profesional para desarrollar las habilidades parentales necesarias que mejoren las relaciones familiares y las habilidades de cuidado, crianza y educación, con la finalidad de conseguir que la relación con los menores goce de autonomía, sin necesidad de depender de este recurso. 6. Garantizar la presencia de un equipo técnico multidisciplinar con formación específica que asegure el desarrollo y la ejecución de las visitas entre los menores y los progenitores, familiares y otras personas con derecho a visitas. Y, 7. Disponer de información objetiva para las instituciones administrativas y judiciales que derivan con el fin de garantizar los derechos del menor (artículo 4).

[45] GARCÍA FERNÁDEZ, M. *et al*. (2021). *Manual de buenas prácticas en los puntos de encuentro familiar, A Couña: Universidade A Coruña, p. 6*.

[46] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 2ª, de 18 de julio de 2006 (Roj. SAP NA 401/2006; ECLI:ES:APNA:2006:401).

En las Conclusiones del CGPJ de 2000 se indica que los tribunales y los juzgados valoran los recursos sociales imprescindibles para que o jueces que resuelven procesos de Derecho de Familia puedan garantizar el derecho de visitas y estancias de los menores con su progenitor no custodio.

[47] BALSELLS BAILÓN, MªA., VAQUERO TIÓ, E.; y FERNÁNDEZ RODRIGO, L. (2020), *El ejercicio de la parentalidad positiva en un mundo digital*, Lleida: Fundación La Caixa, p. 8.

[48] En esta línea, el artículo 32 de la Ley 4/2023 de la Comunidad de Madrid relativo a la Detección precoz y deber de comunicación de las situaciones de violencia señala que: "1. Las personas obligadas conforme a la legislación estatal por el deber general de comunicación de situaciones de violencia contra la infancia que no revistieran carácter delictivo, lo realizarán ante la autoridad competente para recibir estas comunicaciones en la Comunidad de Madrid. A estos efectos, la autoridad competente será cualquier profesional del Sistema Público de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, ya sea de atención primaria o especializada. 2. La comunicación a que se refiere el párrafo anterior deberá realizarse de forma inmediata y, en todo caso, dentro de las veinticuatro horas siguientes al conocimiento de los hechos. 3. En todo caso, las personas a las que se refiere el apartado 1 deberán prestar a la víctima la atención inmediata que precise, en los términos establecidos en la legislación del Estado y facilitar toda la información de que dispongan, así como prestar su máxima colaboración a las autoridades competentes. 4. La Comunidad de Madrid y las entidades locales establecerán reglamentariamente los medios de comunicación en casos o sospechas de casos, relativos a niños que son víctimas de violencia, de acuerdo con lo establecido en los apartados anteriores, debiendo ser medios seguros, eficaces, confidenciales y accesibles, que respeten la confidencialidad, debiendo determinar los medios específicos para los niños que fueran víctimas de violencia o presenciaran alguna situación de violencia sobre otra persona menor de edad, debiendo estar adaptados a los mismos. 5. La Comunidad de Madrid garantizará el apoyo a los medios para la comunicación, tales como líneas telefónicas gratuitas de ayuda a la infancia, así como su conocimiento por parte de la sociedad civil como herramienta esencial a disposición de todas las personas, para la prevención, detección precoz y adecuada intervención ante situaciones de violencia sobre los niños. 6. La Comunidad de Madrid regulará reglamentariamente los requisitos y funciones del coordinador de bienestar y protección

de los centros educativos y del delegado de protección para el ámbito del deporte, ocio y tiempo libre en los términos establecidos en la legislación vigente. Las comunicaciones a las autoridades competentes se podrán canalizar a través de los titulares de los centros o a través de las citadas figuras. No obstante, se podrá proceder a comunicar los hechos directamente por quien los haya detectado o conocido; y, 7. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, el delegado de protección, el director del centro o la persona que haya detectado la situación de violencia detectada sobre un niño, se lo comunicará, con carácter general, a sus padres, tutores o guardadores, salvo que existan indicios de que la mencionada violencia haya sido ejercida, inducida o tolerada por estos o de que su reacción ante la revelación pueda poner en riesgo al niño".

[49] GARCIAS DE ESPAÑA, E. (2018). "Comentario al artículo 14 de la Ley 26/2021". En: Fco. Lledó Yagüe; Mª P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Llena, Mª.J. Achón Bruñén (dirs.), O. Monje Balmesada (coord.), *Estudios sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Madrid, Dykinson, pp. 257 y 259 se refiere a "episodios muy concretos como la localización del menor solo en la vía pública o en estado de embriaguez. En estos casos, la Policía o el Centro Hospitalario se podrán en contacto con el Ministerio Fiscal que acordará el ingreso del menor en un centro de primera acogida de la entidad pública".

[50] GARRIDO CHAMORRO, P. (2016). "Las instituciones civiles de protección de menores y la adopción", op. cit., p. 1037; PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). "Comentario al artículo 172 del Código Civil", *op. cit.*, 877 precisa que es una medida de protección derivada de una situación de suma urgencia y de carácter transitorio; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, B. (2014). "El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia", *Revista de Derecho Civil, vol. I, número 4, octubre-diciembre,* p. 129 igualmente, precisa que, esta guarda responde a una situación de urgencia, pero que por llevar aparejada una cierta inseguridad jurídica, se limita en el tiempo.

[51] Para DÍEZ GARCÍA, H. (2016). "Comentario al artículo 172 del Código Civil". En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Las modificaciones al Código Civil del año 2015,* Valencia: tirant lo blanch, p. 510 con esta definición de la situación de riesgo se introduce un desamparo de menor intensidad o de un desamparo atenuado. Y añade que, con las actuaciones en caso de riesgo no existe desatención del menor, pero si un peligro cierto que puede llegar a producirse.

[52] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4ª, de 22 de octubre de 2021 (JUR 2022, 31464) menores cuidados y alimentados por la vecina; de la Audiencia Provincial de León, secc. 1ª, de 14 de marzo de 2023 (JUR 2023,212767) existencia de graves factores de riesgo para la evolución y desarrollo de la menor que no posibilitan un adecuado ejercicio de los deberes de guarda por parte de la madre; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, de 28 de noviembre de 2023 (JUR 2014,68704) han utilizado con los menores el ocultismo.

[53] En esta línea, MARTÍNEZ GARCÍA, C. (2021). "La protección administrativa de la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Niveles y ámbitos de actuación prioritarios", *op. cit.*, 141.

[54] PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2017). "Consideraciones sobre la evolución del sistema de protección de menores", *op. cit.,* p. 105.

[55] LÓPEZ AZCONA, A. (2016). LOPEZ AZCONA A., "Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año LXX, número 2185, enero*, p. 14; MAYOR DEL HOYO, Mª.V. (2017). "El nuevo acogimiento: régimen jurídico tras la Ley 26/2015, de 28 de julio". En: Mª V. Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 221-222; BERROCAL LANZAROT, A.I. (2015). "Las instituciones de protección a la infancia y

adolescencia: atención inmediata, situación de riesgo y desamparo, tutela administrativa y acogimiento familiar y residencial tras la Ley 26/2015", *LA LEY Derecho de Familia. Especial Reforma del Sistema de Protección a la Infancia y Adolescencia, octubre,* p. 4; MÚRTULA LA FUENTE, V. (2017). El interés del menor en las situaciones de riesgo y desamparo provocadas por la violencia de género". En: Mª V. Mayor Del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015,* Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 15.

Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 19 de julio de 2023 (JUR 2023,406008) grave peligro prenatal debido al estado de salud mental de la madre, el rechazo y nula adherencia al tratamiento farmacológico prescrito, la desatención de los cuidados prenatales, el consumo de sustancia tóxicas y el ejercicio de la prostitución y comportamientos agresivos de la madre.

[56] Al efecto en la Recomendación número 24, página 51 se disponía que "se ha de establecer cómo situación de desamparo, la que sufre el menor recién nacido (siempre que no existan familiares que pudieran hacerse cargo adecuadamente del mismo), si una vez nacido se constata que padece alguna lesión o enfermedad como consecuencia directa del comportamiento de la madre durante la gestación, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades en que hubiera podido incurrir. En todo caso, garantizar que la Administración adoptará las medidas de protección necesaria para preservar la seguridad del menor, hasta tanto se determine la posibilidad de protección por parte de la familia biológica. Además, ante la necesidad de actuar con celeridad, imponer también protocolos de actuación para el seguimiento preventivo cuando se detecten o se tenga noticia de situaciones de maltrato prenatal, para garantizar que el recién nacido quedará debidamente asistido cuando se llegue a verificar el nacimiento".

PANIZA FULLANA, A. (2018). "Comentario al artículo 17 apartado 9 de la Ley 26/2015". En: Francisco Lledó Yagüe; María Pilar Ferrer Vanrell, Juan Antonio Torres Llena, Mª.J. Achón Bruñén (dirs.), O. Monje Balmesada (coord.), *Estudios sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Madrid: Dykinson, 269. Por su parte, para DÍEZ GARCÍA, H. (2016). "Comentario al artículo 172 del Código Civil", *op. cit.,* 512 debe valorarse positivamente esta forma de operar por parte del legislador en este caso, pues "aun cuando la protección del derecho a la vida y a la integridad del menor imponga una actuación administrativa rápida y eficaz, no deben obviarse los perjuicios irremediables que una intervención no mediata o precipitada puede ocasionar al mismo menor y a su familiar de origen. Ello obliga, en tales casos, a extremar la prudencia". De otra parte, añade que "conviene tener presente que el *nasciturus* no tiene personalidad jurídica no está aún sujeto a potestad alguna, por lo que malamente puede ésta haberse incumplido o ejercido inadecuadamente. Además, todavía estrictamente no está privado de la necesaria asistencia moral y/o material si no ha nacido".

[57] El artículo 52.2 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero de atención y protección a la infancia y la adolescencia del País Vasco en relación con las actuaciones en situaciones de riesgo dispone que "2. Cuando las administraciones públicas competentes tengan conocimiento de que peligra el normal desarrollo del *nasciturus*, lo pondrán en conocimiento del Ministerio Fiscal a fin de que adopte las medidas que estime oportunas para garantizar su bienestar hasta el momento del nacimiento. Todo ello, sin perjuicio de los supuestos contemplados en la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de Interrupción Voluntaria del Embarazo; el artículo 32.4 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero de protección de menores de La Rioja en relación con las políticas de prevención de situaciones de riesgo de desprotección social establece que "4. La Consejería competente en materia de Servicios Sociales tomará las medidas necesarias para conseguir la protección efectiva de los menores desamparados, incluso antes de nacer, cuando se prevea claramente que el concebido, cuando nazca, se encontrará en situación de desamparo";"; y, el artículo 110.4 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña que señala, asimismo, que "La declaración preventiva de desamparo antes del nacimiento es procedente cuando se prevé cla-

ramente la situación de desamparo del recién nacido. En los supuestos de maltrato prenatal, el órgano competente en materia de protección de los niños y los adolescentes puede pedir a la autoridad judicial las medidas necesarias en relación con la madre para hacer efectiva la futura protección del recién nacido".

[58] DÍEZ GARCÍA, H. (2016) "Comentario al artículo 172 del Código Civil". En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *La modificaciones al Código Civil del año 2015*, Valencia: tirant lo Blanch, p. 511

[59] Vid, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2ª, de 4 de diciembre de 2023 (JUR 2024,35362); y, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2ª, de 7 de diciembre de 2023 (JUR 2024,68936).

[60] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 16 de enero de 2024 (JUR 2024,119172) dispone, al respecto que, en orden a la declaración de desamparo ha de merecer una interpretación restrictiva, buscando un desequilibrio entre el beneficio del menor y la protección de sus relaciones paterno filiales; de tal manera que, solo se estima la existencia de desamparo cuando se acredita efectivamente el incumplimiento de uno mínimos de atención al menor exigibles por la conciencia social más común, ya que, en definitiva, si primordial y preferente es el interés del menor, no se ha acreditado por medio alguna la mejora de las circunstancias personales, que permitan hacer pensar que la situación ha variado. No se han dado elementos que permitan pensar con la suficiente y necesaria seguridad que, han cesado los elementos de incidencia perjudicial sobre los menores que comportan su situación de desamparo.

[61] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 1ª, de 14 de noviembre de 2023 (JUR 2024,29450) menor que lleva prácticamente desde que nació en una situación de desatención material y moral; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, de 28 de noviembre de 2023 (JUR 2024,68704) situación de riesgo debido a la falta de colaboración de los progenitores. Se está exponiendo a los menores a un riesgo mayor por haber utilizado éstos el ocultismo ante la problemática que manifestaron las niñas estar viviendo, por lo que el hogar familiar no es seguro para las menores, dado que las figuras de referencia no les ofrecen la protección necesaria.

[62] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 10 de junio de 2021 (JUR 2021,33410); de la Audiencia Provincial de Zamora, secc. 1ª, de 24 de noviembre de 2021 (JUR 2022,60883); de la Audiencia Provincial de León, secc. 2ª, de 21 de enero de 2022 (JUR 2022,126133) malos tratos por parte de la pareja de la madre; de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1ª, de 15 de noviembre de 2023 (JUR 2024,53361); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 31ª, de 22 de noviembre de 2023 (JUR 2024,51634).

[63] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 4ª, de 22 de diciembre de 2020 (JUR 2021,104965) maltrato prenatal por consumo de drogas durante el embarazo y antecedentes de intervención sobre hijos anteriores de los dos progenitores; y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 12 de enero de 2022 (JUR 2022,138689).

[64] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Zamora, secc. 1ª, de 26 de julio de 2023 (JUR 2023,352159) falta de higiene de los menores en la vivienda, absentismo escolar, falta de colaboración de los padres y conflictos entre ellos; y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 4 de octubre de 2023 (JUR 2023,409000) desamparo que se considere que existió en el momento de nacimiento de la menor por la situación de consumo abusivo de alcohol por parte de la madre.

El artículo 26 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 201, ratificado por instrumento de 18 de marzo de 2014 reconoce que los niños pueden ser víctimas de violencia como testigos directos y se prevé la importancia de la creación de un servicio de protección y apoyo a los mismos y consejo psicosocial.

[65] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4ª, de 14 de junio de 2021 (JUR 2021,369784); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 29 de marzo de 2023 (JUR 2023,281469); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6ª, de 27 de abril

de 2023 (JUR 2023,310143); y, de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1ª, de 24 de enero de 2024 (JUR 2024,116746).

[66] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 15 de enero de 2020 (JUR 2020,45465) madre que se encuentra en España desde hace ocho años, sin los conocimientos mínimos del idioma para poder desenvolverse con cierta normalidad, sin acudir al centro médico durante el embarazo para hacer un mínimo seguimiento, que vive en un lugar que no reúne las condiciones mínimas de habitabilidad, faltando los servicios mínimos indispensables para acoger a un bebe, sin trabajo, sin soporte del padre de la niña que la dejó y sin conciencia que dicha situación no es favorable, ni adecuada para tener a un bebé; de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 15 de febrero de 2023 (JUR 2023,167152) padre con actitud totalmente pasiva ante la situación de negligencia y maltrato emocional de la progenitora custodia; lo que evidencia carencia de habilidades parentales; y, de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1ª, de 29 de noviembre de 2023 (JUR 2024,53233) constatación por la Guardia Civil que los menores se encontraban solos en el domicilio familiar, desnudos y acostados en una cama tapados exclusivamente con varias mantas, sin saber dónde se encontraba su madre y la vivienda estaba sucia, con utensilio y enseres tirados por el suelo, platos con comida en mal estado y muchas colillas tiradas también por el suelo que estaba sucio.

[67] Vid., el auto de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 20 de mayo de 2022 (JUR 2023,279980); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4ª, de 27 de enero de 2020 (JUR 2020,174322); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 28 de diciembre de 2022 (JUR 2023,405880) absentismo escolar que no se remedia con una posible cobertura en el mismo domicilio familiar.

[68] Para CARDONA GUASCH, O. (2018). "Comentario artículo 18 de la Ley 26/2015". En: Fco. Lledó Yagüe; Mª. P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Llena, Mª. J. Achón Bruñén (dirs.), O. Monje Balmesada (coord.), *Estudios sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Madrid: Dykinson, los criterios de desamparo "no tienen carácter cumulativo; las circunstancias concernientes han de revestir la suficiente gravedad para que proceda la actuación de la Administración"; y añade "en cuanto al principio de necesidad está directamente vinculado con el de proporcionalidad y ha de emplearse para enjuiciar la circunstancia concreta que afecte al menor; de manera que exista la mayor certeza posible que, la medida que se va a adoptar redunda en beneficio del niño o adolescente"; y respecto al principio de proporcionalidad señala que "ha de ser proporcionada en sentido estricto (ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto)".

En esta línea, las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5ª, de 18 de septiembre de 2020 (JUR 2021,98126) falta de habilidades parentales del progenitor. Falta de vínculo afectivo con la menor; de la Audiencia Provincial de Cuenca, secc. 1ª, de 12 de enero de 2021 (JUR 2021,105259) padre en prisión; alta vulnerabilidad de la menor por ser un recién nacido; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 12 de diciembre de 2022 (JUR 2023,64350) negligencia en su cuidado, conflictividad familiar, tutela por la Administración de los otros cinco hermanos y características psicológicas limitante para el ejercicio parental; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 2 de febrero de 2023 (JUR 2023,166473) notable falta de capacidad parental para ejercer adecuadamente las funciones de cuidado, ausencia de una reda familiar y social; de la Audiencia Provincial de León, secc. 1ª, de 14 de marzo de 2023 (JUR 2023,2127567) existencia de graves factores de riesgo para la evolución y desarrollo de la menor que, no posibilitan un adecuado ejercicio de los deberes de guarda por parte de la madre; de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2ª, de 30 de marzo de 2023 (JUR 2023,166798) madre que se traslada a otra localidad dejando al menor en compañía de los abuelos y rompiendo relación con ellos. Imposibilidad material de la madre de atender adecuadamente las necesidades básicas del menor. Personalidad inestable y trastornos psicológicos derivados de sus traumáticas circunstancias vitales con un patrón de cambio frecuente de pareja en contexto de padecimiento de malos tratos presenciados por el menor; y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 2 de enero de 2024 (JUR

2024,117955) situación de desamparo coetáneo con el nacimiento de la menor. La actuación de la Junta fue imprescindible para asegurar la protección del menor que nace con un positivo en cannabis, porque su madre es consumidora de drogas, está en tratamiento de salud mental con una hermana y en desprotección y una forma de vida desorganizada y la existencia de unos indicadores de riesgos familiares muy elevados.

[69] En esta línea, SAINZ CANTERO, Mª.B., (2018). "Comentario al artículo 172 del Código Civil". En: Fco. Lledó Yagüe; Mª.P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Llena, Mª.J. Achón Bruñén (dirs.), O. Monje Balmesada (coord.), *Estudios sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Madrid: Dykinson, p. 592 precisa que el logro de una futura reinserción en la familia de origen representa un deber especial y exigible a la Entidad Pública que asume la tutela.

[70] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1ª, de 14 de octubre de 2021 (JUR 2022,51468).

[71] Vid., la sentencia de Islas Baleares, secc. 4ª, de 13 de marzo de 2024 (JUR 2024,150782).

[72] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2ª, de 23 de marzo de 2023 (JUR 2023/258944) desaparecido el factor de riesgo esencial que suponía al relación entre el recurrente y el padre de las tres hijas pequeñas. Si bien, la escasa capacidad económica de la recurrente no puede constituir un obstáculo al efecto conforme a lo legalmente establecido de procurar el retorno a la familia de origen; y, el auto de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2ª, de 26 de abril de 2023 (JUR 2023,366877).

[73] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2ª, de 6 de octubre de 2023 (JUR 2023,406448) visitas con una frecuencia quincenal,

[74] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de León, secc. 1ª, de 5 de mayo de 2022 (JUR 2022,234965) menor de tres años bajo la guarda de hecho de su abuela. Se considera que hay falta de idoneidad debido a la inestabilidad domiciliaria y laboral.

[75] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6ª, de 27 de octubre de 2023 (JUR 2024,39889) se puede ampliar las visitas con la progenitora y que desde los servicios sociales pueda continuar trabajando con la demandante de cara a la posibilidad que el menor pueda retornar con ella una vez alcanzada cierta madurez que le permite mantener contactos con la misma sin tener angustias de separación por la no presencia de los acogedores. Sin embargo, se deniega a los abuelos y tío el derecho de visitas ante la observancia de indicadores de riesgos, vid., la sentencia de la Audiencia Provincia de Alicante, secc. 6ª, de 6 de julio de 2023 (JUR 2023,379776).

[76] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4ª, de 3 de julio de 2023 (JUR 2024,48832) la situación actual de la madre ha conllevado una mejoría que permite la reunificación de los menores con el entorno materno; si bien, sujeto a intervención y seguimiento de los servicios sociales; y, de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1ª, de 4 de octubre de 2023 (JUR 2024, 30836).

[77] Vid., el auto de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 31 de mayo de 2023 (JUR 2023,446699) gurda de hecho de la menor por la abuela materna. Medida cautelar más adecuada a la situación de riesgo que presentaba la menor cuando convivía con su madre.

[78] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de León, secc. 1ª, de 5 de mayo de 2022 (JUR 2022,234965) falta de idoneidad de la abuela para cuidar de su nieta por inestabilidad domiciliaria y laboral.

1.3. Derechos reales

# El estudio de la comunidad de bienes desde la Ley Hipotecaria y la doctrina y la *jurisprudencia* registrales (con especial atención a la naturaleza de la comunidad, y a los problemas implicados en su extinción)

## *The study of the joint ownership from Property Registry regulation and doctrine and jurisprudence (with special attention to the nature of the community and the problems involved in its extinction)*

por

ÁNGEL JUÁREZ TORREJÓN
*Universidad Carlos III de Madrid*

*A mi hija Inés,*
*otra vez;*
*una y otra vez;*
*una y mil veces…*

RESUMEN: La situación de comunidad de bienes es un fenómeno complejo, cuyo estudio y comprensión suscita interesantes pero difíciles cuestiones, sobre las que conviene detenerse. Este estudio intenta ofrecer una explicación de algunos de ellos, los que creemos son los más complejos pero con clara proyección práctica: la naturaleza de la comunidad de bienes, y la extinción de la misma y los problemas que plantea la acción de división. Y todo ello analizándolo desde la normativa registral, y desde la doctrina que tanto los autores como la DGRN / DGSJyFP han ido construyendo a lo largo de los años.

*ABSTRACT: The situation of joint ownership is a complex phenomenon, the study and understanding of which raises interesting but difficult questions, on which it is worthwhile to dwell. This study attempts to offer an explanation of some of them, which we believe to be the most complex but with a clear practical projection: the*

https://doi.org/10.36151/rcdi.2025.806.08 

*nature of the joint ownership, its extinction and the problems posed by the action for division. And all of this is analysed from the point of view of the Property Registry regulation, and from the doctrine that both the authors and the DGRN / DGSJyFP have been building up over the years.*

PALABRAS CLAVE: comunidad de bienes. División de la cosa común. Extinción de la comunidad. Bien indivisible. Subrogación real.

*KEYWORDS: Joint ownership. Division of the thing. End of joint ownership. Indivisible property. Subrogation of the assets*

*SUMARIO:* I. PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO.—II. LA COMUNIDAD DE BIENES COMO SITUACIÓN DE *PROPIEDAD PLÚRIMA TOTAL*. EL ARTÍCULO 7 DE LA LEY HIPOTECARIA.—III. INMATRICULACIÓN Y PRIMERA INSCRIPCIÓN OBTENIDAS POR UN SOLO COMUNERO, Y SUSPENSIÓN DE LA FE PÚBLICA EX ARTÍCULO 207 DE LA LEY HIPOTECARIA.—IV. LA COMUNIDAD *PRO DIVISO* Y LA (IM)POSIBILIDAD DE INMATRICULAR Y CAUSAR PRIMERA INSCRIPCIÓN POR UN SOLO COMUNERO.—V. LA IDEA DE *CUOTA* Y LA POSIBLE TITULARIDAD *SOLIDARIA* DE LOS DERECHOS INSCRITOS. REFERENCIA A LA COMUNIDAD GERMÁNICA.—VI. LA EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD Y LA DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN. ASPECTOS TEÓRICOS IMPLICADOS Y SU PROYECCIÓN PRÁCTICA. VI.1. Los artículos 400 y 404 del Código Civil: los problemas implicados en la acción de "división", cuando el bien es *indivisible*. VI.2. Extinción de la comunidad vs. acción de división. El problema de la *división parcial*. VI.3. Análisis y alcance de los medios de extinción de la comunidad sobre bienes indivisibles. *VI.3.A. La adjudicación de la totalidad del dominio a un solo comunero, debiendo indemnizar a los demás. Ideas conceptuales y repercusiones prácticas. VI.3.B. La venta del bien para posterior reparto del precio.*—VII. RESOLUCIONES DE LA DGRN / DGSJyFP ANALIZADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO

El estudio del dominio y de los derechos reales, de su adquisición y su transmisión, y de su constitución cuando nos referimos a los derechos reales limitados, nunca es completo en el ámbito inmobiliario sin una aproximación registral.

Lo anterior nos parece especialmente claro cuando se intenta explicar la situación de comunidad de bienes en el Derecho español, vale decir, el dominio plural sobre un mismo bien o conjunto de bienes. En este sentido, el estudio de la normativa registral resulta especialmente útil, al menos, en un doble sentido: 1) por un lado, aquélla supone la traducción en términos de dinámica registral de lo que podríamos llamar el "derecho material de la comunidad de bienes" contenido en el Código Civil; y 2) por otro lado, el análisis de la normativa registral, de la doctrina científica que se ha formado en torno a ella, y desde luego la que ha conformado a lo largo de los años la DGRN / DGSJyFP, nos ayuda también a comprender mejor cómo nuestro Codificador civil entendía la comunidad de bienes como fenómeno complejo y fuente de conflictos jurídicos.

El objeto de este trabajo es intentar ofrecer una explicación de algunas cuestiones centrales, y tal vez más problemáticas, de la disciplina de la comunidad de bienes en nuestro Derecho, intentando explicarlas *para* el Derecho material, pero *desde* el Derecho Hipotecario.

## II. LA COMUNIDAD DE BIENES COMO SITUACIÓN DE *PROPIEDAD PLÚRIMA TOTAL*. EL ARTÍCULO 7 DE LA LEY HIPOTECARIA

Estudiar la comunidad de bienes desde la legislación hipotecaria, nos ayuda nada menos que a comprender en qué consiste aquélla. Y en este sentido, el punto de arranque lo constituye el artículo 7 LH, cuyo tenor literal conviene recordar ahora:

*La primera inscripción de cada finca en el Registro de la Propiedad será de dominio (…).*

*El titular de cualquier derecho real impuesto sobre finca cuyo dueño no hubiere inscrito su dominio, podrá solicitar la inscripción de su derecho con sujeción a las normas prescritas en el Reglamento.*

La inscripción de dominio será, pues, el asiento que acompañará a la inmatriculación de la finca registral. La razón de ello es que sólo el dominio, como único derecho real *pleno*, puede ser el arranque de un historial registral que, lógicamente, puede anteceder a cualquier otra mutación jurídico real, y por tanto permitir el juego posterior, y con plenitud, de todos los llamados principios hipotecarios, ordenados para justificar el efecto de la fe pública registral.

En lo que ahora nos interesa, esa primera inscripción puede ser la de un comunero, sin necesidad de inscribir los condominios concurrentes sobre la finca. Esta posibilidad ya se desprendía del artículo 278 RH[1], fue admitida por primera vez por la DGRN en Resolución de 30 de octubre de 1984 y confirmada por resoluciones posteriores (por todas, RDGRN de 24 de abril de 1998); y aunque tras la reforma de la LH por la Ley 13/2015, de 24 de junio, los artículos 272 a 287 RH han quedado desplazados por la exhaustiva regulación del expediente de dominio que esta Ley de 2015 ha introducido en la Ley Hipotecaria (por tanto, con rango normativo superior), sin embargo, y a falta de una derogación expresa de aquel bloque de preceptos reglamentarios, estos pueden ser aún útiles siquiera con fines interpretativos, de modo que la posibilidad de inmatriculación y primera inscripción de un solo comunero sin contar con los demás, era posible antes de la reforma legal de 2015, y lo sigue siendo ahora. Esto, además, ha sido confirmado recientemente por la RDGSJyFP de 11 de junio de 2024, en la que se admite la inmatriculación y primera inscripción de un elemento privativo (piso) en un régimen de propiedad horizontal, sin necesidad de inscribir la obra nueva del edificio entero, confirmando la doctrina que ya se había sostenido en la anterior RDGSJyFP de 12 de diciembre de 2019[2]. Naturalmente, el título habrá de contener toda la información que permita la inmatriculación y primera inscripción en los términos del artículo 8 LH.

Esta posibilidad de inmatriculación y primera inscripción por un solo comunero, sin contar con los demás, nos es muy útil para confirmar que la comunidad de bienes en nuestro Derecho responde a la idea de *propiedad plúrima total* (o,

como poco, es un argumento serio en esta dirección), y con ello, al papel que la idea de *cuota* cumple en su disciplina. Seguramente la explicación referente entre nosotros de la comunidad de bienes en este sentido, se la debemos a BELTRÁN DE HEREDIA, cuando explicó que en la situación de comunidad o de copropiedad el derecho no está dividido en partes materiales o ideales, sino que cada copropietario "tiene un derecho de propiedad *pleno*, en cuanto a su extensión, igual al derecho de propiedad exclusivo, cualitativamente. Pero, al estar limitado cada uno de ellos, en su ejercicio, por la coexistencia de otros tantos derechos iguales, resulta diverso cuantitativamente, es decir, en cuanto a la intensidad del derecho de dominio exclusivo"[3]. Este modo de entender la situación de comunidad cuenta con importantes valedores en el Derecho comparado[4], y como hemos adelantado, en nuestra opinión la posibilidad de inmatriculación y primera inscripción por un solo comunero es un argumento importante en favor de ella.

La explicación de la comunidad como propiedad plúrima total, descarta el entenderla como si se tratara de una *división* del dominio (*propiedad plúrima parcial*), pues esto nos llevaría a admitir que la situación de comunidad supone una *fragmentación del dominio*, y en último extremo, como se ha llegado a afirmar en un sector de la doctrina francesa, a concebir la comunidad como un derecho real *sui generis*[5].

La aceptación de la comunidad como propiedad plúrima total obliga a detenernos en analizar el alcance del artículo 393 CCiv (cuando prevé que "*el concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas*") y sobre todo, del art. 399 CCiv, cuando dispone que *"Todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte y la de los frutos y utilidades que le correspondan, pudiendo en su consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla, y aun sustituir otro en su aprovechamiento, salvo si se trata de derechos personales. Pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad*. Este último precepto parece encajar mejor con la división que propone la concepción de la comunidad como propiedad plúrima parcial. Por eso, conviene aclarar el papel que la cuota juega en el régimen de la comunidad.

El hecho de que se le reconozca a cada comunero el poder de disponer sobre su cuota, y que incluso el art. 399 CCiv afirme la "propiedad" de cada cotitular sobre su parte (cuota), no convierte a ésta en un objeto de tráfico *distinto* del bien que es objeto de comunidad[6]. Lo contrario conduciría a admitir que al fenómeno comunitario siempre acompaña un fenómeno de *multiplicación* de bienes como objetos patrimoniales, en tantos como cotitulares haya, como si éstos pudieran aportar en el tráfico jurídico un valor añadido e independiente del bien que es objeto del condominio. El artículo 399 CCiv no es más que la traducción del artículo 348 CCiv a la situación concurrencial, o quizá mejor, la relectura de dicho artículo 348 CCiv para las situaciones de compresión del dominio, no debida a la constitución de derechos reales *subordinados*, sino por la concurrencia *al mismo nivel* y sin subordinación alguna, de más titulares. Por tanto, un cotitular del dominio de un bien es tan propietario de dicho bien como cualquier otro cotitular, y es sujeto receptor de los beneficios y facultades enunciados en el art. 348 CCiv: gozará y dispondrá *de la cosa*, sin más limitaciones que las que correspondan a cualquier otro propietario, y además, naturalmente, de las que deriven de su situa-

ción concurrencial con otros cotitulares[7]. La cuota, en realidad, *no es un elemento que defina internamente el derecho de su titular, sino que es un límite externo a dicho derecho, que representa la medida de su limitación por causa de la concurrencia de otros derechos de la misma naturaleza, que a su vez están también limitados por idéntica razón, y por tanto, recíprocamente*[8].

La concepción que aquí se defiende de la situación de comunidad conduce a interesantes consecuencias prácticas en distintos órdenes:

a) Si un condómino renuncia a su participación en el condominio, no puede hablarse de una situación de abandono[9], ni total ni parcial. En tal caso la renuncia debe tratarse en realidad como *desaparición*, para el resto de cotitulares, de la compresión que en el dominio de cada uno suponía la concurrencia del renunciante, de modo que lo que ahora sucede es el *acrecimiento* en favor de los restantes[10] en la misma proporción con la que concurren en el dominio del bien.

b) Cuando un condómino dispone individualmente del dominio pleno y total de un bien (es decir, obviando la concurrencia de los demás condóminos), no está realizando en rigor ninguna disposición *a non domino, ni en todo ni en parte*[11]; cuestión distinta, lógicamente, es que la eficacia de ese acto dispositivo no pueda suponer colocar al adquirente en una situación de titularidad más intensa que la que tenía el *tradens*. Por ello, y aunque no pueda hablarse de una disposición *a non domino* cuando un comunero enajena en el sentido descrito, lo cierto es que el *accipiens* podría quedar protegido por las reglas de la fe pública registral si reúne los requisitos del artículo 34 LH, y de esta manera consumar una adquisición de la totalidad del dominio *sin concurrencia* de los demás condóminos. En términos valorativos, no hay ninguna razón, ni para no someter al *accipiens* en estos casos a las reglas de protección del tráfico jurídico, ni para no exigirle, para tal fin, los mismos requisitos que los que el Ordenamiento exige para proteger a un adquirente sacrificando las titularidades preexistentes no inscritas. El artículo 34 LH, al enumerar los requisitos para que el tercero puede consumar una adquisición *a non domino*, está concretando valorativamente cuándo resulta conveniente sacrificar las titularidades reales por la apariencia desplegada por el Registro, que es de lo que, en estos casos, también se trata, por mucho que, en sentido estricto, no pueda hablarse de disposición *a non domino*[12].

## III. INMATRICULACIÓN Y PRIMERA INSCRIPCIÓN OBTENIDAS POR UN SOLO COMUNERO, Y SUSPENSIÓN DE LA FE PÚBLICA EX ARTÍCULO 207 DE LA LEY HIPOTECARIA

Directamente relacionado con lo anterior, nos planteamos ahora la siguiente cuestión que, por lo que nos alcanza, no ha sido resuelta ni por la Jurisprudencia ni por la doctrina de la DGRN/DGSJyFP, pero conviene ensayar un intento de respuesta: siendo claro que la primera inscripción de dominio obtenida por un comunero que ha inscrito únicamente el suyo, es una inscripción cuyos efectos de fe pública registral pueden estar en suspenso durante los dos años siguientes a su fecha[13], cabe cuestionarse si esos dos años de suspensión contarán de manera separada para cada propiedad concurrente, conforme vayan ingresando en el Registro; o si, en cambio, la primera inscripción de un solo dominio permite comenzar

el cómputo de esos dos años, no sólo para el dominio que se inscribe, sino también para los demás independientemente del momento, posterior, en que se inscriban.

En nuestra opinión, y en coherencia con lo explicado hasta aquí, creemos que ha de ser lo primero. Por cada inscripción de cada dominio concurrente, debe quedar en suspenso el efecto de la fe pública registral, por tanto, de modo particularizado para cada cotitularidad, a contar desde la fecha de su inscripción. La razón es el fundamento mismo de la suspensión de efectos de la fe pública en el caso de primera inscripción, a saber, contrarrestar con esta suspensión la relativa facilidad para acceder a la inscripción; o como gráficamente expuso ROCA SASTRE, "ante el dilema de facilitar la inmatriculación y evitar posible fraudes o combinaciones a veces no del todo correctas, la ley, en compensación, adopta la medida de suspender la fe pública registral respecto del asiento de inmatriculación obtenido por algunos de tales medios"[14]; pero en el bien entendido que lo que se suspende no son los efectos de la *inmatriculación*, entendida ésta como acceso al Registro de una finca, sino de la *inscripción* de dominio que la acompaña: los efectos que se suspenden, por tanto, tienen por referente la *primera inscripción del dominio*, como antecedente causal de cualquier otro asiento practicable en el folio de esa finca registral. Y tan primera inscripción del dominio es la que permite la inmatriculación y la acompaña, como la que se practique después en favor de un condueño en el folio de la finca ya previamente inmatriculada: ésta debe tener suspendidos, y en relación a ese dominio concreto, los efectos de fe pública.

Lo anterior no quiere decir que, desde un punto de vista procedimental, y marcadamente desde los requisitos que debe reunir el título por el que se solicita la inscripción primera de un condómino cuando la finca ya ha sido inmatriculada, a este condómino le sean exigibles los mismos requisitos formales que al que inmatriculó. En nuestra opinión, lógicamente, a esta primera inscripción del dominio no le son exigibles los requisitos que la Legislación Hipotecaria prevé para la *inmatriculación* de la finca, que son requisitos que la Legislación prevé para garantizar la identificación de la finca; eso ya se cumplieron cuando la finca se inmatriculó por el condómino que inscribió su titularidad en primer lugar[15]; pero sí le han de ser exigibles los requisitos que la Ley Hipotecaria dispone en garantía de los posibles derechos de terceros[16].

## IV. LA COMUNIDAD *PRO DIVISO* Y LA (IM)POSIBILIDAD DE INMATRICULAR Y CAUSAR PRIMERA INSCRIPCIÓN POR UN SOLO COMUNERO

Todo lo que hemos explicado hasta aquí, lo consideramos válido en relación al modelo de comunidad típico que regula el Código Civil en sus artículos 392 y ss (comunidad *pro indiviso*).

Si nos referimos a la comunidad *pro diviso*, las conclusiones han de ser distintas. Lo que caracteriza a la comunidad *pro diviso* es que las distintas facultades del dominio se distribuyen, en régimen de exclusividad, entre los comuneros, produciéndose, aquí sí, una fragmentación cualitativa del dominio.

Esto es lo que nos lleva a sostener que, para estos casos, el comunero no puede inmatricular y causar primera inscripción *ex* art. 7 LH. Si la razón de ser del citado precepto legal es que esa primera inscripción pudiera ser causa de cualquier

asiento posterior posible, parece claro que la peculiar fragmentación del dominio que supone el fenómeno de la comunidad *pro diviso* no lo permite sino cuando todos los cotitulares inscriben de manera conjunta, y no sólo uno o varios de ellos por separado.

## V. LA IDEA DE *CUOTA* Y LA POSIBLE TITULARIDAD *SOLIDARIA* DE LOS DERECHOS INSCRITOS. REFERENCIA A LA COMUNIDAD GERMÁNICA

El modelo de comunidad previsto en el Código Civil, la comunidad pro indiviso, exige como elemento esencial para la ordenación de la dinámica de la comunidad la idea de cuota. Tan es así que si los interesados no fijan la medida de las cuotas, el Código integra este vacío con una *presunción* de igualdad de las mismas (art. 393-2º CCiv).

El conocido principio de especialidad registral, exige que en el documento público que se presente a inscripción, quede determinada exactamente la cuota correspondiente a cada comunero (cfr. art. 54 RH, que exige que el título precise "la porción ideal de cada condueño con datos matemáticos que permitan conocerla indubitadamente", sin que al respecto baste con referencias a "unidades de moneda, de medida superficial u otra forma análoga"), sin que al Registrador le esté dado aplicar la presunción de igualdad establecida en el citado art. 393 CCiv para llenar ese vacío y practicar la inscripción por iguales partes (por todas, RDGSJyFP de 25 de octubre de 2018). Sin embargo, lo anterior no puede llevar al extremo de impedir el acceso al Registro de títulos que, aunque no expresen de manera numérica las cuotas de los comuneros, no haya duda en cuanto a la medida de las mismas. En este sentido, resulta de interés la RDGSJyFP de 29 de julio de 2022, en la que, para el caso analizado, el Centro Directivo llegó a la conclusión de que "se ha hecho la adjudicación en comunidad (…), de forma que se deduce indudablemente que sus adjudicaciones son iguales y, dado que no se diferencian cuotas, (…) se presumen iguales, mientras no se pruebe lo contrario, las porciones correspondientes a los partícipes en la comunidad, conforme el artículo 393 del Código Civil. Por tanto, debe concluirse en este caso concreto, que es indubitado que el bien se adjudica a ambos herederos por mitad".

Sin embargo, habrá supuestos de comunidad en que, por su propia naturaleza, no es posible fijar cuotas (como sucede con los bienes que son gananciales en el régimen económico matrimonial de gananciales); pero hay otros casos en que la necesidad de fijación de cuotas puede resultar dudosa, y en la misma medida, resulta dudosa su exigencia tanto en el título como en la inscripción. En este sentido, nos centraremos para no extendernos demasiado en los dos siguientes casos:

a) El caso del artículo 521 CCiv. Este precepto dispone, dentro de la regulación del derecho de usufructo, que "*El usufructo constituido en provecho de varias personas vivas al tiempo de su constitución, no se extinguirá hasta la muerte de la última que sobreviviere*". De este precepto, como nos advierte BELUCHE RINCÓN, algunos autores han afirmado que prevé una suerte de comunidad de tipo germánico[17], y que consecuentemente no es precisa la previsión de cuotas.

En sentido riguroso, el art. 521 CCiv prevé un supuesto de usufructo constituido a término final, e introduce una regla (dispositiva) para integrar el supuesto en

que el término final se cumple. A lo sumo, y aunque no parece una consecuencia necesaria del mismo, puede admitirse que, cuando un cousufructuario fallezca, los cousufructurarios restantes ven incrementado su disfrute en la medida en que el derecho de usufructuario fallecido comprimía a los restantes[18]. Pero de todo esto no parece que pueda derivarse lógicamente que resulta innecesaria la fijación de cuotas, al menos por dos razones:

— Permitirían esas cuotas conocer en qué medida los usufructuarios restantes ven incrementado su uso y disfrute sobre el bien usufructuado, si se admite que el art. 521 CCiv contiene esa suerte de "acrecimiento" que conlleva el fallecimiento sucesivo de usufructuarios.
— En caso de que un usufructuario sufriera el embargo de su usufructo, la cuota permitiría valorar el mismo a efectos del art. 1911 CCiv.

b) El caso de la hipoteca (derecho real de hipoteca) constituida en garantía de un crédito mancomunado, o en garantía de un crédito solidario. En estos casos, la idea de accesoriedad de la garantía al crédito, hace que la forma de ser de la titularidad del crédito condicione la forma de ser de la titularidad de la garantía real. Aunque en los créditos solidarios, igual que en los mancomunados, también hay "cuotas", éstas tienen por finalidad organizar las relaciones internas entre los acreedores en la solidaridad activa, y no condicionan los poderes ejecutivos de los mismos frente al / los deudor/es, por lo que aquellas cuotas no pueden trasladarse a la configuración de la titularidad de las garantías. En otras palabras: es posible la titularidad *solidaria* (sin cuotas) del derecho real de hipoteca, si el crédito garantizado es un crédito solidario (solidaridad activa)[19].

## VI. LA EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD Y LA DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN. ASPECTOS TEÓRICOS IMPLICADOS Y SU PROYECCIÓN PRÁCTICA

Uno de los argumentos que tradicionalmente se esgrime para intentar poner de manifiesto, el disfavor con que el Legislador considera la situación de comunidad de bienes, es la facilidad que reconoce a cada condueño para poner fin a tal situación.

Sin entrar en si este disfavor es cierto, y en todo caso, si era necesario, la verdad es que el Código Civil permite a los condueños salir, con relativa facilidad, de la situación de comunidad típica. En este sentido, el artículo 400 CCiv dispone:

*"Ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común.*

*Esto no obstante, será válido el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado, que no exceda de diez años. Este plazo podrá prorrogarse por nueva convención".*

En los epígrafes siguientes nos centraremos en dos cuestiones que nos parecen fundamentales, tanto por su repercusión práctica, como por su valor para comprender con más profundidad el fenómeno comunitario. La primera de ellas es cómo se lleva a cabo el mandato de permitir "pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común" cuando el bien sobre el que recae la comunidad es esencialmente indivisible; y la segunda de ellas es, qué sucede con los derechos reales

o gravámenes que cada comunero haya constituido sobre su dominio constante la comunidad una vez se extingue la comunidad que tenía por objeto un bien *indivisible*.

### VI.1. Los artículos 400 y 404 del Código Civil: los problemas implicados en la acción de "división", cuando el bien es *indivisible*

Como acabamos de señalar, el artículo 400 CCiv prevé que "ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad" y que "[c]ada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común".

Para el caso en que el bien sea *indivisible*, el artículo 404 prevé que: "Cuando la cosa fuere esencialmente indivisible, y los condueños no convinieren en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio".

Comprender bien la relación de ambos artículos, y la integración del 404 con el 400, resulta fundamental. En nuestra opinión, el artículo 404 CCiv es la traducción de la facultad prevista, en favor de todo comunero, en el artículo 400, consistente en el derecho a *extinguir* la comunidad, para el caso en que la cosa que está en común sea *indivisible*. La *división* del bien es la forma típica prevista en el artículo 400-1º para *extinguir* la comunidad; pero esto no es posible, por hipótesis, cuando el Código permite calificar a determinados bienes como *esencialmente indivisibles*. El artículo 404 no es aplicación concreta, sin más, del artículo 400, sino que es, de forma más específica, traducción del derecho de todo condómino a salir en la comunidad, extinguiéndola, *presuponiendo* la indivisibilidad del bien. Podría decirse, así, que el artículo 404 es una aplicación concreta de la primera parte del párrafo primero del artículo 400 (*Ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad*), no de la segunda parte (*Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común*). De esta forma, lo que cabe esperar del artículo 404 CCiv sería la regulación de medios extintivos de la comunidad de bienes que no impliquen división, pues ésta no es posible por la propia realidad de las cosas.

Sobre esta base, los medios extintivos de la comunidad previstos en el artículo 404 CCiv para los casos citados son dos: la adjudicación de la totalidad del dominio a uno solo de los comuneros (que habrá de compensar a los demás); o la venta a un tercero o reparto entre los comuneros del precio obtenido con ella.

En nuestra opinión, estos medios de extinción de la comunidad, alternativos a la división material por hipótesis descartada, sólo pueden implicar una diferencia *procedimental* de extinción de la comunidad (impuesta por el carácter indivisible del bien), pero no debe conducir a una diferencia *jurídico-sustantiva* de las consecuencias que quepa extraer de ella. En concreto, si el acto de división material del bien en el sentido del artículo 399 segundo inciso, tiene como efecto concretar objetivamente el bien, ya independiente y separado, sobre el que se proyecta el dominio del cotitular, y por tanto también los derechos reales vigentes constituidos por aquel cotitular constante la comunidad, la misma consecuencia habrá de producirse, *mutatis mutandis*, *en cualquiera de los dos supuestos de extinción de la comunidad enumerados en el artículo 404 CCiv*, no sólo —en su caso— respecto

al comunero adjudicatario de la totalidad del bien (en la primera de las vías de extinción de la comunidad del citado precepto), sino también respecto a todo comunero que no reciba parte alguna del bien que estaba en común (en cualquiera de las dos vías de extinción de la comunidad previstas en dicho artículo 404)[20]. Esta equivalencia de los efectos que deben derivarse de los medios de extinción de la comunidad previstos en el artículo 404, en comparación con los del art. 399 CCiv, creemos que se pone claramente de manifiesto desde el momento en que el Tribunal Supremo considera que, si los comuneros solicitan judicialmente la extinción de la comunidad mediante división del bien, el Juzgador no incurre en incongruencia si, considerando el bien indivisible, aplica el artículo 404 CCiv (cfr. STS de 19 de junio de 2000, concretamente su fundamento de derecho segundo).

Si la división material de la cosa únicamente supone para cada comunero una sustitución del bien sobre el que se proyecta objetivamente su titularidad (que sigue siendo *la misma* en todos los sentidos), la misma consecuencia, *verdaderamente subrogatoria*, debe predicarse en aquellas hipótesis de extinción de la comunidad distintas a la división material del bien cuando éste es indivisible, pero referida ahora aquella subrogación, claro está, a los valores patrimoniales que, como consecuencia de la extinción de la comunidad, ingresan en el patrimonio de los comuneros no adjudicatarios, en tanto en cuanto dichos valores cumplen, en el patrimonio del beneficiario de los mismos, la misma función atributiva o de fijación que hubiese cumplido la adjudicación de una parte material del bien si ello hubiese sido posible (es decir, si el bien no hubiese que considerarlo indivisible).

Las ideas anteriores son fundamentales no sólo para comprender la verdadera naturaleza de la comunidad de bienes, sino también y muy especialmente, para poner de manifiesto que ninguno de los mecanismos de extinción de la comunidad enunciados en el artículo 404 es realmente *un acto de tráfico* del derecho subjetivo de cada uno de los comuneros, y consecuentemente, ningún tercero que hubiese adquirido algún derecho real de alguno de los comuneros durante la situación de comunidad, podrá afirmar a su favor la inoponibilidad de la transformación objetiva del bien, arguyendo un pretendido juego de la prioridad (registral o no) de su derecho sobre el acto de transformación objetiva que supone la extinción de la comunidad, ya por división material del bien, ya por cualquiera de los procedimientos previstos en el artículo 404 CCiv; y ello, aunque ese tercero hubiese inscrito su derecho. O lo que es igual: ninguno de aquellos titulares podrá pretender que su derecho o gravamen siga proyectándose sobre el bien, si el comunero otorgante no es adjudicatario del mismo, en todo o en parte, como consecuencia de la extinción de la comunidad[21].

Para comprender esta conclusión, es necesario que nos detengamos por separado en la lógica de cada uno de los mecanismos de extinción de la comunidad previstos en el artículo 404. Pero además, es necesario también tener en cuenta que una cosa es que la situación de comunidad *se extinga como consecuencia del ejercicio por parte de algún comunero de su derecho a no seguir en la comunidad*, y otra cosa bien distinta (cualitativamente) es que la comunidad *desaparezca como consecuencia de que desaparezca su supuesto de hecho (concurrencia de varios titulares en un mismo derecho)*[22].

### VI.2. Extinción de la comunidad vs. acción de división. El problema de la *división parcial*

Que la situación de comunidad se extingue cuando desaparezcan sus presupuestos objetivos (por ejemplo, destrucción de la cosa) o subjetivos (sólo hay, o queda, un único propietario) es algo que no requiere de mayores explicaciones.

Lo que sí debe quedar claro, es que puede haber extinción de la comunidad sin acción de división. La extinción de la comunidad es un fenómeno objetivo (desaparición de sus presupuestos como fenómeno complejo); pero la división es una *facultad* que corresponde a cada comunero por el solo hecho de serlo, esto es, forma parte de la configuración jurídica de la posición de comunero o copropietario, por la que se pretende obtener, por esta vía concreta y no por otra, la extinción de la comunidad.

Lo anterior debe quedar claro, para no confundir la *división* como consecuencia del efectivo ejercicio de la facultad *ex* art. 400 y 404, y extinción de la comunidad como consecuencia de actos de tráfico. Y es que la división no es un negocio traslativo, aunque pudiera proceder una compensación dineraria, o de otro tipo, tal y como dispone el artículo 404 en los casos en que el bien se adjudica a uno de los comuneros. En otras palabras: la "división" así operada no es un negocio oneroso o gratuito, pues en sentido estricto no hay margen siquiera para plantear lógicamente esta cuestión[23]: cuando el comunero adjudicatario deviene, como consecuencia de ello, único propietario, debiendo compensar a los demás, esa compensación, aunque sea en dinero, *no es causa, sino consecuencia* de la adjudicación, y por tanto, no permite calificar la atribución como *onerosa*.

Por lo anterior, puede haber casos en que la extinción de la comunidad y la atribución del bien indivisible a un comunero, en realidad oculte un negocio oneroso, como podría ser una dación en pago, de manera que en estos casos la adjudicación se realice, en verdad, con fines solutorios de una deuda anterior que el no adjudicatario tuviera con aquél (como sucedió en el caso analizado por la RDGSJyFP de 10 de marzo de 2021, aunque el Centro Directivo no tuvo que detenerse en esta cuestión, que quedaba más allá de los términos del recurso). En estos casos ciertamente no puede negarse que la situación de comunidad se ha *extinguido* (falta la pluralidad de titulares), pero tampoco puede negarse en nuestra opinión, que la finalidad de la adjudicación era *traslativa-solutoria* y que, en este sentido, ha habido por el adjudicatario una adquisición *derivativa* del dominio del otro *ex*comunero[24], con lo que no habrá razón para negar que los posibles gravámenes que, al tiempo de la adquisición por el ahora único propietario, existieran sobre la propiedad adquirida, siguen gravitando específicamente sobre ésta, aunque ahora sólo exista un único dueño del bien. En fin, estos casos deben ser tratados como supuestos de verdadera simulación negocial (simulación relativa: la extinción de la comunidad disimula una dación en pago).

Lo anterior explica que, aunque como se ha señalado de manera reiterada, el Código Civil no recoja la división-extinción parcial de la comunidad, sino que la concibe como fenómenos *totales*, la jurisprudencia sin embargo la haya admitido, aunque con cautelas para evitar que, por la vía de la extinción parcial, se persiga realizar *actos de tráfico*. En este sentido, y como se ha señalado, por todas, en la RDGSJyFP de 20 de diciembre de 2023, si bien "El Código Civil sólo regula en ri-

gor la extinción total de la comunidad", y que "el pretendido negocio de «extinción parcial» de comunidad, no aparece tipificado legalmente y no presenta ninguna semejanza que genere identidad de razón con el de extinción total, por lo que no puede pretenderse la aplicación analógica a aquella del régimen jurídico de ésta"; también admite, reiterando la doctrina que se había sostenido en previas Resoluciones de 4 de abril de 2016 y de 2 de noviembre de 2018, que "si el acto no produce la disminución de miembros de la comunidad, sino simplemente la alteración de las cuotas de los mismos, no cabrá calificarlo de acto de disolución, porque no existirán elementos suficientes para distinguirlo de la simple transmisión de cuotas. Sin embargo, todo acto, aunque no implique reducción de los miembros de la comunidad, por propia naturaleza, puede entenderse encaminado al cese final de la situación de comunidad y, aunque no se logre dicho efecto totalmente, si el acto tiende naturalmente a dicho resultado, podrá ser calificado de disolución[25].

### VI.3. Análisis y alcance de los medios de extinción de la comunidad sobre bienes indivisibles

De la lectura del artículo 404 CCiv se extrae con facilidad que son *dos* los medios de extinción de la comunidad sobre bienes indivisibles: 1) la adjudicación del bien a un solo comunero, debiendo éste "indemnizar" a los demás; y 2) la venta del bien para posibilitar el reparto del precio obtenido.

Detengámonos por separado en cada uno de estos medios extintivos.

#### *VI.3.A. La adjudicación de la totalidad del dominio a un solo comunero, debiendo indemnizar a los demás. Ideas conceptuales y repercusiones prácticas*

Como hemos visto, esta forma de extinción de la comunidad no sólo *no* es un acto de división, sino que *tampoco es ningún acto de adquisición derivativa del adjudicatario final sobre las partes de los otros condóminos*. Dicho de otra forma: este modo de extinción de la comunidad *no implica*, respecto de los comuneros no adjudicatarios, manifestación de la facultad dispositiva que a todo comunero reconoce el artículo 399 sobre su parte. Este modo de entender la cuestión viene confirmada por las RRDGRN/DGSJyFP de 13 de diciembre de 2017, 12 de febrero de 2020 y de 20 de diciembre de 2023: en ellas puede leerse que la ley "permite cuando se trata de bienes indivisibles la adjudicación a uno a cambio de abonar a los otros el exceso en metálico sin que ello pueda considerarse que se trate de un acto de enajenación, sino meramente de un negocio de naturaleza especificativa con todas las consecuencias que ello lleva implícito (fundamento de derecho segundo)". Esto tiene importantes consecuencias, como se puso de manifiesto en la primera de las Resoluciones citadas de 2017: "la totalidad de la finca adjudicada tras la extinción de la copropiedad conserva la misma naturaleza que tenía la titularidad originaria de la condueña adjudicataria, es decir la cuota indivisa de la que trae causa la adjudicación, que en el caso examinado era privativa" (fundamento de derecho tercero); por lo que la totalidad de la finca, ahora tras la extinción, es privativa por completo.

Para llegar a esta conclusión, creemos que pueden señalarse, al menos, dos argumentos:

a) En primer lugar, la literalidad del artículo 404 es suficientemente expresiva: evita emplear cualquier concepto que pudiera implicar puesta en marcha de facultades dispositivas por los comuneros no adjudicatarios, y de la misma forma, evita referirse a la idea de "precio" o término equivalente: en su lugar, el precepto emplea la idea de *indemnización*. La literalidad de esta primera parte del precepto es tanto más significativa, si se comprueba que en su segunda parte sí se emplea el verbo *vender*, y el sustantivo *precio*.

b) En segundo lugar, conforme a la idea generalmente aceptada del fenómeno de la comunidad de bienes, y que en este trabajo también se defiende, no hay que olvidar que el comunero no es dueño sólo de la cuota parte del dominio sobre un bien, sino que es dueño de la totalidad de la cosa, con los límites que implica la compresión que para su derecho supone la concurrencia de otros comuneros de ese *mismo* derecho. Consiguientemente, para que un comunero llegue a ser propietario único del bien, no necesita adquirir derivativamente los derechos de los demás copropietarios: basta que la titularidad de aquéllos desaparezca. Por supuesto, un comunero puede adquirir *derivativamente* de otro su parte en el dominio, como un supuesto más de la normal aplicación del artículo 399: en estos casos, que el adquirente sea otro comunero, o sea un tercero, debe ser irrelevante (especialmente, de cara a considerar vigente sobre el bien los derechos reales constituidos por el condómino). Pero éste no es el escenario para el cual está previsto el art. 404, pues dicho precepto parte de dos presupuestos: 1) que la cosa es *indivisible*, y 2) que el fin que se pretende es salir de la comunidad. Por ello, esta forma de extinción de la comunidad, desde la perspectiva de los comuneros no adjudicatarios, no es un acto a título oneroso, sino que, sencillamente, debe evitar su perjuicio, lo que es bien distinto. Y esto tiene importantes consecuencias de cara a las exigencias de capacidad de obrar[26].

Si bien se mira, en esta parte del art. 404 se está mucho más próximo *funcionalmente* (pero no debe confundirse con ella) a la idea de *renuncia* (*no* gratuita) de los comuneros no adjudicatarios, que a la *transmisión* al adjudicatario único del bien[27], pues en verdad la adjudicación de la totalidad del dominio a un único comunero puede explicarse sencillamente como la *descompresión* de su titularidad por la desaparición de la de los hasta entonces concurrentes[28].

Llegados a este punto, debemos preguntarnos por la suerte de los derechos y gravámenes constituidos, *ex* art. 399, por los comuneros no adjudicatarios sobre la que hasta entonces había sido su parte en el dominio.

Si se admite que el adjudicatario final del bien no adquiere derivativamente la parte de los demás comuneros en el dominio, y que, en consecuencia, la propiedad del adjudicatario del todo es, sustantivamente, la misma propiedad que la que tenía como comunero, sólo que sin la compresión que implicaba la concurrencia con otros comuneros (y que ahora desaparece), no se ve ninguna razón por la que trasladar al dominio del adjudicatario final los derechos o gravámenes que cada comunero hubiera constituido sobre su dominio concurrente constante la

comunidad —y que, en cambio, y por la misma razón, se hubieran extendido a la totalidad del dominio si el adjudicatario hubiese sido el comunero que constante la comunidad los hubiera constituido sobre su parte *ex* art. 399—. Para comprender esta conclusión debe tenerse muy presente que el bien no es el objeto de los derechos reales o gravámenes reales, sino que el bien es la referencia objetiva de los derechos de los cuales aquellos gravámenes o derechos limitados traen causa (esto es, derivan su explicación causal derivativa): no se grava el bien, sino el derecho que se tenga sobre el bien[29]. Los derechos reales limitados y los gravámenes de naturaleza real sólo "persiguen" a la cosa figuradamente, porque en realidad sólo siguen a la cosa en tanto en cuanto siga existiendo el derecho real del que traen causa *aunque éste haya cambiado de titular*.

Esta forma de entender la cuestión se ha puesto de manifiesto en la doctrina mantenida por la Dirección General de los Registros en su resolución de 25 de mayo de 2016, cuya doctrina debe compartirse. En esta importante Resolución se trataba de decidir si es posible la cancelación de unas anotaciones preventivas de embargo sobre una cuota indivisa de una finca, cuyo condominio se extinguió mediante la plena adjudicación del dominio a uno solo de los comuneros. El Registrador entendía que no procedía la cancelación; pero la Dirección General estimó el recurso y ordenó la cancelación de la anotación. Y aunque se trate de afirmaciones *obiter dicta*, este mismo punto de vista también se sostiene en la RDGSJyFP de 20 de diciembre de 2023 cuando en ella se afirma que "el adjudicatario de la cosa o de la porción material correspondiente no puede invocar el título de esta adjudicación como adquisición susceptible del amparo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sino que dicho título lo será el mismo que dio origen a la propia situación de comunidad (contrato, legado, usucapión, etc.), ni es tampoco la división título apto para ganar la usucapión ordinaria. Del mismo modo, subsisten tras la división las consecuencias y efectos jurídicos que se deriven de la relación jurídica originaria que dio nacimiento al derecho de cuota, como pueden ser las eventuales restituciones derivadas de la anulación, resolución o rescisión del contrato por el que se adquirió dicha cuota (cfr. artículos 1303, 1124 y 1295 del Código Civil), la reversión o revocación de donaciones, (cfr. artículos 812 y 644 del Código Civil), etc."

Lo anterior nos lleva, en coherencia, a otra importante idea en este estudio: si como consecuencia de la extinción de la comunidad mediante la adjudicación de la totalidad del dominio a un solo comunero, el comunero que constituyó durante la indivisión un derecho real o un gravamen sobre su derecho no resulta ser él el adjudicatario de la totalidad, entonces, como tal comunero no recibe en verdad ninguna parte de la cosa que estaba en común, no existe la realidad objetiva (parte o porción física de la cosa) sobre la que los artículos 399 y 450 proyectan sus efectos; todo lo contrario de lo que sucede con el comunero adjudicatario, respecto del cual los efectos de los artículos 399 y 450 referidos a los actos de gravamen o constitución de los derechos reales se deben "extender", ahora, a la totalidad del dominio, excluyendo así cualquier eficacia, cualquier oponibilidad, y por tanto, cualquier prioridad, de los constituidos por los otros sobre su parte.

Ahora bien: esto no debe llevar a admitir, sin más, la extinción de los derechos constituidos sobre su parte por los comuneros no adjudicatarios del bien indivi-

sible. Para comprender esto, hay que tener muy presente que, en las hipótesis en las que el bien es *divisible*, la concreción del derecho de cada comunero en la parte que se le adjudica, y el arrastre de los derechos y cargas que hubiese constituido individualmente sobre su parte, que ahora pasan a gravitar concretamente sobre la parte adjudicada, no es una consecuencia de la división material de la cosa, sino de la consecuencia extintiva de la comunidad; sólo hay que pensar que la mera división material, por ejemplo, de una finca, no tiene por sí la consecuencia prevista en la segunda parte del art. 399 CCiv. El hecho de que ambos fenómenos, el de la división material de la cosa y la extinción de la comunidad, sean coetáneos, no nos puede impedir identificar a cuál de ellos imputar efectos diferentes, en concreto cuando la división material de la cosa es un acto subordinado y auxiliar al efecto verdaderamente pretendido: la extinción de la comunidad. Por consiguiente, el hecho de que en un caso dado el bien sea indivisible, puesto que ello sólo impide su división material pero no la extinción de la comunidad, esta circunstancia tampoco puede impedir que se aplique una consecuencia de arrastre similar a la que sólo de forma expresa se enuncia en el art. 399 para el caso de efectiva división material, por bien que con las adaptaciones correspondientes a la realidad de las cosas. Lo que, en nuestra opinión, debe conducir a afirmar un efecto verdaderamente *subrogatorio*[30], que es la idea que subyace en el efecto de concreción dispuesto en el art. 399 (como ha señalado un sector muy relevante de la doctrina científica[31], y ha admitido también la Dirección General de los Registros y del Notariado[32]), también a los supuestos de extinción del condominio por alguna de las vías enunciadas en el artículo 404 CCiv.

Esta consecuencia subrogatoria puede provocar situaciones que, a priori, parecen contrarias a la intuición. No habría más que pensar en el supuesto en que un comunero hubiese hipotecado su parte. Ciertamente, admitir el efecto subrogatorio de la cuantía obtenida en concepto de la compensación a que se refiere el artículo 404 conduciría a afirmar que la hipoteca, ahora, pesa sobre ese monto dinerario recibido por el comunero. Pero no creemos que los problemas que en este orden produce la solución, que aquí se defiende, sean de naturaleza distinta a los de la consecuencia que el artículo 110.2º LH expresa e indudablemente prevé, y que califica de subrogatoria un sector muy relevante de la doctrina hipotecarista[33], y la jurisprudencia[34]. Y cabría igualmente admitir este efecto subrogatorio (si fuese el caso) sobre el derecho que el excomunero hubiese obtenido en ese concepto "indemnizatorio"-compensatorio, sobre el bien, pues la Dirección General ha admitido la posibilidad de extinguir la comunidad a través de adjudicar a un comunero, por ejemplo, la nuda propiedad y al saliente un usufructo[35] (en cuyo caso, el efecto subrogatorio habría de recaer ahora sobre el derecho de usufructo).

Lo mismo cabe afirmar en relación a los derechos de goce, si tomamos como referente el derecho de usufructo. Una lectura conjunta de los artículos 517 y 518 CCiv, para el caso de destrucción del edificio sobre el que recae el usufructo y sólo el nudo propietario hubiese concertado un seguro (cfr. arts. 517 y 518 CCiv): si el nudo propietario construyera un nuevo edificio, el usufructo no se extiende a él, sino que se reduce a los intereses (legales) sobre el valor del suelo y de los materiales del edificio destruido que hubiese quedado en aquel momento. Y una consecuencia subrogatoria similar se prevé, en el artículo 519 CCiv, para el supuesto de expropiación forzosa del inmueble sobre el que se había constituido el usufructo.

En definitiva, no creemos que haya ninguna razón para extinguir los derechos que cada comunero haya podido constituir sobre su parte constante la comunidad. Pero tampoco se encuentra ninguna razón para que esta forma de extinción de la comunidad (adjudicación de la totalidad a uno solo de los comuneros, que habrá de compensar a los demás) deba tener unas consecuencias distintas de las meramente declarativas *ex* art. 399 CCiv. El expediente *subrogatorio-real* permite la traducción de esas mismas consecuencias al supuesto en que la cosa es indivisible en el sentido del artículo 404.

### *VI.3.B. La venta del bien para posterior reparto del precio*

Con las necesarias adaptaciones, las conclusiones que acaban de explicarse en relación a la extinción de la comunidad mediante adjudicación de la totalidad del dominio a un solo comunero, son trasladables a esta segunda vía de extinción consistente en la venta de la cosa en común para repartirse el precio entre los comuneros.

Aquí tampoco estamos ante una verdadera "venta" de la cosa común, ni por tanto ante una manifestación del típico poder dispositivo que corresponde a todo propietario *ex* art. 348 CCiv. Estamos ante un acto que es, a la vez, *sustitutivo* del bien que está en comunidad (que pasa de ser un bien indivisible, a pasar a ser dinero), y *extintivo* de la comunidad, porque la obtención del precio y su función sustitutiva del bien permite afirmar directamente y sin necesidad de nada más, un derecho de cada uno de los comuneros sobre la parte del monto dinerario que le corresponda, y el consiguiente derecho de todo comunero a obtenerlo por sí mismo sin necesidad de pasar por un previo acto divisorio en el sentido del art. 400[36].

GULLÓN BALLESTEROS ya señaló, respecto a esta forma de extinción de la comunidad, que "si bien el adquirente es un comprador respecto de los comuneros-vendedores, no lo es menos que la motivación de tal negocio jurídico es la disolución de una comunidad", y en este sentido, concluyó que "[h]ay que hacer predominar esta faceta sobre la del negocio consecuencia de la misma"[37]. Creemos que esta es la forma adecuada de entender la cuestión. Desde luego, no se puede negar que el tercero adquirente es un comprador en el sentido de los artículos 1445 y ss CCiv (aunque sea mediante subasta pública-judicial[38], y por tanto sin perjuicio de las especificidades correspondientes[39]); pero tampoco se puede negar que este tipo de ventas no cumple en el tráfico jurídico la misma finalidad socioeconómica que las ventas consideradas por el Legislador al regular este contrato en el Código Civil, porque en los casos que ahora nos interesa la venta es un mecanismo auxiliar *para* la extinción de la comunidad para los casos en que la adjudicación a un solo comunero no se quiere. Consecuentemente, en estos casos de venta mediante subasta no estamos ante la manifestación del derecho de los comuneros a disponer sobre su parte, sino ante la *necesidad* de adaptar a la indivisibilidad del bien el derecho que a todo comunero corresponde conforme al artículo 400, como *única alternativa* posible en un supuesto concreto. Es el propio Legislador el que permite, a uno solo de los comuneros, imponer a los demás la enajenación del bien que se tiene el común, y por tanto puede decirse que es el propio Legislador el que reconduce necesariamente a una venta (en subasta) la extinción de la comuni-

dad. En otras palabras: la extinción de la comunidad se produce automáticamente por la transformación objetiva del bien que se tenía en común cuando ello es consecuencia de la puesta en funcionamiento del derecho del artículo 404 CCiv. En estos casos, aunque el tercero adquirente del bien pueda considerarse *comprador* de dicho bien, *ad intra communitatis* ese acto de enajenación debe considerarse como un acto transformador / sustitutivo del bien, subrogatorio desde un punto de vista objetivo-real, y con efectos divisorios en sí mismo. Consecuencia de ello, es que esta forma de extinción de la comunidad no impide el efecto previsto en la segunda parte del art. 399, y los derechos y gravámenes que cada comunero hubiese constituido sobre su "parte" constante la comunidad, se proyectaran, ahora, sobre el precio obtenido con la enajenación, por efecto de la subrogación real[40].

Esta enajenación, cuya causa es la extinción de la comunidad, debe quedar bien diferenciada, como se apuntó *supra* del supuesto en el que la totalidad de los comuneros (pero cada uno de ellos haciendo uso de la facultad dispositiva que el art. 399 les reconoce sobre su parte *por separado*) dispone en favor de un tercero, que adquiere la totalidad del dominio. Esta forma de enajenación, por sí misma, no produce ni la extinción de la situación de comunidad entre los disponentes[41], ni tampoco, por tanto, ningún efecto subrogatorio sobre el que proyectar ahora los derechos o gravámenes constituidos por cada comunero sobre su parte constante la comunidad[42].

## VII. RESOLUCIONES DE LA DGRN / DGSJYFP ANALIZADAS

- RDGRN de 30 de octubre de 1984
- RDGRN de 24 de abril de 1998
- RDGRN de 20 de junio de 1990
- RDGRN de 27 de abril de 2000
- RDGRN de 2 de enero de 2004
- RDGRN de 8 de junio de 2011
- RDGRN de 29 de enero de 2013
- RDGRN de 13 de diciembre de 2017
- RDGSJyFP de 25 de octubre de 2018
- RDGSJyFP de 12 de diciembre de 2019
- RDGSJyFP de 12 de febrero de 2020
- RDGSJyFP de 10 de marzo de 2021
- RDGSJyFP de 29 de julio de 2022
- RDGSJyFP de 21 de marzo de 2023
- RDGSJyFP de 20 de diciembre de 2023
- RDGSJyFP de 11 de junio de 2024

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1954). La comunidad de bienes en el Derecho español. Madrid, Revista de Derecho Privado.

BELUCHE RINCÓN, I. (2016). Comentario al artículo 521, en VV.AA. Código Civil comentado. Civitas-Thomson Reuters, Madrid. Tm. I.

CÁMARA ÁLVAREZ, M. de (2011). *Compendio de Derecho sucesorio*. La Ley, Madrid.

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B. (1983). Comentarios a la Legislación Hipotecaria. Aranzadi, Pamplona.

DIEGO, C. de (1919). Instituciones de Derecho Civil Español. Imprenta de Juan Pueyo, Madrid. Tm. I.

ESTRUCH ESTRUCH, J. (2016). "Validez obligacional y posible eficacia real de la venta de cosa común por uno de los copropietarios". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 755.

GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.; DEL POZO CARRASCOSA, P. (2006). Lecciones de Derecho Hipotecario. Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

GULLÓN BALLESTEROS, A. (1965). "La disolución de la comunidad de bienes en la jurisprudencia". Anuario de Derecho Civil, Tm. XVIII, fasc. 2, abril-junio.

LACRUZ BERDEJO, J. L. (1980). Elementos de Derecho Civil, III-2º. Bosch, Barcelona.

LENER, A. (1982) VI. Comunione, en RESCIGNO, P. (dir.). Trattato di Diritto Privato. 8-2º, *Proprietà*. UTET, Torino.

LIPARI, N.; RESCIGNO, P. (dirs.) (2009). Diritto Civile. Vol. II, II, *La proprietà e il possesso*. Giuffrè, Milán.

MARÍN PÉREZ, P. (1993). Artículo 445, en ALBALADEJO M.; DÍAZ ALABART, S. (dirs.). Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Revista de Derecho Privado, Madrid. Tm. VI.

MARTY, G.; RAYNAUD, P. (1980). Droit Civil. *Les biens* (Pierre Raynaud). Sirey, París.

OSSORIO SERRANO, J. M. (1991). Comentario al artículo 864, en VV.AA., Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia, Madrid. Tm. I.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (2001). Derechos reales. Derecho Hipotecario. Tm. II, Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad. Centro de Estudios Registrales. Madrid.

PÉREZ GURREA, R. (2012). "Validez de la venta de la totalidad de una cosa común realizada por uno de los comuneros sin consentimiento de los demás: aplicación de la venta de cosa ajena a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2012". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 734.

PUIG BRUTAU, J. (1971). Fundamentos de Derecho Civil. Tm. III-1º. Bosch, Barcelona.

REINACH, A. (2010). Los fundamentos a priori del Derecho civil (edición, traducción y estudio preliminar a cargo de Mariano Crespo). Granada, editorial Comares.

ROCA SASTRE, R. M. (1949). "La subrogación real". Revista de Derecho Privado (abril).

ROCA SASTRE. R. M; ROCA SASTRE MUNCUNILL, L. (1979). Derecho Hipotecario. Tm. I. Bosch, Barcelona.

TRIMARCHI, P. (2005). Istituzioni di Diritto Privato. Giuffrè, Milán.

VON TUHR, A. (1998). Derecho Civil. Vol. I. Los derechos subjetivos y el patrimonio (Traducción directa el alemán por Tito Ravá). Madrid, Marcial Pons.

WESTERMANN, H., et. al. (1998). Derechos reales (Traducción a cargo de Ana Cañizares Laso, José María Miquel González, José Miquel Rodríguez Tapia y Bruno Rodríguez-Rosado). Madrid, Fundación cultural del Notariado, Tm. I.

WOLFF, M. (1971). Derecho de cosas. Volumen primero, Posesión —Derecho Inmobiliario— Propiedad (Traducción española con anotaciones de Blas Pérez González y José Alguer). Barcelona: Bosch

## NOTAS

[1] Por todos, GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.; DEL POZO CARRASCOSA, P. (2006). Lecciones de Derecho Hipotecario. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 122.

[2] En el fundamento de derecho segundo de la citada resolución de 11 de junio de 2024 puede leerse: "Desde el punto de vista material, este Centro Directivo ya admitió en su Resolución de 12 de diciembre de 2019, la posibilidad de inmatricular la propiedad privativa de un elemento en régimen de propiedad horizontal, de manera independiente a los restantes elementos, cuando no constaba previamente inscrita la finca donde se procedía a la declaración de obra nueva y el régimen de propiedad horizontal, sin necesidad de aportar la titulación precisa para justificar la previa adquisición de todos los propietarios de los elementos integrantes de la misma".

[3] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1954). La comunidad de bienes en el Derecho español. Madrid, Revista de Derecho Privado, 171.

[4] VON TUHR, al explicar el fenómeno de la comunidad, diferenciaba la comunidad *simple*, de la *comunidad unitaria*: la primera se proyecta sobre bienes o valores *aislados*, individuales, y en estos casos la situación de comunidad expresaría la suma de derechos separados sobre un único objeto, siendo aquellos derechos "iguales por contenido y jerarquía. El conjunto de estos derechos representa las facultades que tendría un sujeto si tuviese el señorío completo sobre el mismo objeto" [VON TUHR, A. (1998). Derecho Civil. Vol. I. Los derechos subjetivos y el patrimonio (Traducción directa el alemán por Tito Ravá). Madrid, Marcial Pons, § 3.IV ]. Lo que interesa resaltar es que, cada uno de esos derechos, es independiente y autónomo en el tráfico, y como tales pueden ser objeto de enajenación, gravamen o embargo. Y añade que las cuotas de los comuneros "no son partes de un derecho y menos aún partes de la cosa, sino la medida que define recíprocamente al señorío de los comuneros" [loc. cit]. Pero se trata de un señorío que merece el calificativo de *propiedad*, por bien que recíprocamente limitado por tal concurrencia; por eso, WOLFF apuntaba que "cada cuota de copropiedad tiene carácter de propiedad y se le aplican todas las normas que regulan ésta" [WOLFF, M. (1971). Derecho de cosas. Volumen primero, Posesión —Derecho Inmobiliario— Propiedad (Traducción española con anotaciones de Blas Pérez González y José Alguer). Barcelona: Bosch, 610]; WESTERMANN concluyó que "la copropiedad no se distingue de la propiedad individual, salvo por su extensión, que viene dada por la cuota de copropiedad" [WESTERMANN, H., et. al. (1998). Derechos reales (Traducción a cargo de Ana Cañizares Laso, José María Miquel González, José Miquel Rodríguez Tapia y Bruno Rodríguez-Rosado). Madrid, Fundación cultural del Notariado, Tm. I, § 29.I.1, p. 334]; y REINACH entendía la comunidad como una situación que tenía por referencia "no (…) fracciones de la cosa, sean estas reales o "meramente pensadas", ni fracciones de la relación de pertenencia (…). El objeto de la pertenencia es *la cosa misma en las fracciones de su valor*" [REINACH, A. (2010). Los fundamentos a priori del Derecho civil (edición, traducción y estudio preliminar a cargo de Mariano Crespo). Granada, editorial Comares, 78].

[5] Así, MARTY, G.; RAYNAUD, P. (1980). Droit Civil. *Les biens* (Pierre Raynaud). Sirey, París, 74.

[6] Como tampoco lo convierte en un objeto autónomo de *posesión*. De ahí que el artículo 445 CCiv, en sede de posesión, disponga que "la posesión, como hecho, no puede reconocerse en dos personalidades distintas, *fuera de los casos de indivisión*". Como ha señalado MARÍN PÉREZ, la posesión no es susceptible de divisibilidad por cuotas (ver en ALBALADEJO M.; DÍAZ ALABART, S. (dirs.) (1993). Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Revista de Derecho Privado, Madrid. Tm. VI, 285).

[7] TRIMARCHI (2005) expresó muy bien esta idea: "Le facoltà spettanti a ciascuno derivano da quelle proprie del diritto in comunione, ma subiscono una compressione per la contemporanea incidenza, sul mederimo bene, dei diritti degli altri" (Istituzioni di Diritto Privato. Giuffrè, Milán, 489).

[8] Debe compartirse la idea que expresaba por BELTRÁN DE HEREDIA: la cuota "no es (…) susceptible de ser objeto de propiedad. La cuota es, simplemente, la proporción, medida o razón, en virtud de la cual se limitan y armonizan recíprocamente los distintos derechos de propiedad" (…). "Por eso no puede aceptarse completamente la fórmula del art. 399 del C. c., ya que no es posible hablar de "plena propiedad de la parte"" (1956, op. cit., 173)

[9] Abandono que, para el caso de inmuebles, significaría la automática atribución de esa parte al Estado como bien patrimonial *ex* art. 17.1 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas: "Pertenecen a la Administración General del Estado los inmuebles que carecieren de dueño"; y para el caso de bienes muebles, la posibilidad de adquirir por ocupación *ex* art. 610 CCiv: "Se adquieren por la ocupación los bienes apropiables por su naturaleza que carecen de dueño (…)".

[10] Defiende el acrecimiento en estas hipótesis, por todos, PUIG BRUTAU, J. (1971). Fundamentos de Derecho Civil. Tm. III-1º. Bosch, Barcelona, 417. En el derecho comparado, también TRIMARCHI (2005, op. cit., 489.

[11] LENER consideraba inapropiado explicar la situación concurrencial desde la "imagen" de *ius in re alinea*, como si "…ciascuno, al tempo stesso, avesse un diritto sulla cosa propia (limitato dal diritto degli altri) ed un diritto sulla cosa degli altri (limitante il diritto di costoro)". Y concluye: "[u]na è la cosa oggeto del diritto comune, uno è el dirrto comune, più sono i titolari che vi partecipano. Ciascuno è titolare assieme agli altri dell'intero diritto, e se gli altri abbandonano resta único titolare del diritto". (VI. Comunione /en/ RESCIGNO, P. (dir.). (1982). Trattato di Diritto Privato. 8-2º, *Proprietà*. UTET, Torino, 274).

[12] Por ello, el hecho de que parte de la doctrina califique estos supuestos como disposiciones de cosa ajena (así, v. gr., vid. GIUSTI, A. (2009). Capitolo VIII. La comunione, en LIPARI, N.; RESCIGNO, P. (dirs.). Diritto Civile. Vol. II, II, *La proprietà e il possesso*. Giuffrè, Milán, 279) no debe considerarse determinante en este sentido.

Nos parece que un serio argumento *de lege lata*, en favor de la idea conforme a la cual el comunero que dispone de un dominio individual y libre sobre el bien, lo encontramos en la regulación del legado de cosa ajena (arts. 861 a 864 CCiv). En concreto, el artículo 864 CCiv presupone que en la hipótesis en él disciplinada (legado de un bien sobre el cual el testador —o el heredero gravado con el legado— sólo tiene un dominio en régimen de comunidad) *no hay en rigor legado de cosa ajena*, *ni en todo ni en parte*; de ahí que resulte irrelevante considerar si el testador conocía o no la concurrencia de otros titulares sobre el bien [Al respecto, por todos, véase CÁMARA ÁLVAREZ, M. de (2011). *Compendio de Derecho sucesorio*. La Ley, Madrid, 136. No obstante, en contra, OSSORIO SERRANO, J. M. (1991). Comentario al artículo 864, en VV.AA., *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia, Madrid. Tm. I, 2114]. Aun cuando en el marco de los actos de disposición *inter vivos* falte una disposición que regule expresamente la eficacia de los actos dispositivos realizados sólo por un condómino sobre la totalidad del dominio libre (esto es, sin la concurrencia de los demás) [Y no lo es la norma del artículo 397 CCiv, contra un parecer jurisprudencial, parece que ya superado, en sentido contrario. Véanse al respecto las interesantes reflexiones de PÉREZ GURREA, R. (2012). "Validez de la venta de la totalidad de una cosa común realizada por uno de los comuneros sin consentimiento de los demás: aplicación de la venta de cosa ajena a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2012". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 734, 3435-3666. También ESTRUCH ESTRUCH, J. (2016). "Validez obligacional y posible eficacia real de la venta de cosa común por uno de los copropietarios". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 755, 1299-1282], la validez de este tipo de disposición debe quedar clara, como también el hecho de que el supuesto no merece ser calificado como transmisión *a non domino, ni en todo ni en parte*, sin perjuicio de que el hecho de que el disponente haya obviado al resto de cotitulares suponga una limitación a la eficacia transmisiva pretendida por las partes; lo que supone una eficacia *parcial* del proceso adquisitivo, respecto del cual se ha cuestionado si dicho efecto parcial es automático, o exige un acto confirmatorio por el *accipiens* [apoyando la necesidad de aceptación del adquirente en este sentido para dar esa

eficacia *menor* al proceso transmisivo (eficacia menor que no es, por tanto, automática), se ha pronunciado ESTRUCH ESTRUCH (2016), op. cit., especialmente páginas 1255 y ss].

[13] Artículo 207 LH: "*Si la inmatriculación de la finca se hubiera practicado con arreglo a lo establecido en los números 1.°, 2.°, 3.° y 4.° del artículo 204, el artículo 205 y el artículo 206, los efectos protectores dispensados por el artículo 34 de esta Ley no se producirán hasta transcurridos dos años desde su fecha. Esta limitación se hará constar expresamente en el acta de inscripción, y en toda forma de publicidad registral durante la vigencia de dicha limitación*".

[14] ROCA SASTRE. R. M; ROCA SASTRE MUNCUNILL, L. (1979). Derecho Hipotecario. Tm. I. Bosch, Barcelona. Tm. I, 813.

[15] Así, no debiera ser exigible la "representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices" (art. 9,*b)* LH).

En este sentido, nos parece muy ilustrativa la RDGRN de 20 de junio de 1990, en la que se sostuvo, creemos que acertadamente, que la primera inscripción de una cotitularidad sobre una finca que ya había sido inmatriculada por otro condueño, y para lo que se había empleado un procedimiento expediente de dominio, no hacía falta citar a los dueños de las fincas colindantes.

[16] Así, por ejemplo, si se opta por la primera inscripción vía artículo 205 LH, resultará imprescindible que el cotitular que pretende esa primera inscripción de su dominio acredite "haber adquirido la propiedad de la finca al menos un año antes de dicho otorgamiento también mediante título público".

[17] BELUCHE RINCÓN, I. (2016). Comentario al artículo 521, en VV.AA. Código Civil comentado. Civitas-Thomson Reuters, Madrid. Tm. I, 2066

[18] En este sentido, resulta muy importante la RDGSJyFP de 21 de marzo de 2023, en la que se admite que, sin un usufructo fue adquirido conjuntamente por dos cónyuges casados en régimen económico de gananciales, sin ninguna indicación adicional, fallecido uno de los cónyuges debe estimarse que el usufructo subsiste hasta el fallecimiento del otro cónyuge, pero el otro usufructo (el del cónyuge premuerto) ingresa en la masa ganancial disuelta y pendiente de liquidación.

[19] En este sentido, puede verse la RDGRN de 8 de junio de 2011: "la finalidad de garantía del cumplimiento de una obligación, que puede ser de cualquier clase (…), la convierte en accesoria del crédito que garantiza, de suerte que su titularidad será la misma que la de dicho crédito. El carácter parciario, mancomunado o solidario del crédito va a determinar la titularidad proindiviso, colectiva o solidaria de la hipoteca que la garantice, siendo la determinación de cuota inexcusable en el caso de la obligación parciaria pero no en los demás casos" (…) "Esta singular cotitularidad también puede determinar especialidades en el ejercicio de la acción hipotecaria. Tres son las formas que puede presentar dicho ejercicio: la actuación aislada y unilateral de cada acreedor, de cada titular, que inevitablemente exige como presupuesto la previa determinación de cuotas (…); la aislada de cualquier acreedor vinculando a los demás, que nos llevará a la cotitularidad solidaria; y por último, la actuación conjunta de todos los acreedores, en caso de que se trate de una obligación indivisible por pacto expreso entre las partes".

[20] Tan es así, que incluso algún autor sigue empleando el término "división" aun en los casos en que el bien es esencialmente indivisible. Entre nuestros autores, Clemente DE DIEGO, al referirse a lo dispuesto en el artículo 401, concluía que lo que el mismo niega "no es el derecho a pedir la división, substrayéndose a la indivisión, sino el de pedir la división material que inutilizaría la cosa" ((1929) Instituciones de Derecho Civil Español. Imprenta de Juan Pueyo, Madrid. Tm. I, 475). En el Derecho comparado, para el Derecho italiano, LENER apuntaba que la indivisibilidad o la no cómoda divisibilidad de la cosa no impide a los comuneros pedir la división: "esclude solo la divisione in natura" (vid LENER, A. (1982) VI. Comunione, en RESCIGNO, P. (dir.). Trattato di Diritto Privato. 8-2º, *Proprietà*. UTET, Torino, 327).

[21] En este punto el análisis comparado vuelve a resultar muy útil. En concreto, esta idea la expresa muy bien el Codice Civile italiano, en sede de regulación del derecho real de hipoteca, en su artículo 2825: su primer párrafo, después de enunciar una regla general ("L'ipoteca costituita sulla propria quota da uno dei partecipanti alla comunione produce effetto rispetto a quei beni o a quella porzione di beni che a lui verranno assegnati nella divisione"), añade, en su párrafo segundo en coherencia con dicha regla, lo siguiente: "Se nella divisione sono assegnati a un partecipante beni diversi da quello da lui ipotecato, l'ipoteca si trasferisce su questi altri beni, col grado derivante dall'originaria iscrizione e nei limiti del valore del bene in precedenza ipotecato, quale risulta dalla divisione, purché l'ipoteca sia nuovamente iscritta con l'indicazione di detto valore entro novanta giorni dalla trascrizione della divisione medesima".

[22] La extinción que es consecuencia del ejercicio del derecho de todo comunero *ex* art. 400 —y 404— es manifestación del ejercicio que corresponde a la situación jurídica de comunero, y que tiene como únicos sujetos pasivos los demás comuneros. No es, por tanto, manifestación del contenido del derecho que se tiene en común, sino de una facultad inherente que el Derecho atribuye a la posición jurídica de comunero *con independencia* del contenido del derecho real que se tiene en comunidad. Esto justifica que las consecuencias derivadas del ejercicio de ese derecho connatural a la posición de comunero puedan ser de una naturaleza, lógica y alcance distintos de aquellos casos en que, produciéndose también como resultado la extinción de la comunidad, tenga su causa en el ejercicio de las facultades típicas del derecho que se tiene en común, como es, por ejemplo, el derecho a disponer del propio derecho: en estos casos, la desaparición de la comunidad no es más que una consecuencia refleja y circunstancial del acto dispositivo; esto es: que el acto dispositivo conlleve, además, la desaparición de la comunidad, debe ser irrelevante para medir las consecuencias de esa disposición respecto a los derechos y gravámenes previamente constituidos por cada comunero sobre su dominio constante la comunidad, los cuales deben entenderse vigentes, ahora, sobre el dominio del nuevo dueño del bien (aunque éste sea uno solo), pues esta es la consecuencia *normal* en todo caso de enajenación de una cosa gravada.

[23] Como señaló acertadamente CAMY, "[e]s interesante destacar, que en el caso de adjudicación a uno de los condueños indemnizando éste a los demás, no se produce una verdadera enajenación de las cuotas de éstos al condueño que asume la propiedad total de la cosa, pues (…) cada cotitular, no sólo es dueño de la parte que le corresponde, sino que tiene la posibilidad de adquirir todo el inmueble mediante la adjudicación particional de las cuotas de los demás partícipes, ya que la división de la cosa es de naturaleza declarativa, y basta ser dueño de una mínima parte (…) para recibir el todo, sin necesidad de verdadera enajenación por parte de los copropietarios" [CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B. (1983). Comentarios a la Legislación Hipotecaria. Aranzadi, Pamplona. Tm. IV, 413].

[24] Como se ha puesto de manifiesto reiteradamente, "los negocios han de ser calificados por su causa, y en la causa tiene relevancia fundamental la intención común de los contratantes" (por todas, RDGSJyFP de 12 de febrero de 2020).

[25] Y continúa: "Así pues, entre los supuestos de disolución, podemos considerar como ejemplos los siguientes:

a) En una comunidad que comprende varios bienes, los partícipes adjudican uno o varios bienes a alguno de ellos, en propiedad exclusiva, en pago de sus derechos en la comunidad, subsistiendo la comunidad entre los restantes partícipes no adjudicatarios sobre el resto de los bienes no adjudicados, con reajuste de las cuotas entre estos últimos. Sería un caso similar al que en el ámbito de la partición hereditaria recoge el artículo 80.1.c del Reglamento Hipotecario;

b) En una comunidad de bienes integrada por varias fincas, se forman lotes que se adjudican a grupos de partícipes diferenciados, recibiendo dichos grupos de adjudicatarios los lotes en comunidad proindiviso;

c) En una comunidad sobre un bien indivisible, material o económicamente, los copropietarios acuerdan adjudicarlo en proindiviso a varios de ellos, que compensan en metálico a los no adjudicatarios, y

d) En una comunidad sobre un solo bien, los titulares de algunas de las cuotas, pero no de todas, entre ellos se adjudican las cuotas de que son titulares, recibiéndolas uno o varios de ellos que compensan en metálico a los demás" (fundamento de derecho 4).

[26] En relación a la capacidad de obrar exigible para llevar a cabo la adjudicación, en concreto cuando intervienen menores de edad, es importante la doctrina mantenida en la RDGRN de 2 de enero de 2004, en la que se afirma que en esta hipótesis de extinción de comunidad, si uno de los no adjudicatarios es un menor de edad, los padres de éste deben actuar por nombre y cuenta del menor, pero no es necesaria la autorización judicial que el (entonces) artículo 166 CCiv sí exige cuando se trata de actos dispositivos sobre inmuebles.

[27] En el Derecho comparado, en este sentido, véase para el Derecho italiano a LENER, A. (1982). Op. cit., 329, que añade que en estos casos, no hay un transferente ni un adquirente, sino que en estos casos "titolo de acquisto è lo stesso titolo costitutivo della comunione".

Cfr. también art. 552-11.5 del Código Civil catalán: "El objeto de la comunidad, si es indivisible, o desmerece notablemente al dividirse, o es una colección que integra el patrimonio artístico, bibliográfico o documental, se adjudica al cotitular o la cotitular que tenga interés en el mismo. Si existen más de uno, al que tenga la participación mayor. En caso de interés y participación iguales, decide la suerte. El adjudicatario o adjudicataria debe pagar a los demás el valor pericial de su participación, *que en ningún caso tiene la consideración de precio* ni de exceso de adjudicación. Si ningún cotitular tiene interés, se vende y se reparte el precio" (la cursiva es nuestra).

[28] También, con interesantes consecuencias, como se puso de manifiesto en el caso tratado en la RDGRN de 29 de enero de 2013: uno de los cotitulares estaba casado en régimen de gananciales, y su cotitularidad tenía carácter privativo. La finca se consideró indivisible por los comuneros, y acordaron la adjudicación a dicho cotitular casado, que compensaría a los demás con dinero, que tenía carácter ganancial. La Dirección General concluyó (en mi opinión acertadamente), que el dominio del cónyuge adjudicatario de la totalidad del dominio ya individual, tenía la condición, todo él, de *privativo*, sin perjuicio de las compensaciones que deban realizarse entre los patrimonios de los cónyuges en el momento en que se extinga la sociedad de gananciales.

[29] Como afirmara VALLET, "cuando hablamos de titular de la propiedad de una cosa, fatalmente nos referimos al titular de la cosa, y viceversa (…) [L]a propiedad tradicionalmente se ha venido confundiendo con su objeto". Estudios sobre derecho de cosas. Montecorvo, Madrid.Tm. I, 32.

[30] GIUSTI se refería a la idea, muy gráfica, de *desplazamiento horizontal* ("spostamento orizzontale") para explicar este fenómeno (GIUSTI, A. (2009), op. cit., 283).

[31] BELTRÁN DE HEREDIA y LACRUZ BERDEJO son muy ilustrativos.

El primer de ellos, sobre la base de que "la copropiedad es, simplemente, una propiedad de cada copropietario, sobre la totalidad de la cosa, concurrente con otros derechos de propiedad, lo cual supone una compresión o reducción interna en cuanto a su contenido o intensidad, que no afecta a la naturaleza de la relación", apunta: "El acto de división (...) lo que modifica, tan solo, es el objeto, en su extensión (…). La división, según esto, es, ante todo, una división material de la cosa, presupuesto necesario de la división jurídica, que no es división del derecho, sino sustitución del contenido del objeto (…). No es enajenación, porque cada uno recibe lo que era suyo. Ni hay intención de enajenar, sino de dividir materialmente". Y añade: "El carácter declarativo de la división no es ficción, sino realidad. Todas las consecuencias que aquel carácter lleva consigo, especialmente el referente a la retroactividad de la posesión, de la propiedad, así como de los actos de disposición de la cosa, aparecen recogidos, de un modo expreso, en nuestro C.c." [BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1954), op. cit., 365-366].

Por su parte, LACRUZ, al explicar esta misma materia, sí se refiere de forma expresa al fenómeno de la subrogación real que BELTRÁN DE HEREDIA no llega a mencionar pero que de sus palabras transcritas acepta. Así, LACRUZ afirma que "los bienes adjudicados en la partición se subrogan en lugar de la cuota que sustituyen y ahora adquieren su misma condición jurídica", estableciendo así una expresa relación con lo dispuesto en el artículo 450 CCiv. Y añade: "la subrogación de la porción de la cosa en propiedad exclusiva en la condición jurídica de la antigua cuota es eficaz frente a todos" [Véanse sus Elementos de Derecho Civil, III-2º. Bosch, Barcelona, 282].

[32] Buen ejemplo de ello lo encontramos en la RDGRN de 27 de abril de 2000, en la que se afirma que el "principio de subrogación real [está] recogido en el artículo 399, en cuanto que la parte material que en la división de la cosa común se adjudica a un copropietario ocupa la posición jurídica de la cuota respectiva" (fundamento de derecho segundo).

[33] Véanse en este sentido las interesantes reflexiones de ROCA SASTRE (1954) en su Derecho Hipotecario. Tm. IV, Hipotecas. Bosch, Barcelona, 313-317, y antes en su trabajo "La subrogación real". Revista de Derecho Privado, abril, 1949, 287. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en cambio, niega que exista en sentido técnico subrogación real en la hipótesis del art. 110.2º LH, puesto que la distinta naturaleza del bien cambia igualmente la naturaleza misma del derecho: "ya no hay hipoteca, sino otro derecho de garantía" [PEÑA (2001). Derechos reales. Derecho Hipotecario. Tm. II, Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 149]. Pero lo que interesa resaltar —y el mismo PEÑA no niega—, es que patrimonialmente el art. 110.2º admite que la cuantía obtenida pasa a cumplir, en el patrimonio del en su momento hipotecante, la misma función que el inmueble previo en la medida en que la naturaleza del bien sustituto lo permita, evitándose así la extinción del derecho por destrucción o pérdida del bien, que es la solución a la que de otro modo habría que llegar.

[34] Nos referimos a la doctrina sostenida por la Sala tercera del Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 de mayo de 1993, en relación la expropiación de un inmueble que estaba en comunidad: "la copropiedad o régimen de condominio queda extinguida en cuanto a la materialidad de la finca mas no en lo que afecta a la cantidad que en su día se fijase como justiprecio definitivo, conservando respecto de ésta (…) subsistente el régimen de copropiedad, de todos los interesados que fueron en su día copropietarios y condueños de la finca" (fundamento de derecho tercero).

[35] Cfr. RDGSJyFP de 12 de febrero de 2020.

[36] CAMY sostuvo que en los casos de venta con fines de extinción de la comunidad cuando el bien es indivisible, la acción de división se proyectará sobre el precio que se obtenga con la enajenación (CAMY (1983). Op. cit., Tm. IV, 409). Consideramos acertada este punto de vista, pero en el bien entendido que la venta es ya un acto de división, a efectos de permitir a los acreedores de cada condueño concurrir a la enajenación *ex* art. 403 CCiv.

[37] Véase su trabajo de 1965 "La disolución de la comunidad de bienes en la jurisprudencia". Anuario de Derecho Civil, Tm. XVIII, fasc. 2, abril-junio, 390.

[38] Ahora regulada como acto de jurisdicción voluntaria en los arts. 108 y 111 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

[39] V. gr., cfr. art. 1489 CCiv.

[40] No hay, desde luego, ninguna razón para declarar resueltos, *por el solo hecho* de extinguir de esta forma la comunidad, los derechos que cada comunero haya podido constituir sobre su parte. Tampoco hay ninguna razón para que esta forma de extinción de la comunidad deba tener unas consecuencias distintas a las declarativas del art. 399 cuando hay división material del bien. Ni tampoco hay razón alguna para que esta forma de extinción deba tener unas consecuencias distintas a las que ya hemos visto que deben afirmarse de la adjudicación de la totalidad del dominio a un solo comunero: en ambas hipótesis, más que de venta de los comuneros y de ánimo de lucro, de lo que se trata es de *compensarlos* por el valor del bien, evitando su perjuicio.

[41] Porque la situación de comunidad recaerá sobre el precio obtenido por la enajenación (STS 6 de febrero de 1984).

[42] El acto conjunto voluntario de enajenación de todos los comuneros en favor de un tercero, es un *acto de tráfico*, y por tanto, los derechos y gravámenes preexistentes constituidos sobre la totalidad del dominio (supuesto del que parte el art. 405 CCiv) o individualmente sobre alguna parte del mismo (art. 399 CCiv) siguen gravando, en la misma medida, el dominio adquirido por el tercero. Como acto de tráfico que es esa enajenación, los derechos y gravámenes preexistentes en la totalidad o en parte del dominio se someten a las reglas generales de los derechos reales: a lo que ahora interesa, reipersecutoriedad, y oponibilidad *erga omnes*.

1.4. Sucesiones

# La vecindad civil como criterio determinante de la aplicación del pacto sucesorio balear de Definición, y el impacto del Derecho europeo en esta materia

## *"Civil regional status"/"Vecindad civil" as a determining criterion for the implementation of the Balearic succession agreement called Definición and the impact of European law on this issue*

por

ISABEL LÓPEZ PEÑATE

*Doctoranda del Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales de la Escuela Internacional de Doctorado de la UNED (EIDUNED)*

RESUMEN: Este trabajo versa sobre una figura del Derecho balear, el pacto sucesorio de Definición y, en concreto sobre uno de sus requisitos, la vecindad civil mallorquina o menorquina del definidor o donante, y trata de resolver algunas de las dudas que se plantean, como comprobar si sigue vigente el requisito de la vecindad civil para el definidor a pesar de que Ley 8/2022, de Sucesión Voluntaria Paccionada o Contractual de las Illes Balears, ya no lo recoge expresamente, o la de concordar esta exigencia con el sistema previsto en el Reglamento Europeo de Sucesiones (UE) n.º 650/2012 para los extranjeros, que únicamente parece exigirles la residencia habitual para acceder a este tipo de pacto sucesorio. Es una cuestión muy importante la de determinar el criterio de conexión, pues debe tenerse en cuenta también en la aplicación de otras instituciones sucesorias de Derecho Foral o especial.

*ABSTRACT: This paper addresses one of the figures of Balearic law, the Succession Agreement called Definición, and more specifically one of its requirements, the Mallorcan or Minorcan civil regional status of the donor. This aims to solve some problems that arise, as is the question of determining whether the requirement of civil*

https://doi.org/10.36151/rcdi.2025.806.09 

*regional status for the donor is still in force, despite the fact that the Voluntary or Contractual Succession Agreement of the Balearic Islands Act 8/2022 does no longer expressly state it, or whether this requisite ought to be in agreement with the system provided for by the European Succession Regulation (EU) No. 650/2012 for foreigners, which only seems to require habitual residence to this type of inheritance agreement. The question of determining the connecting criterion is not a minor issue, as it should also be taken into account in the implementation of other succession institutions of regional or special law, within a State that has several territorial units, each of which has its own laws of succession.*

PALABRAS CLAVE: Definición, pacto sucesorio, vecindad civil, residencia habitual, derecho especial o foral

*KEYWORDS: Definición, succession agreement, civil regional status, habitual residence, regional or special law*

*SUMARIO:* I. PLANTEAMIENTO GENERAL.—II. APROXIMACIÓN AL PACTO SUCESORIO DE DEFINICIÓN.—III. LA VECINDAD CIVIL COMO CRITERIO DETERMINANTE DE LA APLICABILIDAD DE ESTE PACTO. 1. Concepto, formas de adquisición y prueba de la vecindad civil. 2. Su exigencia para el pacto sucesorio de Definición.—IV. LA SITUACIÓN DE LOS EXTRANJEROS: VECINDAD CIVIL VS RESIDENCIA HABITUAL.—V. LA DISCORDANCIA ENTRE EL DERECHO EUROPEO Y EL DERECHO INTERREGIONAL ESPAÑOL.—VI. CONCLUSIONES.—VII. RESOLUCIONES JUDICIALES. Resoluciones de la DGSJyFP.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. PLANTEAMIENTO GENERAL

Dentro de la riqueza que nos brindan los Derechos Forales el objeto del presente trabajo versa sobre una de ellas, el pacto sucesorio balear de Definición y, en particular, sobre uno de sus requisitos personales: la vecindad civil mallorquina o menorquina del definidor o donante.

Algunas de las dudas que se nos plantean al estudiar esta materia son las de determinar si sigue vigente este requisito de la vecindad civil, a pesar de que la Ley 8/2022, de 11 de noviembre, de Sucesión Voluntaria Paccionada o Contractual de las Illes Balears ya no lo recoge expresamente y, en caso afirmativo, si dicho requisito debe exigirse respecto de donante/definidor y donatario/definido o sólo respecto del primero.

Por otra parte, el Reglamento Europeo de Sucesiones (Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo), aplicable a las sucesiones transfronterizas causadas desde el 17 de agosto de 2015, ha tratado de facilitar la planificación y la efectividad de las sucesiones transfronterizas, pero dado que en España no hay un único derecho en materia de sucesiones, sino varios derechos civiles autonómicos, hay que analizar cómo aplicar el criterio de la

última residencia habitual para los extranjeros que fallecen en España, y si puede un extranjero estar sometido al Derecho foral o especial, o si su residencia habitual en territorio mallorquín o menorquín puede autorizarle a celebrar con validez y eficacia este tipo de pacto sucesorio.

Todas estas cuestiones nos han llevado a la realización de este trabajo, con la finalidad de intentar arrojar un poco de luz sobre una cuestión que, no sólo se plantea en relación con el pacto sucesorio de Definición, sino también con otras instituciones de Derecho Foral o especial, como el finiquito de legítima en Ibiza y Formentera, la apartación en el Derecho gallego, los pactos sucesorios de renuncia en el Derecho aragonés o vasco, y otras muchas instituciones del Derecho especial, incluso de raíz no sucesoria, cuyo estudio concreto no podemos abordar en el presente artículo. La temática por tanto no es baladí, porque pone en tela de juicio el sistema de Derecho Interregional y Derecho Internacional Privado español vigente y su conexión con el Derecho Europeo.

En este trabajo sólo abordaremos la cuestión circunscribiéndonos a la Definición balear, pero no podemos dejar de apuntar que el problema de fondo es mucho más amplio y afecta a un sinfín de materias.

## II. APROXIMACIÓN AL PACTO SUCESORIO DE DEFINICIÓN

Dentro de los pactos sucesorios[1] existe una figura específica de la legislación balear, el pacto de Definición[2].

La Definición o "Deffinitio" es "*un pacto sucesorio por el que un hijo o descendiente renuncia a la legítima, o a todos los derechos sucesorios, en la herencia del ascendiente, tras haber recibido de éste, de su heredero contractual o de otros ascendientes, alguna donación*".

El concepto legal actual lo encontramos en la Ley 8/2022, de 11 de noviembre, de Sucesión Voluntaria Paccionada o Contractual de las Illes Balears (en adelante LSPIB), cuyo artículo 38 establece que:"*Por el pacto sucesorio de Definición, los descendientes legitimarios podrán pactar la renuncia a la legítima o por más de la legítima en la sucesión de sus ascendientes, en consideración a alguna donación, atribución o compensación que, de estos, o de su heredero contractual o de otros ascendientes, reciban o hayan recibido con anterioridad. En defecto de declaración expresa, la Definición se entenderá limitada a la legítima*".

Este pacto se aplica sólo en las islas de Mallorca y Menorca, para las islas de Ibiza y Formentera regula la misma ley una figura bastante similar, el finiquito de legítima[3] (arts. 74 y siguientes).

La nueva Ley de Sucesión Paccionada supone una nueva inyección de vitalidad para este pacto sucesorio, que aparece dotado de una regulación mucho más completa y sistemática que la que contenía en la Compilación[4].

Aunque el objetivo de este trabajo no es realizar un estudio detallado sobre la Definición, sí que debemos referirnos de manera breve a algunos de sus rasgos esenciales.

Este pacto puede ser *de presente* (cuando coinciden en el mismo acto la Definición y el negocio de atribución patrimonial) y *de pasado* (cuando el negocio de atribución patrimonial ya aconteció). Desde otro punto de vista, también cabe

hablar de Definición *limitada a la legítima* (que constituye la regla general [5]) y *extensa o "por más de la legítima"*, cuando no sólo se renuncia la propia legítima, sino todos los derechos hereditarios (y que constituye la excepción). Dentro de cada una de estas últimas modalidades de pacto (limitada o extensa), la ley regula detalladamente consecuencias distintas en función del tipo de sucesión del causante: testada, intestada o contractual[6].

También es posible que, tras la firma del pacto de Definición, se otorgue otro pacto sucesorio con respecto de otros bienes (por ej.: una Definición extensa tras otra limitada), un testamento o un codicilo, el mismo día e incluso de forma sucesiva.

En relación con los sujetos que intervienen en este negocio jurídico su marcado carácter familiar se pone de relieve en que debe tratarse de parientes en linea recta, consanguíneos o por adopción, esto es, el pacto debe otorgarse entre ascendientes y descendientes y éstos, a su vez, ser legitimarios de aquéllos. La nueva ley, desde el punto de vista del ascendiente, permite separar la persona del disponente de la del causante definidor, pudiendo esta medida ayudar a una mejor atribución de los bienes; en este caso, el definido debe ser descendiente del disponente y descendiente y legitimario del causante. También se permite en la nueva norma[7], que la transmisión en consideración a la cual se renuncia a los derechos sucesorios provenga del heredero contractual del cusante ascendiente (que podría incluso ser alguien ajeno a su familia). Por último, frente a estos sujetos que intervienen directamente en el pacto, también se ocupa el legislador de las personas que, indirectamente, también pueden verse afectados por él, como son: los herederos del causante, los legitimarios del disponente y los descendientes del renunciante.

Otra cuestión interesante es la forma que debe revestir este pacto: para otorgarlo se exige escritura pública en la que, además, se consignarán la fecha y hora del otorgamiento, y se comunicará éste al Registro General de Actos de Última Voluntad [8]. Estamos ante un requisito de forma "ad solemnitatem", lo cual supondrá la nulidad del pacto si no se cumple. Por lo demás, y aunque nada diga la nueva ley a este respecto, la escritura de donación de inmuebles con pacto de Definición es inscribible en el Registro de la Propiedad, de conformidad con el art. 77 del Reglamento Hipotecario del RH, y el pacto de Definición es título sucesorio a efectos de inscripción en el registro, de conformidad con el art. 14 de la Ley Hipotecaria.

Est pacto sucesorio ha sido el centro en los últimos tiempos de muchas resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (en adelante, DGSJyFP), y de múltiples pronunciamientos de los tribunales, lo cual significa que es una figura de total actualidad.

Todo ello es reflejo de su resurgimiento en la práctica jurídica, reforzada por sus ventajas en la ordenación de la sucesión y también de sus ventajas fiscales, que han llevado a que personas españolas con vecindad civil mallorquina y menorquina, pero también con otras vecindades civiles distintas, así como ciudadanos extranjeros, con residencia habitual en estas islas o incluso sin ella, hayan reclamado su aplicación, siendo necesario explicar por qué unas personas sí pueden acogerse a este pacto sucesorio y otras no.

## III. LA VECINDAD CIVIL COMO CRITERIO DETERMINANTE DE LA APLICABILIDAD DE ESTE PACTO

### 1. Concepto, formas de adquisición y prueba de la vecindad civil

Establece el art 9.8 del CC en su primer apartado que «*La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren*».

Y añade el art 16.1 que para resolver los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional será considerada como ley personal la determinada por la vecindad civil.

De conformidad con el art. 14.1 CC "*La sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil*".

La vecindad civil[9] es la relación jurídica que se establece entre las personas de nacionalidad española y el Estado, que determina la sumisión de aquella a un determinado ordenamiento civil español, y el punto o criterio de conexión que fija el ámbito de aplicación de los Derechos Civiles que coexisten en España, el común o algunos de los especiales o forales.

Es por tanto un concepto distinto del de residencia administrativa, o vecindad administrativa, que indica la pertenencia a una u otra Comunidad Autónoma y está vinculado al padrón, y del de comarcalidad o localidad, que implica la sujeción a la legislación civil propia de una comarca dentro del territorio foral correspondiente, aunque esta dependencia personal respecto a una comarca o localidad con especialidad civil propia o distinta, dentro de la legislación especial o foral del territorio correspondiente, se regirá por las disposiciones de este artículo y las del anterior (art. 15 CC).

Y conviene destacar que la regulación de la vecindad civil es competencia exclusiva del Estado, ya que a éste corresponde con exclusividad determinar, entre otras cuestiones, *"las normas para resolver los conflictos de leyes"*[10]; en otro caso, de existir una pluralidad de regulaciones sobre la determinación de la vecindad civil podrían existir supuestos de falta de vecindad civil, o de doble vecindad civil, cuyas consecuencias prácticas serían muy difíciles de solucionar.

Es por ello que su regulación se encuentra únicamente en los artículos 14 y 15 CC, existiendo multitud de sentencias del Tribunal Constitucional que abundan en esta materia[11].

De conformidad con dichos preceptos la vecindad civil puede adquirirse de distintos modos: por filiación, por opción, por residencia, y por adquisición de la nacionalidad española.

La regla general es que la vecindad civil originaria de una persona es la que le corresponde por su filiación biológica o adoptiva; si los progenitores tuviesen la misma vecindad civil en el momento del nacimiento o la adopción no habrá problema, pero la ley también prevé que no la tengan, estableciendo entonces que el hijo tendrá la vecindad civil que corresponda al progenitor respecto del cual la filiación haya sido determinada antes; en su defecto la del lugar de nacimiento; y en último término, la vecindad de derecho común (ex art. 14 CC)[12].

Con respecto a estos criterios, se ha cuestionado la elección del lugar de nacimiento como criterio de conexión[13], y también la utilización de la vecindad civil de Derecho común como criterio residual[14].

La vecindad civil también se puede adquirir por opción, tanto de los progenitores (que en los seis primeros meses desde el nacimiento, y siempre que ejerzan la patria potestad, podrán atribuir al hijo la vecindad civil de cualquiera de ellos) como del propio hijo (quien, desde que cumpla catorce años —asistido por su representante legal— y hasta un año después de su emancipación, podrá optar bien por la vecindad civil del lugar de su nacimiento, bien por la última vecindad de cualquiera de sus progenitores[15]) e incluso del cónyuge, pues, aunque el matrimonio no altera la vecindad civil de cada contrayente, cada cónyuge no separado puede en cualquier momento optar por la vecindad civil del otro si considera preferible la unidad jurídica familiar (art. 14 CC).

Con respecto a la adquisición por residencia, establece el art 14 CC que la vecindad civil se adquiere por residencia continuada de dos años, siempre que el interesado manifieste ser esta su voluntad, o por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante este plazo (declaraciones ambas que se harán constar en el Registro Civil y no necesitan ser reiteradas).

Por analogía con lo dispuesto en el art. 22. 3 CC para la nacionalidad, consideramos que la residencia habrá de ser legal, continuada[16] e inmediatamente anterior a la petición, y que no exigirá la vecindad administrativa, o inscripción en el padrón, sino su acreditación por cualquier medio de prueba válido en derecho, al tratarse de una cuestión de hecho.

Quizá la cuestión que ha generado mayores discusiones en este punto es la de determinar la automaticidad de la adquisición de la vecindad civil por residencia continuada durante diez años en lugar de vecindad civil distinta, sin consentimiento, e incluso sin conocimiento, del afectado.

En la actualidad, la mayoría de la doctrina[17] entiende que el cambio se produce de manera automática, por el mero transcurso del tiempo de residencia sin declaración en contrario, y así lo entienden también el Tribunal Supremo[18] y la DGRN[19].

Por su parte, el art. 225 del Reglamento del Registro Civil de 1958 establece en sus dos primeros párrafos que *"El cambio de vecindad civil se produce "ipso iure" por la residencia habitual durante diez años seguidos, en provincia o territorio de diferente legislación civil, a no ser que antes de terminar este plazo el interesado formule la declaración en contrario. En el plazo de los diez años no se computa el tiempo en que el interesado no pueda legalmente regir su persona"*.

Sería de desear que el legislador aclarase esta cuestión de manera rotunda, a la vista de las importantes consecuencias civiles que pueden derivar de la adquisición/modificación de la vecindad civil, sobre todo cuando se produce sin consideración de la voluntad del sujeto en que la modificación se produzca.

Finalmente, en cuanto a la adquisición de la vecindad civil por adquisición de la nacionalidad española, establece el art 15 CC que el extranjero que adquiera la nacionalidad española deberá optar, al inscribir la adquisición de la nacionalidad, por cualquiera de las vecindades siguientes: la correspondiente al lugar de residencia, al lugar del nacimiento, la última vecindad de cualquiera de sus progenitores o adoptantes, o la de su cónyuge.

Existen no obstante Estatutos de Autonomía que establecen soluciones diferentes, y uno de ellos es precisamente el Estatuto de las Illes Balears[20], pues el art. 9.3 del mismo (LO 1/2007, de 28 de febrero) establece que "*Los extranjeros que, teniendo vecindad en cualquiera de los municipios de las Illes Balears, adquieran la nacionalidad española, quedan sujetos al Derecho Civil de las Illes Balears, excepto en el caso en que manifiesten su voluntad en sentido contrario*"[21].

Por su trascendencia práctica, vamos al menos a esbozar la cuestión de la prueba de la vecindad civil.

Esta prueba no es sencilla al día de hoy, teniendo en cuenta la posibilidad de que cambie sin conocimiento del afectado, y la prueba que nos puede ofrecer el Registro Civil es escasa, pues de momento solo acceden a dicho Registro las declaraciones expresas de querer adquirir una vecindad civil, o de querer conservarla, que lo que acreditan es la vecindad civil que ostenta una persona en un momento determinado, pero no que la siga teniendo. Y lo mismo ocurre con las resoluciones judiciales, que van a acreditar que la vecindad civil del afectado en un momento determinado era una, pero tampoco que la siga teniendo.

Tratando de solucionar la cuestión la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil (LRC), dispone en su artículo 4 que, entre los hechos y actos inscribibles, lo serán:" *5.º La nacionalidad y la vecindad civil*". Pero como el acceso al Registro sigue dependiendo de la voluntad de los particulares, pues solo es obligada la inscripción si se quiere adquirir una vecindad civil (declaración expresa tras dos años de residencia), o si no se quiere perder otra (declaración expresa antes de diez años de residencia en lugar de distinta vecindad civil), y además la vecindad puede haber cambiado con posterioridad, los problemas de prueba siguen vigentes.

Teniendo esto en cuenta, los medios actuales de prueba de la vecindad civil, además de la sentencia firme en juicio declarativo ordinario, pueden ser los siguientes:

- La propia declaración del interesado, que en su tráfico jurídico puede haber declarado su vecindad civil[22], si bien la función asesora y calificadora del Notario[23] entrará en juego al evaluar las afirmaciones de los otorgantes sobre las circunstancias de hecho que determinan la vecindad civil, como el lugar de nacimiento del interesado o sus padres, tiempo de residencia, etc.…
- También las presunciones pueden facilitar la prueba de la vecindad civil, como las recogidas en el art. 14. 6 del CC ("*En caso de duda, prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento*"), o el art. 69 LRC ("*Sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Civil y en tanto no conste la extranjería de los progenitores, se presumen españoles los nacidos en territorio español de progenitores también nacidos en España. La misma presunción rige para la vecindad*")[24].
- E igualmente las actas de notoriedad tramitadas conforme a la legislación notarial[25], que pueden justificar los requisitos para la adquisición, modificación o conservación de la vecindad civil, así como el expediente gubernativo tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, aunque siempre teniendo en cuenta que la vecindad puede haber cambiado con posterioridad, incluso de manera automática, como vimos.

En todo caso, actualmente la fe pública notarial no se extiende a la realidad de la vecindad civil que se consigna en el instrumento público, sino a que esta ha sido la manifestación del interesado, y del mismo modo tal declaración escapa a la calificación registral, por lo que tampoco queda amparada por la fe pública registral.

También se puede utilizar la inscripción de la vecindad civil en el Registro Civil, tradicionalmente por nota al margen de la inscripción de nacimiento, y en la actualidad en el registro individual, aunque lo que se inscribe son las declaraciones de voluntad en esta materia, de manera que, si no existen, el problema de determinación y de prueba continua.

Finalmente, otros posibles medios de prueba son los documentos administrativos y la posesión de estado.

Dicho todo lo anterior, en líneas generales podemos afirmar que ostentarán la vecindad civil mallorquina o menorquina las personas españolas hijas de otras españolas con dicha vecindad civil, o residentes en las islas que cumplan con lo dispuesto en los artículos mencionados, así como aquellas que, habiéndola tenido antes y residiendo en el extranjero o en otras CC. AA., no la hayan perdido.

## 2. Su exigencia para el pacto sucesorio de Definición

De acuerdo con lo dispuesto en el art 14 del CC, la sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil.

Esto supone que la aplicabilidad del pacto sucesorio de Definición viene determinada por la vecindad civil balear de sus contratantes, y en concreto por la subvecindad[26] civil mallorquina o menorquina. Y, dado que la vecindad civil es un concepto propio y necesario en la legislación civil española, por la nacionalidad española de los intervinientes.

Este requisito o punto de conexión ha sido de tal importancia en relación con la Definición que es menester detenernos en su significación e importancia histórica para poder comprender los pronunciamientos de la doctrina y de los tribunales sobre esta figura, y las distintas resoluciones de la DGSJyFP sobre su posibilidad o no de acceso al Registro de la Propiedad.

En la redacción inicial, de 1961, de la CDCIB, solo se dedicaba a la Definición un precepto, el art 50, en cuya virtud "*Por la «Definición», los hijos e hijas emancipados pueden renunciar y dar finiquito a las legítimas y demás derechos en la sucesión de sus padres en contemplación a alguna donación o ventaja que éstos les hicieren en vida*".

La Ley 8/1990 modifica dicho precepto, cuyos dos primeros párrafos en adelante dicen lo siguiente: "*Por el pacto sucesorio conocido por Definición los descendientes legitimarios y emancipados pueden renunciar a todos los derechos sucesorios, o únicamente a la legítima que en su día pudiera corresponderles, en la sucesión de sus ascendientes, de vecindad mallorquina, en contemplación de alguna donación, atribución o compensación que de estos reciban o hubieran recibido con anterioridad..... El cambio de vecindad civil no afectará a la validez de la definición*".

Y esta misma redacción, aunque el contenido del precepto fue ampliado, es la que persiste en el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que

se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho civil de las Islas Baleares.

Como vemos, en la redacción inicial de la Compilación no se hacía referencia a la vecindad civil de los otorgantes, fue en 1990 cuando se añade la exigencia de vecindad civil mallorquina del ascendiente definidor/donante (o menorquina[27] desde 2017).

Este art 50 fue derogado por la Ley 8/2022, de 11 de noviembre, de Sucesión voluntaria paccionada o contractual de las Illes Balears, en vigor desde el 17 de enero de 2023, y que constituye la regulación vigente en la actualidad del pacto de Definición.

Y en esta norma ya no se hace referencia a la exigencia de vecindad civil, limitándose a establecer en sus arts. 2 y 3 que esta ley tiene eficacia en el territorio de las Illes Balears, sin perjuicio de las normas para resolver los conflictos de leyes y de las excepciones que puedan establecerse en la normativa, y que los pactos o contratos sucesorios previstos en esta norma, otorgados en el momento de su formalización de conformidad con la ley aplicable al futuro causante, serán válidos a pesar de que la ley que regule la sucesión sea otra, con la excepción de las legítimas, que se regirán por la ley que rija la sucesión.

La Ley 8/2022 regula ya de forma conjunta las disposiciones aplicables en las islas de Mallorca y Menorca, pero ni en la regulación sobre la capacidad de disponente y descendiente en este pacto (art 5), ni en la regulación específica de la Definición (arts. 38 y ss.) se hace referencia a la exigencia de vecindad civil[28].

En concreto establece el art 38 que "*Por el pacto sucesorio de Definición, los descendientes legitimarios podrán pactar la renuncia a la legítima o por más de la legítima en la sucesión de sus ascendientes, en consideración a alguna donación, atribución o compensación que, de estos, o de su heredero contractual o de otros ascendientes, reciban o hayan recibido con anterioridad. En defecto de declaración expresa, la Definición se entenderá limitada a la legítima*"

En definitiva, desde 1990 la normativa ha estado exigiendo de forma expresa la vecindad civil de definidor/donante, sin hacer referencia a la vecindad civil del donatario/renunciante, y desde enero de 2023 tampoco se recoge explícitamente la necesidad de vecindad civil del primero, en un cambio que nos merece una consideración crítica positiva, dado que tal referencia no es necesaria porque en el fondo, aparezca o no en el precepto, la vecindad civil del ascendiente/donante se sigue exigiendo por aplicación de las normas de Derecho Interregional estatales, siempre tratándose de personas de nacionalidad española, que son las que pueden tener vecindad civil, como vimos.

Con todo esto debemos plantearnos dos cuestiones. La primera es la de determinar si es necesaria para la validez de este pacto sucesorio la vecindad civil mallorquina o menorquina tanto del ascendiente/donante como del descendiente/donatario, o bastaría con la del primero de ellos; la segunda es la de determinar si la exigencia de vecindad civil mallorquina o menorquina del ascendiente/donante debe ser considerada solo como un criterio de conexión para la aplicación de esta normativa o como un requisito de validez material del pacto.

Con respecto a la primera cuestión, la adición del requisito de la vecindad civil mallorquina (o luego menorquina) del donante/ascendiente en la reforma de

1990 llevó a la doctrina a preguntarse si no sería necesaria también la de descendiente/definido.

A pesar de algunas voces discordantes, la opinión más generalizada fue la de entender que lo que pretendió la reforma de 1990 era aclarar que no era necesaria la vecindad civil mallorquina del descendiente/donatario, y por eso se introdujo la necesidad de vecindad en el disponente/donante.

En esta línea, Pascual González[29] consideró que, para otorgar Definición, el hijo o hija «*deben disfrutar la regionalidad civil mallorquina, y, asimismo, el padre o madre. Ello resulta de los Privilegios, de la costumbre e incluso de las normas del Código de general aplicación*». La justificación que daba era que, pese a que las sucesiones se debían regir por la ley personal de la persona de cuya sucesión se tratare, en la definición estábamos también ante una donación, y la capacidad del donatario se debía sujetar a su ley personal. De este modo, si ésta no resultaba ser la vecindad mallorquina, sino la vecindad civil común, el CC le prohibía otorgar el pacto de Definición.

En cambio, Mir de la Fuente[30], unos años después, destacó que, aunque las afirmaciones de Pascual González fueron muy valiosas en el momento en que se hicieron, tras la reforma del CC llevada a cabo por el Decreto 1.830/74, de 31 de mayo, debían ser revisadas y que, con tal reforma, el artículo 9.8 del CC vino a clarificar esa duda al decir que:

"*La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento, conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última*".

Por tanto, los pactos sucesorios, como el de Definición, ordenados conforme a la ley nacional del disponente en el momento de su otorgamiento, conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión. Y no se hace referencia a la necesidad de ley nacional del otro contratante en estos pactos, solo a la ley nacional del disponente.

A pesar del texto de esta norma, durante unos años después de 1974 siguió la discusión entre los autores acerca de si el hijo o hija donatarios/definidos debían también cumplir el requisito de la vecindad civil mallorquina, aplicando una interpretación integradora propiciada por el artículo 2 de la Compilación.

La discusión se produjo, entre otras razones, por la existencia de una situación discriminatoria por razón del sexo en la adquisición de la vecindad civil del marido por parte de la esposa (art 14 CC en la redacción del momento), por cuanto, de exigir la vecindad civil mallorquina a los hijos e hijas donatarios/definidos, sería posible el otorgamiento de la Definición por parte del hijo mallorquín casado con una no mallorquina, pero no por parte de la hija mallorquina casada con un no mallorquín, pues perdía su vecindad civil por el matrimonio, incluso aunque no hubiere salido nunca de la isla.

La Ley 11/1990, de 15 de octubre, modifica la redacción del CC eliminando ese cambio automático, y por tanto la discriminación denunciada (aunque desde 1978 debía quedar sin aplicación), pero en esa fecha ya se había aprobado la reforma de

la Compilación del año 1990, que justamente lo que pretendía era exigir la vecindad civil sólo para el padre o madre donante.

Toda esta materia ha sido muy polémica en la doctrina[31]. Podemos verlo por ejemplo en los trabajos de Ferrer Pons[32]. Este autor, en sus trabajos de 1980 con motivo del estudio el artículo 50 de la Compilación, en su redacción inicial de 1961, ya defendió que

"*Por lo que atañe a la vecindad de las personas que intervienen en la Definición parece innecesario destacar que precisa ostenten la correspondiente a las islas en que rige la institución. La vecindad se determinará de conformidad al artículo 14 del C.c. Y con relación a este problema procede resolver la cuestión de si cabe la Definición cuando únicamente el padre ostenta la vecindad balear, correspondiente al hijo otra. Pues bien, su opinión es afirmativa, primero porque la Definición es una institución de derecho sucesorio y, más específicamente, referida al sistema legitimario, y no debe olvidarse que, en materia de sucesiones, para determinar la legislación aplicable, hay que atender a la vecindad civil del causante. Y segundo, porque las normas de Derecho común (art. 9.8CC) atienden a la vecindad del causante, en el momento del Pacto Sucesorio, para determinar la validez de éste*".

También se planteaba este autor qué pasaría ante un cambio de vecindad civil del ascendiente posterior al pacto de Definición, es decir, qué sucedería en el caso de que el padre o madre otorgaran donación con efectos de Definición, y, posteriormente, adquirieran una vecindad distinta y en cuya legislación no se admitiera tal pacto, falleciendo con tal vecindad distinta.

Tras considerar que el problema no se daría en el caso de cambio de vecindad por el "definido", ya que la vecindad de los herederos no tiene relevancia alguna, explica que este conflicto de leyes deberá resolverse, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 16 CC, por las normas de dicho cuerpo legal.

En este sentido, es verdad que el art. 9.8 dispone que las legítimas se ajustarán a la ley que rija la sucesión, y "*si se interpreta literalmente el precepto, parece indudable que, al referirse la Definición a la legítima, sería uno de los pactos exceptuados de la regla general de validez (…) y el resultado sería la falta de validez de la Definición y la necesidad de regirse íntegramente la cuestión legitimaria conforme a la ley personal del causante a su fallecimiento. No obstante, y con un cierto esfuerzo interpretativo, creo perfectamente defendible la opinión contraria y, en consecuencia, sostener la validez de la Definición no obstante el cambio de vecindad civil del causante*".

Otros autores, como Martínez-Piñeiro Caramés[33], defendieron que, ante las dudas planteadas en la interpretación del art 9.8 CC, la solución más adecuada a la naturaleza de la institución y a los principios básicos del derecho sucesorio mallorquín sería la de introducir una referencia expresa a que el cambio posterior de vecindad civil no afectaría a la validez de la Definición.

Y de hecho así se hizo en la reforma de la Compilación de 1990.

Tras dicha reforma, el propio Ferrer Pons, en su trabajo fechado en el año 2000[34], destaca que la nueva redacción de la Compilación ha resuelto varios problemas. Uno de ellos, el de dejar claro que la única vecindad civil relevante era la del ascendiente donante, y no la del descendiente donatario, y otro el de zanjar los problemas planteados por el posible cambio de vecindad civil del causante después de otorgado el pacto de Definición, ya que la nueva redacción del art 50

de la Compilación establece de forma expresa que el cambio de vecindad civil no afectará a la validez de la Definición[35].

Después de todo lo apuntado podemos llegar a la siguiente conclusión: la exigencia expresa de la vecindad civil mallorquina (y luego también menorquina) de los ascendientes se introdujo en 1990 simple y llanamente para aclarar que no era preciso que la poseyeran los descendientes; la norma no pretendía delimitar el ámbito subjetivo del pacto de Definición en lo relativo al ascendiente (pues esto ya venía establecido por las reglas del Código civil, que exigen su vecindad civil), sino en lo relativo al descendiente, permitiéndole la celebración del pacto aunque no tuviere la vecindad civil balear mallorquina; se trataba por tanto solo de aclarar una duda, planteada años atrás, y que precisaba su regulación concisa para evitar cualquier interpretación errónea.

Tan es así que en la nueva regulación de 2022 no se hace ya ninguna referencia expresa a la vecindad civil del ascendiente/donante, referencia innecesaria porque tal vecindad es exigida por las reglas del Código Civil, ni tampoco a la del descendiente/definido, referencia también innecesaria en aplicación de las reglas del art. 9.8 CC, que no la exige al tratarse este pacto de una institución sucesoria.

Por último, señalaremos que en algún momento incluso se llegó a cuestionar la constitucionalidad de la referencia del art. 50 de la Compilación a la "vecindad civil mallorquina", existiendo autores que han defendido dicha inconstitucionalidad, como Álvarez González[36] o Garau Juaneda[37]; otros, sin embargo, como Ferrer Pons[38], no ven problema ninguno, al menos en 1980. Hoy, suprimida dicha referencia, el problema ha desaparecido.

## IV. LA SITUACIÓN DE LOS EXTRANJEROS: VECINDAD CIVIL VS RESIDENCIA HABITUAL

La segunda cuestión que debemos plantearnos en este punto, como ya adelantamos, es la es la de determinar si la exigencia de vecindad civil mallorquina o menorquina del ascendiente/donante debía ser considerada solo como un criterio de conexión para la aplicación de esta normativa o como un requisito de validez material del pacto.

Esta confusión venía provocada por la exigencia expresa de vecindad civil mallorquina (o menorquina) del ascendiente/donante en la redacción del artículo 50 de la Compilación, que interpretada literalmente podía hacer pensar que se recogía un requisito de validez del pacto. En tal caso, la falta de esta vecindad debería traducirse en la nulidad del pacto de Definición, aunque en aplicación de otro criterio de conexión, como el de la residencia habitual en el territorio de las islas, pudiera ser válido.

Este es un punto que tiene especial importancia, pues tratándose de extranjeros, que al carecer de nacionalidad española no pueden tener tampoco una vecindad civil española, pero sí pueden tener su residencia habitual en las islas de Mallorca o Menorca, y al estar prevista la residencia habitual como criterio de conexión para la aplicación de la normativa sucesoria en el Reglamento Europeo de Sucesiones, la consideración de la vecindad civil sólo como un criterio de conexión supondría que los extranjeros sí pueden otorgar la Definición en aplicación

de otro criterio de conexión que lo permite, mientras que la configuración de la exigencia de vecindad civil mallorquina o menorquina como un requisito de validez material del pacto se traduciría en que no podrían otorgar dicho pacto.

Y éste es un problema que se plantea con carácter general en la aplicación de todas las instituciones de Derecho Especial o Foral de carácter sucesorio que difieran de la regulación común, y en especial en la posibilidad de otorgar pactos sucesorios[39].

En la actualidad, y desde que entró en vigor en enero de 2023, el art. 38 LSPIB ya no recoge la exigencia expresa de la vecindad civil del otorgante, sino que hay que aplicar las normas de conflicto estatales para determinar la aptitud de un sujeto para poder celebrar estos pactos, y con ello queda claro en nuestra opinión que la vecindad civil solo es un criterio de conexión para la aplicación de la normativa, pero durante mucho tiempo esta cuestión ha sido muy discutida, y ha generado resoluciones de distinto signo, sobre todo en lo que se refiere al acceso al Registro de la Propiedad de pactos sucesorios de Definición otorgados por extranjeros residentes habituales en Mallorca o Menorca, pues si bien los Registradores se mostraron en un primer momento reacios a la inscripción de estos pactos al no concurrir el requisito de la "vecindad civil interinsular", los Notarios en cambio se decantaban ampliamente por la admisibilidad de estos pactos para extranjeros si concurría el requisito de la residencia habitual. Los tribunales han sido quienes, definitivamente, han dado un cambio de enfoque a esta situación, tomando por base el Derecho Europeo.

Algunos de los pronunciamientos más interesantes[40] se han producido con relación al siguiente supuesto de hecho:

En marzo de 2018 se otorga ante un Notario mallorquín una escritura de donación con "pacto de Definición" entre ciudadanos de nacionalidad francesa, la madre donante y los hijos donatarios. Todos dejan constancia de que tienen residencia habitual efectiva en Mallorca, los bienes donados también están sitos en Mallorca, y en un acta posterior a la donación la donante declara que no ha otorgado *professio iuris* en favor de su ley francesa nacional.

La Registradora califica negativamente el acceso al Registro de la Propiedad de esta escritura, entre otras por las siguientes razones:

— La Definición infringe el artículo 50 de la Compilación, que exige como presupuesto subjetivo para la validez del negocio jurídico la vecindad mallorquina del ascendiente donante[41], circunstancia que no ocurre en el presente otorgamiento puesto que la donante es de nacionalidad francesa ("*la normativa y los antecedentes históricos reservan la Definición a ciudadanos con vecindad civil balear (mallorquina*)").

— No resulta aplicable el art. 30 del Reglamento Europeo 650/2012, sobre disposiciones especiales que impongan restricciones a la sucesión de determinados bienes[42], sino el art. 36 de dicho Reglamento[43], y en concreto su apartado 2º, que, para el caso de que falten normas internas sobre conflictos de leyes —como es éste dado que dichas normas utilizan como criterio la vecindad civil del causante, vecindad de la que carecen los extranjeros—, habilita un sistema de remisión directa a la ley de la unidad territorial de la residencia del causante; en este caso procede por tanto la aplicación de la legislación balear, en consideración de la residencia ha-

bitual de la donante/causante en Mallorca, y en dicha legislación (art. 50 de la Compilación) se exige la vecindad civil del causante como requisito de validez del pacto.

El Notario autorizante de la escritura pública cuya inscripción se deniega recurre la calificación ante la DGRN, y aduce básicamente los siguientes argumentos:

La cuestión puede observarse desde otra óptica, la del carácter formal o material de la prohibición de otorgar el pacto de Definición a quienes no ostenten la vecindad civil mallorquina (lo cual presupone per se la nacionalidad española). Considera así aplicable al art 50 de la Compilación el art. 27.3 del RES, cuando dice que: "(…) *las disposiciones jurídicas que limiten las formas admitidas de disposiciones mortis causa por razón de edad, nacionalidad, o cualesquiera otras condiciones personales del testador, o de alguna de las personas cuya sucesión sea objeto de un Pacto Sucesorio, tendrán la consideración de cuestiones de forma (…)".* Y si estamos ante una cuestión de forma, y no de capacidad, hay que admitir todas las opciones que ofrece el citado artículo 27, varias de las cuales reconducen a la aplicación de la legislación vigente en Mallorca. En definitiva, consideró que la escritura era inscribible por aplicación del Reglamento (UE) nº. 650/2012 en relación con la validez formal del pacto.

Añade además que la interpretación realizada por la Registradora es contraria a la finalidad del RES, que es la de coadyuvar a la libre circulación de personas y bienes en el espacio europeo, lo cual resultaría inútil si las autoridades estatales pudieran soslayar la aplicación del marco normativo común mediante la inclusión de requisitos de nacionalidad (y en este caso de vecindad civil) para que los ciudadanos europeos puedan acceder a las instituciones sucesorias.

Este recurso fue resuelto por la RDGRN de 24 de mayo de 2019[44]. Dicha resolución da la razón a la Registradora y vuelve a denegar el acceso al Registro de la donación con pacto de Definición otorgada entre ciudadanos franceses residentes habitualmente en Mallorca, por considerar que, aunque de la combinación de los preceptos del RES pueda resultar que la legislación aplicable al caso es la española, y dentro de ella la mallorquina, no estamos ante una cuestión de forma, como alega el Notario autorizante, sino de requisito material[45], y tanto los requisitos de forma como los materiales han de ir en consonancia con la ley determinante de su aplicabilidad.

Por tanto, no estamos ante un problema jurídico de Derecho conflictual sino de Derecho material balear, y, conforme a éste, no es posible la celebración del pacto cuestionado cuando el disponente futuro causante no sea mallorquín.

Son muchos los autores que han realizado un análisis crítico de esta Resolución; entre otros cabe citar a: Álvarez González[46], Bibiloni Guasp[47], Espiñeira Soto[48], Fernández Tresguerres [49], Garau Juaneda[50], García Rubio[51], Gómez Martínez[52], Masot Miquel[53], o Munar Bernat[54].

Nosotros sólo nos limitaremos a decir ahora que dicha Resolución fue recurrida ante el Juzgado, solicitándose en la demanda que se reconociera como plenamente válido el pacto con Definición otorgado por la actora y sus hijos, en aplicación del Derecho vigente en la isla de Mallorca, y, de manera subsidiaria, que se planteara cuestión de inconstitucionalidad en relación con el inciso de "vecindad civil mallorquina" del artículo 50 CDCIB, por vulnerar el artículo 149.1.8

de la Constitución Española, y subsidiariamente que se planteara cuestión prejudicial ante el TSJUE.

El 11 de mayo de 2020 el JPI n.º 10 de Palma de Mallorca dicta sentencia[55] desestimando la demanda y no reconociendo la validez del pacto otorgado. Para ello considera que sí existen normas internas sobre conflicto de leyes, que están recogidas en el Código Civil, y por tanto son las aplicables al caso, y que, dado que la causante carece de vecindad civil mallorquina, y de ninguna otra, será de aplicación el Derecho civil común, cuyos preceptos prohíben los pactos sucesorios.

Por lo demás, la sentencia considera que no procede el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad de la expresión "vecindad civil mallorquina" del artículo 50 CDCIB[56], así como considera improcedente la cuestión prejudicial ante el TSJUE[57].

Contra esta sentencia se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Palma, recurso resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma, Sección n.º 3, de 30 de diciembre de 2020[58], que estima la validez del pacto sucesorio de Definición otorgado.

La sentencia considera que no es aplicable el primer apartado del art. 36 del RES (*"la norma interna emplea una categoría o punto de conexión —vecindad civil— que no puede predicarse del ciudadano extranjero, por lo que no puede acudirse a ella por la vía del art. 36.1 del Reglamento para resolver la cuestión planteada"*, y *"como reconoce la propia Resolución DGRN de 24.05.19, equipara las situaciones en las que no hay Derecho interregional interno con aquellas en que las que sí hay tales normas pero el causante no sea nacional"*) sino el segundo.

Partiendo de esta premisa procede a interpretar la expresión "vecindad mallorquina" del ascendiente del artículo 50 CDCIB de conformidad con el RES, teniendo en cuenta no sólo la finalidad de la norma sino también los principios de primacía y efecto directo del Derecho Europeo.

Por todo ello concluye que *"Tal interpretación conduce a la aplicación de la ley de la residencia habitual, que en el caso es Mallorca, sin que pueda después exigirse a la actora, en tanto que ciudadana de nacionalidad extranjera, el requisito de la vecindad civil (subvecindad) mallorquina previsto en el art. 50"*.

Esta interpretación *"favorece la coherencia sistemática de la regulación de la figura en su aplicación para Ibiza y Formentera y para Menorca, donde no existe una exigencia expresa de subvecindad ibicenca o menorquina al modo previsto en el art. 50 CB… y resulta conforme con los objetivos del Reglamento 650/2012 (de los que se hacen eco los Considerandos 23 y 37, expresamente citados y transcritos en el recurso, relativos a la consideración, como nexo general, de la residencia habitual del causante, y al objeto de que la sucesión "se rija por una ley previsible" para éste)"*.

A la vista de esos argumentos la Audiencia estima el recurso de apelación, admite la validez de la escritura del pacto de Definición otorgada por la actora, de nacionalidad francesa, y ordena al Registro de la Propiedad nº 4 de Palma la inscripción de la escritura correspondiente.

Tampoco estima sin embargo la pretensión subsidiaria de la cuestión de inconstitucionalidad de la expresión "vecindad civil mallorquina" del art. 50 de la CDCIB, ni tampoco la cuestión prejudicial ante el TJUE.

Esta sentencia fue recurrida en casación, ya por la DGSJyFP. Los motivos aducidos fueron de forma esquemática los siguientes:

— Infracción del artículo 50 de la Compilación: se admite la validez del pacto con Definición en un supuesto donde no procede, por adolecer de un requisito de Derecho material Balear como es la «vecindad mallorquina»
— Lo que debe realizarse es una reflexión de política normativa, y no una interpretación del Reglamento europeo[59].
— Es inadmisible la interpretación del art. 36 que propugna la Audiencia Provincial en cuanto es discriminatoria, dado que mantiene la prohibición del pacto para los españoles. De acuerdo con la interpretación de la Audiencia un español con vecindad civil común estaría obligado a obtener la vecindad civil mallorquina para otorgar un pacto con Definición, al amparo del artículo 50 de la Compilación Balear, aunque tuviera la residencia habitual en las islas, mientras que a un extranjero en la misma situación no le sería exigible, siendo ello contrario al Derecho Europeo y al principio de igualdad.

En contra, la donante/disponente insiste en que la mención a los ascendientes de vecindad civil mallorquina no puede ser interpretada literalmente, ante unos antecedentes legislativos que explican las razones de su inclusión en la norma, y cuyo espíritu y finalidad se han de adaptar a la realidad social derivada del incremento de las relaciones internacionales, mediante su encaje con los principios introducidos por el RES.

Afirma también que la regulación establecida en el RES ha desplazado a las normas de conflicto del Código Civil, que subsisten para resolver los conflictos internos o interregionales, pero no son aplicables a los extranjeros por la prevalencia de las normas supranacionales, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional.

Finalmente, considera que la sentencia de la Audiencia Provincial recurrida no discrimina ni dispensa trato de favor a los extranjeros, porque el sistema de determinación de la ley aplicable es distinto (residencia habitual y vecindad civil), y las autoridades españolas debe aplicarlos en cada caso, y porque no existe discriminación cuando hay reciprocidad de las normas a la hora de aplicar las leyes a determinados sujetos, debiéndose buscar la reciprocidad en la equiparación de lo que los españoles pueden hacer en otros países y los extranjeros en el nuestro; y no, en cambio, respecto de lo que pueden, o no, hacer quienes están sujetos a distintas legislaciones autonómicas.

El TSJ Illes Balears, Sala de lo Civil y de lo Penal de Palma de Mallorca resuelve el recurso de casación en su sentencia 1/2021, de 14 de mayo, confirmando la sentencia de la Audiencia Provincial (SAP 529/2020, de 30 de diciembre). De sus fundamentos jurídicos, conviene destacar los siguientes:

La cuestión debatida no responde exactamente a la perspectiva puramente registral, sino que versa sobre la conformidad o no a derecho del pacto sucesorio, cuya validez constituye un aspecto también sujeto a la calificación registral.

El art. 36.3 del RES dispone, en relación con la validez formal de las disposiciones mortis causa realizadas por escrito, que toda referencia a la ley del Estado del apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley pertinente, con arreglo al artículo 27, y a falta de normas sobre conflicto de leyes en ese Estado, como una referencia a la ley de la unidad territorial con la que el testador o las personas cuya sucesión sea objeto de un pacto sucesorio hubieran tenido una vinculación más estrecha.

Por tanto, ante la ausencia de norma de conflicto aplicable, por razón de que la disponente, de nacionalidad francesa, no puede ostentar ni adquirir la vecindad

civil conforme al art. 15 del Código Civil, su residencia habitual en Mallorca constituye el punto de conexión aplicable en función de ser ésta su vinculación más estrecha con el territorio.

Las causas iniciales de denegación de la validez del pacto apuntan al carácter excepcional de la Definición, y al carácter material de la mención legal a la vecindad civil mallorquina de los ascendientes, que operaría a modo de cualidad personal exigida para poder definir válidamente.

Pero en la actualidad resulta difícil concebir la Definición como un privilegio o una institución excepcional, y menos frente a la libertad de testar derivada del Ius Commune, porque éste no es de aplicación directa conforme al sistema de fuentes balear. Y, por otro lado, el examen de los antecedentes históricos y los precedentes legislativos muestran que la referencia a la vecindad civil mallorquina de los ascendientes fue incorporada a la Compilación en la redacción de 1990 como aclaración, «escasamente afortunada», frente a las dudas sobre si era o no necesario que los descendientes definidores tuviesen también la vecindad mallorquina, mediante una fórmula que lo que incorpora, no explícita pero sí implícitamente, es la no necesidad de esa misma vecindad para los descendientes, que es a lo que quiere referirse.

En lo que se refiere a la discriminación que puede comportar esta interpretación del art. 50, que permite a un extranjero con residencia habitual en Mallorca realizar una Definición y, en cambio, no lo permite a un español con residencia habitual diferente a la mallorquina, aunque resida habitualmente en Mallorca, el TSJ argumenta lo siguiente:

— En el caso de una ciudadana de la UE, su sucesión queda sometida al RES, que es el derecho directamente aplicado, aunque integrado por las disposiciones de la CDCIB por razón de la propia regulación conflictual prevista en el derecho de la UE.
— Si se aplica directamente dicho Reglamento, la residencia habitual de la disponente constituye el factor determinante de la conexión aplicable a su sucesión, y no las disposiciones internas del CC, que prevén un elemento conectivo diferente, la vecindad civil, de imposible aplicación al caso, al ser exclusivamente operativo respecto de los ciudadanos españoles.
— No es posible establecer una comparación viable sobre elementos o términos heterogéneos, dado que la residencia habitual impuesta por el Derecho Europeo, por una parte, y por otra, la vecindad civil exigida por el Código Civil español, responden a normas que resultan exclusivamente aplicables a cada uno de sus respectivos ámbitos, pero sin posibilidad de conjugación ni de producción de sus efectos en el otro.
— Por lo anterior, no es discriminatorio permitir que la disponente —como ciudadana extranjera de la Unión Europea residente en Mallorca— pueda ordenar su sucesión individual conforme a la ley aplicable en dicha isla, por ser lo mismo que pueden hacer los españoles que cumplan con el requisito de la vecindad civil impuesto por la ley interna, y porque impedirle a aquella hacerlo por razón de su nacionalidad sí que resultaría discriminatorio.

En definitiva, la mención a la vecindad civil mallorquina de los ascendientes no regula el contenido material de la institución ni compromete su validez, y la aplicación a los extranjeros de la ley de la residencia habitual no puede considerarse discriminatoria, y por todo ello se desestima el recurso de casación.

No hemos encontrado más resoluciones judiciales sobre esta materia (con la excepción del Auto AP de Palma Secc. 4ª, 184/2019, de 31 de octubre de 2019[60]), pero podemos destacar que tanto la Secc. 3ª como la Secc. 4ª de la AP de Palma han sostenido la aplicabilidad de la ley de la residencia habitual a los extranjeros en lo que se refiere al pacto de definición.

En cuanto a las Resoluciones de la DGSJyFP (antes DGRN), con motivo de la inscripción de transmisiones derivadas de pactos sucesorios y relativas a este problema del criterio de conexión solo hemos encontrado las de 10 de agosto de 2020 [61] y 20 de enero de 2022[62], y en ambas se deniega la inscripción por ser considerada la vecindad civil, en un caso la ibicenca y en el otro la gallega, un requisito material de validez. Llama la atención que la DG, en esta última resolución de 2022, prescinde absolutamente del criterio sentado por el Tribunal Superior de Justicia de Baleares en la ya citada sentencia de 14 de mayo de 2021 y mantiene la exigencia de la vecindad civil para hacer pacto sucesorio en Galicia (lo cual conduciría al mismo resultado en Baleares): "La existencia de una norma estatal que no permite la aplicación de un Derecho foral a un extranjero por carecer de vecindad civil de la Comunidad Autónoma en cuestión no necesariamente debe equipararse al supuesto de hecho del artículo 36.2, esto es, la ausencia de normas internas sobre conflictos de leyes". ¿Acaso es esto una solución a la desigualdad que se cuestiona?

## V. LA DISCORDANCIA ENTRE EL DERECHO EUROPEO Y EL DERECHO INTERREGIONAL ESPAÑOL

Tal y como hemos venido explicando, tratándose de extranjeros que quieran otorgar el pacto sucesorio de Definición el punto de conexión para determinar la viabilidad de la figura, tradicionalmente la vecindad civil, se ha visto desplazado en la sentencia del TSJIB por otro, el de la residencia habitual en las islas de Mallorca o Menorca.

En realidad, con motivo de la entrada en vigor del RES 650/2012 y ante los supuestos que se daban en la práctica, además de otras cuestiones, como el propio concepto de sucesión con repercusión transfronteriza[63], o la configuración de la *professio iuris* como reflejo de la autonomía de la voluntad[64], en España ya había surgido la duda de cómo coordinar las normas propias de Derecho Interregional y las de dicho Reglamento, de cuál debe ser el espacio del Derecho Interregional tras la entrada en vigor del RES.

Siguiendo a Pérez Milla[65], que ya en 2019 había vaticinado la problemática que se avecinaba, el Derecho Europeo será de aplicación a cualquier conflicto de leyes, salvo los que sean exclusivamente internos (ex art 38 RES). Por tanto, los supuestos que deben ser regulados por el Derecho Interregional serán solo aquellos pactos sucesorios en los que el disponente tenga nacionalidad española y residencia habitual en España en el momento del otorgamiento y la sucesión esté excluida del RES. Y siempre teniendo en cuenta que, si se originan situaciones de discriminación inversa que no se pueden evitar, dado que el Derecho español (interregional o material) es materia de competencia del Estado español, tal Derecho debe ser valorado con el criterio de no restringir la libre circulación de personas. Este autor, ya señaló en su día que serían los Tribunales los que, cuando se vayan

enfrentando a los problemas que origina esta dualidad de regímenes, vayan determinando el ámbito de aplicación de cada uno.

Desde otro punto de vista, en España desde la promulgación del CC, las normas de Derecho Internacional Privado estatal han servido de modelo de referencia para la solución de los conflictos de leyes internos, con muy escasas adaptaciones, algunas de ellas obligadas, como la necesidad de configurar una conexión personal substitutiva de la nacionalidad (que es la vecindad civil)[66].

Pero al haber irrumpido el Reglamento Europeo de Sucesiones ha perdido mucha fuerza el Derecho Interregional, que solo será aplicable a conflictos sean "exclusivamente internos", y también se ha perdido el eje básico que constituía el paralelismo de soluciones del Derecho Internacional Privado y el Interregional.

En palabras de nuevo de Pérez Milla[67], "*Frente a la nueva realidad (conflictos de leyes en materia de Derecho civil y no sólo foral, conflictos territoriales por la existencia de normativas jurídico públicas que afectan a situaciones jurídico privadas, o conflictos mixtos donde se conectan los Derechos autonómicos a situaciones transfronterizas), las soluciones que ha ofrecido el Derecho Interregional han sido las mismas, luego éste ha permanecido inmóvil; pero, dada su inadecuación ante el nuevo panorama, se ha retorcido doctrinalmente para intentar abarcar lo que quedaba muy lejos de su ámbito de aplicación original, lo que ha provocado la degradación progresiva del sistema de solución de conflictos internos*".

Por ello considera este autor que el Derecho Interregional va a ser objeto de transformación, se quiera o no, intervenga o no el legislador estatal, y que lo fundamental será entonces determinar cómo va a ser este proceso, en el que a su juicio caben dos posibles soluciones: o bien la desaparición del Derecho Interregional para integrarse totalmente en el Derecho Europeo, o bien un cambio legislativo en el mismo (poco probable desde su perspectiva teniendo en cuenta las consecuencias que dicha reforma supondrían en el sistema territorial español).

También Sillero Crovetto[68], en fechas muy próximas a la entrada en vigor del Reglamento Europeo, ya destacó que el criterio interno principal de conexión en materia sucesoria, la vecindad civil, iba a resultar insuficiente, y en muchos supuestos no iba a poder aplicarse, por lo que el legislador español debía proceder a renovarlo, y con el fin de que el punto de conexión fuera el mismo en conflictos internacionales o interregionales le parecía razonable la opción por la residencia habitual en detrimento de la vecindad civil, aun siendo conscientes de los inconvenientes e inseguridades que puede provocar.

A modo de conclusión, podemos afirmar que una de las grandes diferencias entre el Derecho europeo y el español en materia de criterio de solución de conflictos se encuentra en la conexión personal (vecindad civil versus autonomía de la voluntad y residencia habitual), y sería lógico que en una eventual reforma del Derecho Interregional se cuestionara si no sería deseable sustituir el punto de conexión de la vecindad civil por el de la residencia habitual.

En concreto, el conflicto que se plantea entre el Derecho Interregional y Europeo en relación con el pacto sucesorio de Definición tiene una solución dispar:

*a) Tratándose de donante/instituyente extranjero y residente habitualmente en Mallorca /Menorca*: sí podrá otorgar pacto de Definición, que será inscribible en el Registro de la Propiedad si afecta a inmuebles, con independencia de que como extranjero no pueda por principio ostentar la subvecindad civil mallorquina o

menorquina, y ello porque el punto de conexión a aplicar en este caso es el del Derecho Europeo (residencia habitual), siempre que no haya realizado especial "professio iuris" a favor de su ley nacional y salvo la aplicación excepcional del criterio del vínculo más estrecho.

España, además, como estado firmante del RES, que tiene eficacia erga omnes, tendrá que aplicar las mismas reglas a todos los extranjeros, sean comunitarios o extracomunitarios. Sobre esta temática se pronuncia la DGSJyFP en Resoluciones de fechas 15 de junio y 4 de julio del 2016[69].

*b) Tratándose de donante/instituyente español, con vecindad civil en Mallorca/Menorca y residente habitual* en dichas islas, también será posible el pacto, e inscribible, en aplicación de las normas de conflicto del Derecho Español.

*c) Tratándose de donante/instituyente español, con vecindad civil en Mallorca/Menorca, pero no residente habitual* en dichas islas, debemos distinguir, a su vez:

— Si el pacto es interno, porque el sujeto reside dentro del territorio español pero en lugar distinto de Mallorca y Menorca, habrá que estudiar si subsiste o no su vecindad civil mallorquina y menorquina, porque solo si subsiste podrán otorgar este pacto.

— Si el pacto sucesorio es transfronterizo, porque el donante/instituyente español reside en el extranjero, pero hace *professio iuris* a favor de su ley nacional, la ley internacional aplicable a consecuencia de esa elección será la de su nacionalidad española y la ley interna aplicable será la que se corresponda con su vecindad civil —que no puede ser objeto de elección—. Si fuera transfronterizo por transmitir bienes ubicados en el extranjero pero el donante/instituyente español reside en España también en esta hipótesis la ley internacional aplicable sería la española, a consecuencia de esa residencia habitual en territorio español y, dentro de ella, la ley interna aplicable será también la de su vecindad civil.

*d) Tratándose de donante/instituyente español, sin vecindad civil en Mallorca/Menorca, tanto si tiene residencia habitual* en dichas islas como si no la tiene no puede otorgar este pacto. Las normas de conflicto del Derecho Español son las aplicables al caso.

En definitiva, aunque sea muy difícil hablar de "inconstitucionalidad", dado que los puntos de conexión aplicables en cada supuesto no son los mismos, desde un punto de vista interno no deja de ser una situación que plantea grandes desigualdades, pues hay españoles que residen habitualmente en Mallorca y Menorca pero no pueden otorgar el pacto de Definición por no tener la vecindad civil del lugar, mientras que los extranjeros que igualmente residan en las islas y tampoco tienen la vecindad civil sí pueden otorgarlo.

## VI. CONCLUSIONES

1.º A pesar de que ya no se recoja en el art. 38 de la nueva LSPIB, el requisito de la vecindad civil del otorgante definidor (y en concreto de la vecindad mallorquina o menorquina) sigue siendo necesario para la aplicación del pacto sucesorio de Definición tratándose de españoles. Pero como consecuencia de que los extranjeros no pueden ostentar vecindad civil española, les serán de aplicación las normas del RES, que aplican la norma de conflicto de la residencia habitual.

2.º Por ello, con motivo de la entrada en vigor del RES, se han creado notables diferencias entre residentes habituales en Mallorca y Menorca en función de su nacionalidad: si se trata de españoles se opta por el punto de conexión de la vecindad civil. En el caso de extranjeros en cambio el vínculo es el de la residencia habitual. Además, estas diferencias se dan no sólo entre extranjeros y españoles con residencia habitual en las islas de Mallorca/Menorca; sino también entre españoles (vecinos y no vecinos, con independencia de si son o no residentes habituales en las islas).

3.º Las posibilidades que podría adoptar el legislador español para paliar este "poco afortunado resultado" al aplicar las normas de conflicto existentes podrían ser las siguientes: realizar una revisión integral de los puntos de conexión del Derecho Internacional Privado y del Derecho Interregional (dado que ya no se ajustan a las necesidades vigentes, están en muchos casos obsoletos, y se ven desplazados en ocasiones por el Derecho Europeo); o bien, revisar "puntualmente" las normas de Derecho Interregional estableciendo como criterio principal el de la residencia habitual, o, por último, reconocer y regular ciertas figuras de pactos sucesorios en el Derecho Común o lograr una regulación uniforme de los mismos en todo el territorio nacional.

## VII. RESOLUCIONES JUDICIALES

- STC 226/1993, de 8 de Julio de 1993, «BOE» nº. 183, de 2 de agosto de 1983
- STC 156/1993, de 6 de mayo, «BOE» núm. 127, de 28 de mayo de 1993
- SJPI 752/2019 nº 10 de Palma, de 11 de mayo de 2020.
- SAP Baleares 529/2020, 30 de diciembre de 2020.
- Auto AP de Palma Secc. 4ª, 184/2019, de 31 de octubre de 2019

### Resoluciones de la DGSJyFP

- RDGSJyFP de 3 de julio de 1967, BOE de julio de 1967
- RDGSJyFP de 24 de mayo de 2019; BOE núm. 150, de 24 de junio de 2019; pp. 66856-66867.
- RDGSJyFP de 10 de agosto de 2020, BOE núm. 257, de 28 de septiembre de 2020, Sección III; p. 81.642
- RDGSJyFP 20 de enero de 2022, BOE núm. 40, de 16 de febrero de 2022, páginas 19841 a 19852.
- RDGSJyFP 15 de junio de 2016, BOE núm. 175, de 21 de julio de 2016, pp. 51281 a 51285
- RDGSJyFP de 4 de julio de 2016, BOE núm. 194, de 12 de agosto de 2016, pp. 59066 a 59071

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

Álvarez González, S. (2002): «¿Derecho interregional civil en dos escalones?», *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, Madrid, vol. II, ¡pp. 1787-1808; también en el recopilatorio, *Estudios de Derecho interregional*, Santiago de Compostela, 2007, pp. 15-43.

— (2012): «Legítimas y Derecho interregional», *Tratado de Legítimas*, T. F. Torres García (Coordinadora), Barcelona, Atelier, pp. 153-202.
— (2015): «El Reglamento 650/2012, sobre sucesiones, y la remisión a un sistema plurilegislativo: algunos casos difíciles o, simplemente, llamativos», *Revista de Derecho Civil*, Vol. II, núm. 4, pp. 7-28.
— (2016): «El Reglamento 650/2012: disposiciones referentes a la sucesión de determinados bienes, reenvío y orden público», El Reglamento (UE) 650/2012 (La Ley 13239/2012): su impacto en las sucesiones transfronterizas, Colegio Notarial de Catalunya, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, pp. 135-159.
— (2019): «Ley aplicable a la sucesión por causa de muerte y reenvío. Dos nuevas entregas del Tribunal Supremo entre el Código civil y el Reglamento 650/2012, de sucesiones», *La Ley Unión Europea*, nº 69, de 30 de abril de 2019.
— (2019, bis): «¿Puede un extranjero acogerse al pacto de Definición mallorquín? El Reglamento 650/2012 y la RDGRN de 24 de mayo de 2019», *La Ley Unión Europea,* 31 de octubre 2019.
— (2022): «Vecindad Civil y Reglamento 650/2012, de sucesiones. Una polémica artificial», *La Ley Unión Europea,* nº 104, junio 2022.

Bercowitz Rodríguez-Cano, R. (1983): "La vecindad civil y nacional" *Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 36, nº 4, págs. 1149-1168.

Bibiloni Guasp, B. (2020): «El Pacto Sucesorio de definición otorgado por extranjeros residentes en España (Comentario crítico a la RDGRN 24 de mayo de 2019)». Disponible en: https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/el-pacto-sucesorio-de-definicion-balear-otorgado-por-extranjeros-residentes-en-espana/# [Consulta: 15 agosto 2024].
— (2021): «El Pacto Sucesorio de definición otorgado por extranjeros residentes en España (ii): El debate jurídico posterior a la Resolución de 24 de mayo de 2019, de la (entonces). Dirección General de los Registros y del Notariado». Disponible en: https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/el-pacto-sucesorio-de-definicion-balear-otorgado-por-extranjeros-residentes-en-espana-ii/ [Consulta: 1 octubre 2024].
— (2023-a): «La Ley de sucesión voluntaria paccionada o contractual: el trasfondo de un largo proceso normativo (primera parte)», Revista jurídica de les illes Balears, nº 24, de 19 de julio de 2023, pp. 175-194.
— (2023-b): «Manual civil y fiscal de los Pactos Sucesorios en el derecho civil de las Illes Balears», Valencia, ed. Tirant lo Blanch.

Blanco-Morales Limones, P. (2015): «La competencia internacional en el Reglamento Sucesorio Europeo», *Diario La Ley*, nº 8590, 24 de julio de 2015.

Brancos i Núñez, E. (2018): "*La sucesión contractual en el Código Civil español y en la legislación autonómica*, en VVAA *Instituciones de Derecho Privado Tomo V Sucesiones*, (Garrido de Palma dir. y Garrido Melero coord.), Vol. 3, Civitas-Thomson Reuters, pp. 537 a 645.

Busto Lago, J.M. (2020): «Aproximaciones al Pacto Sucesorio de apartación en el Derecho civil propio de Galicia como instrumento de ordenación sucesoria del patrimonio familiar». *Revista jurídica de les Illes Balears,* nº. 18, págs. 15-

60. Disponible en: https://revistajuridicaib.icaib.org/aproximaciones-al-pacto-sucesorio-de-apartacion-en-el-derecho-civil-propio-de-galicia-como-instrumento-de-ordenacion-sucesoria-del-patrimonio-familiar/ [Consultado en 22 de junio de 2024].

Calatayud Sierra, A. (2013): «Derecho interregional, Código Civil y Reglamento Europeo de Sucesiones», en *Revista jurídica del notariado*, 2013, n. 86, pp. 479-508.

Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J. (2018) *Derecho internacional privado*, vol. I, 18 ed., Granada.

Carbonell Crespí, J.A. (2006): «La institución de la "Definición" en la Compilación de Derecho Civil de les Illes Balears». *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears,* Nº. 8, págs. 69-113.

Cardona Guasch, O. (2014): «La Sucesión Contractual en Cataluña Baleares y Galicia»; En: Lledó Yague, Ferrer Venrell, Torres Lana "El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista". Tomo II, Dykinson, págs. 1466 y siguientes.

Carrascosa González, J. (2014): «El reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de Julio 2012: análisis crítico», Granada.

Cerdá Gimeno, J. (2014): «De los pactos de renuncia de herencia». Disponible en*:*
http://ibdigital.uib.es/greenstone/sites/localsite/collect/boletinJurisprudencia/index/assoc/Bajlib_2/014_t015/_465.dir/Bajlib_2014_t015_465.pdf. [Consultado en 30 de julio de 2024].

CONSELL ASSESOR DE DRET CIVIL DE LES ILLES BALEARS (2021): «Informe sobre el Projecte de Llei de mesures de prevenció i lluita contra el frau fiscal, de transposició de la Directiva 2016/1164/UE del Consell, de 12 de juliol de 2016, per la qual s'estableixen normes contra les pràctiques d'elusió fiscal que incideixen directament en el funcionament del mercat interior, de modificació de diverses normes tributàries i en matèria de regulació del joc. 18 febrero 2021». http://www.caib.es/sites/conselldretcivil/ca/informes/

Costa Ramón, J. (1978): «Derecho Foral ibicenco», op. Cit. En: Revista *IBIZA*, Ibiza, 1946, págs. 32 y ss.; "La Legislación Foral de Ibiza y Formentera (IV)", serie de artículos en el DIARIO DE IBIZA, artículo del día 26 de noviembre de 1978, pág. 5.

Cuquerella Miralles, P. (2024): "Los pactos sucesorios de transmisión de presente de bienes y el ámbito de aplicación del reglamento europeo en materia de sucesiones "mortis causa" con repercusión transfronteriza", *Actualidad Jurídica Iberoamericana* Nº 20 bis, junio 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 418-429.

De Barrón Arniches, P. (1999): «La definición y el finiquito de legitima en el Derecho Civil de las Islas Baleares». Publicación La Notaría. — Archivo Histórico de protocolos de Barcelona. Núm. 5 págs. 79-103.

De la Cámara Álvarez, M. (1990): «Comentario al artículo 1056», *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, Tomo I, págs. 2474 a 2482.

Delgado Echevarría, J. (2012): «Autonomía Privada y Derecho de Sucesiones. Autonomía de la Voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado». Tomo I. Derecho de la persona, familia y sucesiones. Consejo General del notariado, págs. 513 a 638.

— (2018): «Vecindad civil y Derecho interregional privado: una reforma necesaria» Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho, Nº. 28, enero-diciembre 2017, págs. 65-103.

Delgado Truyols, A. (2012): «¿Existe la colación en el derecho sucesorio mallorquín?»; *Revista Jurídica de les Illes Balears, número 10*, pp. 206-216.

Espiñeira Soto, I. (2015): «Guía de Actuación Notarial sobre el Reglamento Europeo de Sucesiones» publicado el 19 de agosto de 2015. Disponible en: https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/guía-de-actuacion-notarial-sobre-el-reglamento-europeo-de-sucesiones/ [Consulta: 10 septiembre 2024].

— (2017): "Respuesta al VIII Dictamen de Derecho Internacional Privado". Disponible en: *Respuesta al VIII Dictamen de Derecho Internacional Privado*, www.notariosyregistradores.com, 27 de diciembre de 2017. [Consulta: 22 junio 2024].

— (2019): «Retirando capas de barniz: Reglamento Europeo de Sucesiones y Derecho interregional español. Resolución DGRN de 24 de mayo de 2019 sobre Definición mallorquina" y Reglamento (UE) 650/2012» Disponible en: https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/reglamento-europeo-de-sucesiones-y-derecho-foral-retirando-capas-de-barniz/ [Consulta: 5 agosto 2024].

Fernández Rozas, J.C. y Sánchez Lorenzo, S. (2020): «Derecho internacional privado», 11 ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

Fernández Tresguerres, A. (2016): «Las sucesiones mortis causa en Europa: *estudio del Reglamento (UE) no 650-2012*», Cizur Menor.

— (2021): «Derecho interregional y reglamentos europeos». Disponible en: https://revistas.eleconomista.es/buen gobierno/2021/junio/derecho-interregional-y-reglamentos-europeos-FB8065304. [Consulta: 8 noviembre 2024].

Ferrer Pons, J. (1980): «Artículo 50 Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», t. XXXI, vol. 1ºArtículos 1 a 65 *Compilación de Baleares*. Edersa, págs. 766-793.

— (2000): «Artículos 50 y 51. Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», t.XXXI, vol. 1º Artículos 1a 65 de la Compilación del Derecho Civil de Baleares.2ª ed. Edersa, págs. 901-945.

Ferrer Vanrell, Mª P. (1990): «Notas sobre el tratamiento legal de la "Diffinitio" en el art. 50 de la Compilación Balear y en los arts. 50 y 51 del Proyecto de reforma, a la luz de sus antecedentes históricos» *Revista jurídica de Catalunya,* Vol. 89, Nº1, 1990, págs. 29-54.

— (1992): «La Diffinitio en el Derecho civil de Mallorca». Universitat de les Illes Balears.

— (2012) «La Diffinitio y el finiquito de legítima en el Derecho civil de Mallorca, Ibiza y Formentera (análisis a los arts. 50 y 51 del Lib. I y art. 77 del Lib. III CDCIB)» Tratado de Legítimas. Teodora F. Torres García (coord.) Atelier, págs. 344-358.

— (2014) «Ponencia sobre la Diffinitio (arts. 50 y 51 y 77 CDCIB) y propuesta de resolución de las cuestiones que plantea» Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, XV, págs. 421-460.

— (2016) «Pactos Sucesorios en la compilación de Derecho Civil de Baleares». En: Gette Alonso, M. y Sole Resina, J., "Tratado de Derecho de Sucesiones" Tomo I, Civitas-Thomson Reuters-Aranzadi, 2ª Ed. Navarra, págs. 1406 y siguientes.

Font y Segura, A. (2000): «La sucesión hereditaria en el Derecho interregional», *Anuario de Derecho Civil*, pp. 23-81.

— (2007): «Actualización y desarrollo del sistema de Derecho interregional, Santiago de Compostela».

— (2009) «La ley aplicable a los Pactos Sucesorios», InDret, 2/2009.

— (2014) «La remisión intracomunitaria a sistemas plurilegislativos en el Reglamento 650/2012 en materia de sucesiones», en El nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea, I. Calvo Vidal (Coord.), Consejo General del Notariado, pp. 75-121.

Garau Juaneda, L. (2011): «La necesaria depuración del derecho interregional español». *La aplicación del Derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo,* coord. por Albert Font i Segura. Atelier. Barcelona, págs. 95-100.

— (2020): «El ámbito de vigencia, el ámbito de aplicación y el ámbito de eficacia de los derechos civiles autonómicos: al hilo del caso particular del artículo 50 de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares» Revista Jurídica de las Illes Balears, nº19, págs. 11-42.

— (2021): «El ámbito de vigencia, el ámbito de aplicación y el ámbito de eficacia de los derechos civiles autonómicos: al hilo del caso particular del artículo 50 de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares», Revista jurídica de les illes Balears, nº 19, de 1 de febrero de 2021, pp. 11-42.

Gete Alonso, Mª C. (dir.) (2011): «Tratado de derecho de sucesiones: Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco» /(coord.). Judith Solé Resina; Vol. 2, 2011.

Ginebra Molins, E. (2016): «Sucesiones transfronterizas y Estados plurilegislativos, en Reglamento (UE) 650/2012: Su impacto en las sucesiones transfronterizas». *Colegi de Notaris de Cataluña*.

Gomá Salcedo, J.E. *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral*, Tomo III Vol 2 «Sucesiones hereditarias», Bosch, Barcelona, ediciones de 2007 y 2010.

Iglesias Buhigues, J.L. y Garín Alemany, F. (2015): «Sucesiones Internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2020», Dir. Iglesias Buigues, J.L. y Palao Moreno, G. Tirant lo Blanch, 2015.

Herrero Oviedo, M. (2009-1): "El renacer de los pactos sucesorios", en S. Álvarez González (ed.), *Estudios de Derecho de familia y de sucesiones*, Imprenta universitaria, Santiago de Compostela, pp. 199-217.

— (2009-2): "Los pactos sucesorios en el Código Civil francés", en M.P. GARCÍA RUBIO (coord*.), Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río,* Navarra, Thomson-Aranzadi, pp. 443-475.

— (2014): «Pactos sucesorios en el CC y en la LDC de Galicia», capítulo 32 del Tratado de Derecho de Sucesiones, T. I, pág. 1309; pág. 1351 (2ª ed.).

Iriarte, A. L.F.B. (2022): «¿Puede un extranjero estar sometido a un Derecho foral?», *REDI*, 2022-1, pp. 233-239.

Jiménez Gallego, C. (2016): «*El Reglamento sucesorio europeo*, Consejo General del Notariado».

— (2019): «Derecho civil de las islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro». Fundación Notariado. Madrid.

Llodrá Grimalt, Fª (2018): «Anàlisi de la Llei 7/2017, de 3 d'agost, per la qual es modifica la Compilació de dret civil de les Illes Balears i del seu procés» *Revista jurídica de les Illes Balears,* Nº. 16, págs. 37-68.

— (2019): "*El Derecho sucesorio balear: ¿Un Derecho de Principios?». Retos y oportunidades del derecho de sucesiones"*. Cristina Villó Travé (dir.) Aranzadi Thomson Reuters, págs. 287-297.

López Peláez, P. *"La partición realizada por el propio testador en acto inter vivos y su problemática"* en la Revista de Derecho Civil, 2023, n 4, págs. 153 a 197, accesible en https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/874

López Peñate, I. (2020): "La Deffinitio (Definición)", colaboración en "*Derecho de sucesiones común estudio sistemático y jurisprudencial*", Tomo III (enero 2020); Rivas Martínez, J.J., Ed. Tirant lo Blanch, págs. 3349-3373.

Mariño Pardo, F. (2019): «Doctrina y algunas consecuencias sobre las actuaciones de los notarios españoles en el marco del Reglamento 650/2012 a partir de la STJUE de 23 de mayo de 2019», *La Ley Unión* nº74, 2019.

— (2020): «De nuevo sobre la actuación notarial en el marco del Reglamento europeo de sucesiones. Sentencia del Tribunal de Justicia, de 16 de julio del 2020, C-80/19: E. E. y Loi applicable aux successions». La Ley Unión Europea, nº 85 de octubre 2020.

Martínez-Piñeiro Caramés, E. (1985): «Las legítimas en Mallorca en el proyecto de ley sobre la Compilación del Derecho civil de Baleares», *Cuadernos de la Facultad de Derecho, de la Universitat de les Illes Balears*, del año 1985.

— (2012): «Jornadas de Derecho Civil Balear con motivo del 50 aniversario de la compilación» coord. por Carlos Jiménez Gallego, 2012, págs. 29-34.

Martorell García, V. (2021a): «Galicia y Baleares, tan lejos tan cerca: algunas cuestiones sobre Pactos Sucesorios». Disponible en: https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/galicia-y-baleares-cuestiones-sobre-pactos-sucesorios/ [Consulta: 15 agosto 2024].

Masot Miquel, M. (2021): «Validesa del pacte de donació amb definició de llegítima atorgat per una ciutadana francesa i els seus fills, residents tots ells a Mallorca» *Revista Jurídica de las Illes Balears,* nº 20, págs-191-203.

— (2001): «Los principios generales del Derecho Sucesorio Balear, BAJL, nº5», Universidad de las Islas Baleares, 2001, págs. 82-92.

Mir de la Fuente, T. (1982): «La "definición" del Derecho Civil Especial de Baleares y los conflictos de leyes». *Cuadernos de la Facultad de Derecho,* nº 2, 1982, págs. 67-80.

Moretón Sanz, Mª F., (2010), "Determinación de la ley personal del causante: notas sobre la recuperación de la vecindad civil por residencia y el alcance de la inconstitucionalidad sobrevenida del principio de unidad familiar", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio, 719, 2010, pp., 1.282 a 1.297; (2020), "Concurrencia de la sucesión testada e intestada: herencia de causante intestada por la premoriencia de heredero testamentario", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año nº 96, Nº 777, pp. 544-563.

Munar Bernat, P.A. (2021): «Los problemas que plantea el Reglamento (UE) nº 650/2021 en el tratamiento del Pacto Sucesorio de definición (arts. 50 y 51 CDCIB). A propósito de la STSJ Illes Balears, de 14 de mayo de 2021» *Revista de Derecho Civil,* vol. VIII, núm. 4 (octubre-diciembre, 2021), Ensayos, págs. 227-255.

Paniza Fullana, A. (2023): «Una primera aproximación a la Ley de sucesión voluntaria paccionada o contractual de las Illes Balears», *Revista jurídica de les illes Balears*, nº 23, de 3 de febrero de 2023, pp. 185-195.

Pérez Milla, J.J. (2019): «El espacio del Derecho Interregional tras los Reglamentos de la Unión Europea sobre familia y sucesiones mortis causa», *El Justicia de Aragón*, pp.145-163.

Pons Salvá, M. (2013): «El Pacto Sucesorio mallorquín: La "Diffinitio"», *Revista jurídica de les illes Balears*, nº 11, de 10 de julio de 2013, pp. 58-77.

Ribes Ribes, A. (2021): «Pactos Sucesorios: ¿legalidad o abuso? Nuevo tratamiento fiscal a la luz de la reciente reforma legislativa», *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF* nº 464, de noviembre de 2021, pp. 5-42.

Rivas Martínez, J.J. (2004): «Derecho de sucesiones Común y Foral». Tomo II, Volumen 2, Dykinson, 3ª Edición, Madrid, páginas 1532 y ss.

— (2020): «Derecho de Sucesiones Común. Estudios sistemático y jurisprudencial». *Tirant lo Blanch*, Valencia.

Rodríguez Benot, A. (2021): «Una lectura europea de la aplicación del art. 50 de la Compilación balear a los extranjeros. A propósito del caso *Crul* y su deriva judicial (Sentencia de la AP de Palma de Mallorca, Sección tercera, de 30 de diciembre de 2020», *REEI*, 41, Crónica de Derecho internacional privado, pp. 20-25.

Rodríguez-Uría Suarez, I. (2013a): «*La ley aplicable a los Pactos Sucesorios*», Tesis doctoral Universidad Santiago de Compostela.

— (2013 b): «*La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento (UE) 650/2012 (La Ley 13239/2012)*», *InDret*, 2/2013, pp. 38-39.

Sillero Crovetto, B. (*La vecindad civil como criterio de vinculación en un estado plurilegislativo: nuevos retos ante el avance de las competencias del legislador de la UE*, en Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, Nº 7, agosto 2015, accesible en Aranzadi digital),

Torres García, Tª F. (2012): *"La legítima en el Derecho Civil de las Islas Baleares"*, autores VILA RIBAS, Mª. C, FERRER VANRELL, Mª. P., MUNAR BERNAT, P.A., coordinadora de la obra "Tratado de Legítimas", ISBN 978-84-92788-86-6, págs. 291-398.

## NOTAS

[1] Con carácter general sobre los pactos sucesorios, en especial en la legislación autonómica, véase a modo de ejemplo Brancos i Núñez, E. *La sucesión contractual en el Código Civil español y en la legislación autonómica*, en VVAA *Instituciones de Derecho Privado Tomo V Sucesiones*, (Garrido de Palma dir. y Garrido Melero coord.), Vol. 3, págs. 537 a 645, Civitas-Thomson Reuters, 2018. Y sobre su relación con la voluntad del testador véase López Peláez, P. "*La partición realizada por el propio testador en acto inter vivos y su problemática*" en la Revista de Derecho Civil, 2023, n 4, págs. 153 a 197, accesible en https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/874

[2] Sobre el pacto sucesorio de Definición véanse: Ferrer Vanrell, M.P. "*La Diffinitio en el derecho Civil de Mallorca, un estudio sobre la tradición jurídica mallorquina*" (1992) Ed. UIB, pp. 31 y ss.; De Barrón Arniches, P. (1999): «*La definición y el finiquito de legitima en el Derecho Civil de las Islas Baleares*». Publicación La Notaría. — Archivo Histórico de protocolos de Barcelona. Núm. 5 págs. 79-103; Carbonell Crespí, J. A. (2006): «La institución de la "Definición" en la Compilación de Derecho Civil de les Illes Balears». *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears,* nº. 8, pp. 77 y ss.; López Peñate, I. (2020): "LA DEFFINITIO (DEFINICIÓN)", colaboración en" *Derecho de sucesiones común estudio sistemático y jurisprudencial*", Tomo III (enero 2020); Rivas Martínez, JJ Ed. Tirant lo Blanch, ISBN 978-84-1336-751-4; págs. 3349-3373; Munar Bernat, P.A. (2021): «Los problemas que plantea el Reglamento (UE) nº 650/2021 en el tratamiento del Pacto Sucesorio de definición (arts. 50 y 51 CDCIB). A propósito de la STSJ Illes Balears, de 14 de mayo de 2021» *Revista de Derecho Civil,* vol. VIII, núm. 4 (octubre-diciembre, 2021), Ensayos, pp. 229 y ss; o Bibiloni Guasp, B. (2023-b): «*Manual civil y fiscal de los pactos sucesorios en el Derecho Civil de las Illes Balears*», Valencia, ed. Tirant lo Blanch, pp. 378 y ss.

[3] Art. 74 LSPIB: "*1. El finiquito es un pacto sucesorio en virtud del cual el descendiente legitimario renuncia a los derechos que le puedan corresponder en la sucesión del ascendiente en consideración a una donación, atribución o compensación que este ascendiente o su heredero contractual hagan o le hayan hecho en vida de aquel. La atribución, la compensación o la donación hecha por el heredero contractual puede consistir en bienes que no formen parte del patrimonio del causante. 2. El finiquito podrá estar limitado o no a la legítima. El finiquito sin fijación de su alcance se entenderá que es general y limitado a la legítima (…)*"

[4] A esta institución, recogida inicialmente en la Compilación (que le dedicaba sólo dos preceptos, 50 y 51), se le dedican ahora los artículos 38 a 50 de la LSPIB, además de otros artículos generales sobre pactos sucesorios.

[5] El artículo 38 LSPIB establece que "*(…) En defecto de declaración expresa, la Definición se entenderá limitada a la legítima*"

[6] Bibiloni Guasp, B. (2023-b): op. cit. págs. 505-528.

[7] Vid art. 38 LSPIB.

[8] Vid. art. 5 LSPIB, en consonancia con los arts. 1280.3, 1008 y 633 del Código Civil.

[9] Bercowitz Rodríquez-Cano, R. "La vecindad civil y nacional" *Anuario de derecho civil*, 1983, Vol. 36, n.º 4, págs. 1149-1168.

[10] Art. 149.1. 8ª CE.

[11] Véanse por todas las STC, Pleno, 226/1993, de 8 de julio, o 156/1993, de 6 de mayo.

[12] Moretón Sanz, Mª F., (2010), "Determinación de la ley personal del causante: notas sobre la recuperación de la vecindad civil por residencia y el alcance de la inconstitucionalidad sobrevenida del principio de unidad familiar", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio, 719, 2010, pp., 1.282 a 1.297; (2020), "Concurrencia de la sucesión testada e intestada: herencia de causante intestada por la premoriencia de heredero testamentario", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año nº 96, Nº 777, pp. 544-563.

[13] En los casos donde se determina la filiación de ambos progenitores simultáneamente, como ocurre si los progenitores están casados entre sí, el lugar de nacimiento se convierte así en un criterio crucial para determinar la vecindad civil, aunque dicho lugar puede ser acci-

dental y carecer de toda conexión con la vecindad civil, e incluso con la residencia habitual, de los padres.

[14] El Tribunal Constitucional, en la STC 226/93 de 8 de julio, considera que dicha norma es conforme a la Constitución, ya que la preferencia por la vecindad civil común es residual, se establece como cláusula final o de cierre para asegurar la certeza en las relaciones jurídicoprivadas, no es arbitraria ni inflexible, y la vecindad se puede modificar.

[15] Incluso aunque el progenitor elegido ya hubiese fallecido, ya que del precepto no se deduce la imposibilidad de esta opción.

[16] De entre los distintos pronunciamientos judiciales destacaremos que el plazo de residencia ha de transcurrir sin interrupción (STS de 27 de octubre de 1990), que se considera como interrupción el traslado de domicilio a región distinta durante un año y un día (STS de 29 de marzo de 1892), o que el plazo debe contarse desde la emancipación del afectado, por lo que no debe computarse el tiempo de residencia durante el que fue menor de edad (STS 668/2007, de 7 de junio).

[17] Berkowitz Rodríguez-Cano, R. op. cit.; págs. 1149-1168.

[18] Véanse las STS 20 de diciembre de 1985, 6 de octubre de 1986 o 20 de febrero de 1.995. La jurisprudencia ha sido contradictoria sobre si basta el mero lapso del tiempo para cambiar la vecindad civil, o de si puede impedirlo una actuación distinta de la declaración formal.

[19] RDGRN de 2 septiembre 2.004 y 24 enero 2.005.

[20] Es el caso del Estatuto de Autonomía catalán LO 6/2006, de19 de julio (art. 14.2: "*Los extranjeros que adquieren la nacionalidad española quedan sometidos al derecho civil catalán mientras mantengan la vecindad administrativa en Cataluña, salvo que manifiesten su voluntad en contra*"). En idéntica línea, hemos de citar el Estatuto de la Comunidad Valenciana aprobado por L O 1/2006, de 10 de abril (aun cuando no tiene Derecho Civil propio)

[21] Y lo mismo decía el art. 6.2 de la versión inicial del Estatuto, de 1983.

[22] A estos efectos podemos recordar el art. 11 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, en cuya virtud "*En los instrumentos públicos que se otorguen en la Comunidad Autónoma del País Vasco se hará constar la vecindad civil vasca y la vecindad civil local del otorgante*".

[23] El inciso del art. 161 del RN, según redacción dada por RD 45/2007, que decía que se acreditará la vecindad por el lugar del otorgamiento, salvo que el interesado manifieste otra cosa, quedó anulado por la STS de 20 de mayo de 2008.

[24] O la que consta en el art. 11 in fine de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, en cuya virtud "*En los instrumentos públicos que se otorguen en la Comunidad Autónoma del País Vasco se hará constar la vecindad civil vasca y la vecindad civil local del otorgante.… En caso de duda, se presumirá, salvo prueba en contrario, que la vecindad civil es la que corresponda al lugar del nacimiento…*".

[25] RDGRN de 3 de julio de 1967: si bien la Ley del Notariado no regula específicamente el acta de notoriedad de declaración de la vecindad civil, sus arts. 53 y 56 sí regulan las actas de notoriedad de determinación del régimen económico matrimonial legal y de declaración de herederos abintestato, y obligan al Notario a practicar las pruebas documentales y testificales que sean necesarias o estime oportunas para acreditar la vecindad civil de los cónyuges o del causante, respectivamente, y no parece que exista obstáculo alguno en limitar el acta de notoriedad a la acreditación de la vecindad civil de una persona.

[26] Hablamos de "subvecindad" porque la vecindad civil sería la balear y, dentro de ésta, cabrían las subvecindades: mallorquina, menorquina, ibicenca y formenterense.

[27] Tras la reforma efectuada por la Ley 7/2017, de 3 de agosto, el art 65 de la Compilación extiende a la isla de Menorca la aplicación del Libro I de la Compilación, con excepción de algunos preceptos entre los que no estaba el art 50.

[28] La propia Exposición de Motivos de la ley afirma que "Se ha prescindido de la tan comentada expresión «de vecindad civil mallorquina», considerando que era una reivindicación generalizada"; sin embargo, en su artículo 2 declara que "Esta ley tiene eficacia en el

territorio de las Illes Balears, sin perjuicio de las normas para resolver los conflictos de leyes y de las excepciones que puedan establecerse de acuerdo con la normativa general que afecte a esta materia", y en el artículo 3 añade la referencia a la validez de los pactos otorgados de conformidad con la ley aplicable al futuro causante, a pesar de que la ley que regule la sucesión sea otra, y sin hacer referencia a la ley aplicable al donatario a pesar de tratarse de un pacto bilateral. Tampoco en el precepto dedicado a la capacidad se hace referencia a la vecindad civil (art. 8).

[29] Pascual González, L. "*La definición. Institución de Derecho Sucesorio Contractual. Derecho Foral de Baleares"*, Palma de Mallorca, 1962, pág. 54.

[30] Mir de la Fuente, T. "*La "Definición" del Derecho Civil Especial de Baleares y los conflictos de leyes", Cuadernos de la Facultad de Derecho,* n.º 2, 1982, págs. 67-80, 1982.

[31] Pese a que, en la Definición, como pacto de non succedendo, se resalta el aspecto de renuncia a los derechos sucesorios, su necesario enlace con la obtención gratuita de cierto beneficio patrimonial, y su formalización per modum pacti, determinan un perfeccionamiento bilateral (renuncia en contemplación a la donación efectuada) concorde con su carácter oneroso. Y esa contemplación de la Definición desde el punto de vista contractual, junto con la prohibición establecida en el Código Civil sobre los pactos sucesorios (arts. 816 y 1271), y el silencio sobre la sucesión contractual en el art. 10 del mencionado Código en su redacción originaria, generaron en su momento dudas acerca de si podían definir los descendientes que careciesen de vecindad mallorquina. Hoy, a la vista de la redacción de los arts. 9.8 y 10.7 del CC, queda claro que debe aplicarse la ley nacional (vecindad civil) del causante/donante.

[32] Ferrer Pons, J. «*Artículo 50 Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*», t. XXXI, vol. 1º, 1980, Artículos 1 a 65 *Compilación de Baleares*. Edersa, pp. 766-793.

[33] Martínez-Piñeiro Caramés, E. «*Las legítimas en Mallorca en el proyecto de ley sobre la Compilación del Derecho civil de Baleares*», *Cuadernos de la Facultad de Derecho, de la Universitat de les Illes Balears*, del año 1985.

[34] Ferrer Pons, j.: «*Artículos 50 y 51. Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*», t. XXXI, vol. 1º, 2000, Artículos 1a 65 de la Compilación del Derecho Civil de Baleares.2ª ed. Edersa, págs. 901-945.

[35] "A *pesar de que fue objeto de controversia en el seno de la Comisión, finalmente prevaleció la tesis de que la vecindad mallorquina o ibicenca sólo es exigible para el ascendiente. Y así lo refleja el artículo 50. Teniendo en cuenta que no había ningún pronunciamiento jurisprudencial y por la importancia de los movimientos migratorios (con frecuentes casos de disparidad de vecindades en la familia) era aspecto que la Ley debía clarificar".*

[36] Álvarez González, S. "*Ley aplicable a la sucesión por causa de muerte y reenvío. Dos nuevas entregas del Tribunal Supremo entre el Código civil y el Reglamento 650/2012, de sucesiones", La Ley Unión Europea*, nº 69, de 30 de abril de 2019, bis; pp. 8-12: "*no corresponde a la normativa balear determinar si un balear puede o no acogerse al pacto de Definición en los supuestos de conflictos de leyes con otros Derechos civiles españoles, con la matización de que solo sería posible que le corresponda establecer la vecindad mallorquina como requisito en este caso en los conflictos exclusivamente interinsulares*".

[37] Garau Juaneda, L. "*El ámbito de vigencia, el ámbito de aplicación y el ámbito de eficacia de los derechos civiles autonómicos: al hilo del caso particular del artículo 50 de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares"*. Revista Jurídica de las Illes Balears, nº 19, 2020, págs. 11-42: "*La cuestión no es si el artículo 50 contraviene o no la legislación estatal, sino si el inciso del artículo 50 que establece a quienes es de aplicación dicho artículo invade o no la competencia exclusiva del Estado en materia de conflictos de leyes (artículo 149.1.8.a de la Constitución). Y el Tribunal Constitucional, cuando ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad de este tipo de normas autonómicas, ha afirmado la radical inconstitucionalidad de las mismas… si el inciso contenido en el artículo 50 de la Compilación balear, que requiere la vecindad civil «mallorquina» del ascendiente para poder acogerse a la «Definición», establece el ámbito de aplicación espacial-personal de dicho artículo, la consecuencia es que constituye una norma de conflicto unilateral, que interfiere no solo en el derecho interregional sino también en*

*el derecho internacional privado, y que, como tal norma de conflicto, invade una competencia exclusiva del Estado*".

[38] Ferrer Pons, J. "Artículo 50 Comentarios al CC y Compilaciones Forales», t. XXXI, vol. 1ºArtículos 1 a 65 *Compilación de Baleares*. Edersa, págs. 766-793, 1980 y "Artículos 50 y 51. Comentarios al CC y Compilaciones Forales", t. XXXI, vol. 1º Artículos 1a 65 de la *Compilación del Derecho Civil de Baleares*. 2ª ed. Edersa, págs. 901-945.

[39] Como ya puso de relieve Sillero Crovetto, (*La vecindad civil como criterio de vinculación en un estado plurilegislativo: nuevos retos ante el avance de las competencias del legislador de la UE*, en Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, Nº 7, agosto 2015, accesible en Aranzadi digital), la regla del CC que somete la sucesión por causa de muerte a la ley nacional del causante en el momento del fallecimiento, ley que se determinará en el caso de los españoles por su vecindad civil, mereció un juicio muy positivo en su momento, por la ventaja que supone el establecimiento de una única ley aplicable, que simplifica el sistema, y por la pretensión de proteger a los nacionales españoles donde se encontrasen, pero en la actualidad, con la alta movilidad de la población, y con el número de extranjeros residentes en España y con bienes en nuestro pais, no resuelve los problemas sucesorios, por las diferencias existentes entre los distintos ordenamientos tanto en la determinación de las leyes de conflicto como en las normas de derecho material (alcance de la libertad de disponer, sus limitaciones, modalidades de los actos de disposición, admisibilidad y regulación de la secesión paccionada o conjunta).

[40] En las sentencias y resoluciones que vamos a citar se abordan otras materias ajenas a la de vecindad civil, que sólo trataremos en la medida en que estén conectadas con el objeto de nuestro trabajo.

[41] Hay que tener presente que en ese momento seguía vigente el artículo 50 de la CDCIB.

[42] Art. 30 RES: *"Cuando la ley del Estado donde se encuentren situados determinados bienes inmuebles, empresas u otras categorías especiales de bienes contenga disposiciones especiales que, por razones de índole económica, familiar o social, afecten o impongan restricciones a la sucesión de dichos bienes, se aplicarán a la sucesión tales disposiciones especiales en la medida en que, en virtud del Derecho de dicho Estado, sean aplicables con independencia de la ley que rija la sucesión".*

[43] Art. 36 RES: "*1. En el caso de que la ley designada por el presente Reglamento fuera la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones, las normas internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado determinarán la unidad territorial correspondiente cuyas normas jurídicas regularán la sucesión.*

*2. A falta de tales normas internas sobre conflicto de leyes:*

*a) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la residencia habitual del causante, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que este hubiera tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento;*

*b) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la nacionalidad del causante, como una referencia a la ley de la unidad territorial con la que el causante hubiera tenido una vinculación más estrecha;*

*c) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a cualesquiera otras disposiciones relativas a otros elementos que sean factores de vinculación, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que esté ubicado el elemento pertinente.*

*3. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley pertinente con arreglo al artículo 27 y a falta de normas sobre conflicto de leyes en ese Estado, como una referencia a la ley de la unidad territorial con la que el testador o las personas cuya sucesión sea objeto de un Pacto Sucesorio hubieran tenido una vinculación más estrecha".*

[44] BOE núm. 150, de 24 de junio de 2019; pp. 66856-66867.

[45] Afirma así que "*Pertenecen al dominio de la validez material de las disposiciones mortis causa —regido por la lex putativa o de la buena fe— la capacidad del disponente para realizar la disposición mortis causa; las causas específicas que impidan al disponente disponer en favor de determinadas personas o que impidan a una persona recibir bienes sucesorios de aquél; la admisibilidad de la representación a efectos de realizar una disposición mortis causa; la interpretación de la disposición mortis causa; el fraude, la coacción, el error o cualquier otra cuestión relativa al consentimiento o a la voluntad del disponente. Y son elementos de la validez formal la edad, nacionalidad o cualesquiera otras condiciones personales del testador o de alguna de las personas cuya sucesión sea objeto de un Pacto Sucesorio*".

[46] Álvarez González, S. «*Ley aplicable a la sucesión por causa de muerte y reenvío. Dos nuevas entregas del Tribunal Supremo entre el Código civil y el Reglamento 650/2012, de sucesiones*», *La Ley Unión Europea*, n.º 69, de 30 de abril de 2019.

[47] Bibiloni Guasp, B. "*El pacto sucesorio de definición balear otorgado por extranjeros residentes en España",* www.notariosyregistradores.com, 23 de mayo de 2020, p. 2. Disponible en: https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/el-pacto-sucesorio-de-definicion-balear-otorgado-por-extranjeros-residentes-en-espana/# [Consulta: 15 agosto 2024].

[48] ESPIÑEIRA SOTO, I. (2015): «Guía de Actuación Notarial sobre el Reglamento Europeo de Sucesiones» publicado el 19 de agosto de 2015. Disponible en: https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/guía-de-actuacion-notarial-sobre-el-reglamento-europeo-de-sucesiones/ [Consulta: 10 septiembre 2024].

[49] Fernández Tresguerres, A. "*Los Reglamentos europeos y el derecho interregional*"; *Revista Española De Derecho Internacional*, 74(1), 2022, págs. 223-231. [Consulta: 8 noviembre 2024].

[50] Garau Juaneda, L. "*El ámbito de vigencia, el ámbito de aplicación y el ámbito de eficacia de los derechos civiles autonómicos: al hilo del caso particular del artículo 50 de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares*" Revista Jurídica de les Illes Balears, nº 19, 2000, págs. 11-42 https://revistajuridicaib.icaib.org/.

[51] García Rubio, M.P. "*Legítimas en el Derecho español: Diversidad, complejidad y retos que planean sobre la legítima del Código Civil*". *Los desafíos contemporáneos de la legítima hereditaria.* Barba-Pérez-Gallardo (coords), 2000, Ediciones Olejnik. Santiago de Chile, págs-23-37.

[52] Gómez Martínez, C. «*Dues Resolucions Judicials i dues Resolucions Administratives sobrel'aplicació a les Illes Balears del Reglament Europeu de Succesions 650/2012*». Jornada sobre l'aplicació del Reglament europeu de successions organitzada per l'Institut d'Estudis Autonòmics, l'Il•lustre Col•legi d'Advocats de les Illes Balears i el Consell Assessor de Dret Civil Balear el 19 de novembre de 2020. Disponible en: https://www.caib.es/sites/institutestudisautonomics/ca/jornada_/ [Consulta: 10 junio 2021].

[53] Masot Miquel, M. «*Validesa del pacte de donació amb definició de llegítima atorgat per una ciutadana francesa i els seus fills, residents tots ells a Mallorca» Revista Jurídica de las Illes Balears,* n.º 20, 2021, págs-191-203.

[54] Munar Bernat, P. «*Los problemas que plantea el Reglamento (UE) nº 650/2021 en el tratamiento del Pacto Sucesorio de definición (arts. 50 y 51 CDCIB). A propósito de la STSJ Illes Balears, de 14 de mayo de 2021» Revista de Derecho Civil,* vol. VIII, núm. 4 (octubre-diciembre, 2021), Ensayos, págs. 227-255.

[55] SJPI 752/2019 nº 10 de Palma, de 11 de mayo de 2020.

[56] En concreto declaró que "*no entiende esta juzgadora en qué medida el art. 50 de la Compilación conculca la normativa estatal, toda vez que el propio Código civil en los preceptos citados en el fundamento de derecho anterior dispone que la ley personal será la de la vecindad civil, estableciendo el art. 14.1 que la sujeción al derecho foral se determina por la vecindad civil*"; y que "*el art. 50 se limita a reiterar lo ya dicho por la norma estatal: que para que la institución de la "Definitio" sea aplicable es menester que el donante tenga vecindad civil balear. No viola competencia exclusiva del Estado ni mantiene cosa distinta de la establecida por le*

*legislación estatal. No establece un punto de conexión distinto o extraordinario, no contemplado ya por el Estado".*

[57] Por dos razones: porque "*el ámbito de las cuestiones prejudiciales se circunscribe a cuestiones relativas a la interpretación de los Tratados y a cuestiones sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión*", y porque "*el art. 50 no conculca lo establecido en el Reglamento 650/2012, toda vez que aplica al nacional extranjero, en materia de sucesiones, la ley de su lugar de residencia, esto es, la ley española. Y dicha ley española, en su Código Civil, es la que dispone cuando se puede aplicar una ley foral, estableciendo que sólo podrá aplicarse a quien tenga esa vecindad civil para, seguidamente, disponer cuando un extranjero puede adquirir dicha vecindad. En definitiva, en nada conculca la Compilación balear la normativa del Reglamento 650/2012".*

[58] SAP Baleares 529/2020, 30 de diciembre de 2020.

[59] «*La exigencia de condiciones personales en los derechos forales no es una situación aislada, sin que sea posible suprimir el derecho foral o autonómico modificando sus reglas, las normas materiales y conflictuales españolas, por la vía de una interpretación equivocada del Reglamento que es absolutamente neutro con la solución nacional*.»

[60] Niega a una madre la autorización judicial para aceptar en nombre de su hija menor de edad una donación de una participación indivisa en nuda propiedad de dos bienes inmuebles sito en Mallorca, con pacto sucesorio de definición, por falta de justificación de la utilidad o necesidad, ni del requisito de estar la donataria que realiza la aceptación con definición emancipada. En el caso tanto la madre como la hija tenían nacionalidad alemana, y residencia habitual en Mallorca, y debemos destacar que, aunque el Tribunal no se plantea la validez de la donación con definición otorgada por extranjeros, sino solo la no concurrencia del requisito de estar la donataria emancipada, sí afirma que el carácter erga omnes del Reglamento Europeo 650/2012, y la primacía del Derecho de la UE sobre el Derecho interno de los Estados miembros, comportan entre otras la consecuencia de que la ley aplicable conforme al citado Reglamento es la ley de la residencia habitual, y que la Compilación de derecho civil balear limita la posibilidad de aceptar la donación con pacto de definición a los descendientes legitimarios y emancipados.

[61] Se deniega la inscripción de un pacto sucesorio en que el donante tiene nacionalidad italiana y residencia habitual en Ibiza, previa manifestación de elección de ley a favor de la normativa balear por parte del donante, haciendo referencia a la Resolución de la DGSJFP de 24 de mayo de 2019 y asumiendo sus argumentos (no estamos ante un problema jurídico de Derecho Conflictual, sino de Derecho material balear, que exige la vecindad civil en este caso ibicenca).

[62] Se deniega la inscripción de un pacto sucesorio de mejora con entrega de bienes de presente, de los previstos en la legislación gallega, otorgado por una persona de nacionalidad francesa y residente en Galicia y su esposa de nacionalidad española, por considerarse que es necesario ostentar vecindad civil gallega para poder sujetarse a la ley gallega, y resultando la vecindad civil una cualidad reservada a españoles no la puede ostentar el otorgante, extranjero, y por tanto no puede otorgar un pacto sucesorio conforme a dicha legislación (el pacto muy posiblemente además no se encuentre en el concepto de pacto sucesorio previsto en el Reglamento, en cuanto se transmite la propiedad de presente, y su consecuencia sucesoria supone una «professio iuris» no expresa, sino tácita, y parcial, en cuanto solo se refiere a un bien concreto, que puede suponer la fragmentación de la sucesión).

[63] Espiñeira Soto, I. "Guía de actuación notarial sobre el Reglamento Europeo de Sucesiones", Año 2015. Disponible en: https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros temas/guia-de-actuacion-notarial-sobre-el-reglamento-europeo-de-sucesiones/ [Consulta: 10 septiembre 2024]: *"No es sencilla, dado que no hay una norma que expresamente lo determine… por lo que podríamos señalar que una sucesión tiene repercusiones transfronterizas cuando la autoridad que sustancia la sucesión o parte de la misma o autoriza la disposición por causa de muerte se plantea que puede ser aplicada a una o varias parcelas de la*

*sucesión, una o varias Leyes estatales distintas de la suya y que pueden o no converger con ella. El carácter transfronterizo de la sucesión puede ser más o menos intenso …*)".

[64] Carrascosa González, J. "*El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012, de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*", *Comares*, Granada, 2014; arts. 21 y siguientes.

[65] Pérez Milla, J.J. "*El espacio del Derecho interregional tras los Reglamentos de la Unión Europea sobre familia y sucesiones mortis causa*", 2019. *El Justicia de Aragón*, pp.145-163.

[66] Y hoy día el modelo de solución de los "*conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional*" sigue remitiendo a las normas contenidas en el capítulo IV (ex art. 16.1 CC)

[67] Op. cit., pág. 154. Entiéndase también, que todas estas cuestiones las manifestó este autor en 2019, cuando publicó su artículo.

[68] Op. cit. accesible en Aranzadi digital.

[69] "*El presente recurso aborda una cuestión de gran interés en la aplicación del Reglamento (UE) 650/2012, cual es la problemática de determinar la ley aplicable a las sucesiones de ciudadanos británicos en los Estados miembros participantes. (…) Es indudable la aplicación del Reglamento al caso planteado bajo los siguientes parámetros: En primer lugar, debido a la universalidad de la ley aplicable que en él mismo se prevé como característica común de los Reglamentos europeos que regulan la ley aplicable desde el Reglamento (UE) 598/2008 (Roma I). En este sentido el artículo 20 del Reglamento establece la aplicación universal de la ley aplicable: «la ley designada por el presente Reglamento se aplicará aun cuando no sea la de un Estado miembro», por lo que aunque Reino Unido, como Irlanda, se encuentren actualmente en posición técnica de Estados miembros en situación provisional de opt out, conforme a los protocolos 21 y 22 anejos al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y no sean Estado miembro participantes, lo cierto es que la herencia establecida en España ante notaria española, debe tener en cuenta las normas sobre la ley aplicable del Reglamento, lo que conduce al Capítulo III del Reglamento*".

1.5. Obligaciones y contratos

# Novedades jurisprudenciales respecto al régimen de cantidades anticipadas de la ley 57/1968

# *Jurisprudential developments regarding the regime of advanced payments under law 57/1968*

por

AITOR MORA ASTABURUAGA
*Investigador predoctoral en formación*
*FPI UR-CAR*

RESUMEN: Este artículo explora los desarrollos jurisprudenciales recientes en relación con la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas que protege las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. A través de un análisis detallado de sentencias clave del Tribunal Supremo, incluyendo las STS 2862/2024, STS 3635/2024 y STS 3070/2024, el artículo examina las interpretaciones legales en evolución y sus implicaciones para compradores, instituciones financieras y promotores.

*ABSTRACT: This article explores recent jurisprudential developments concerning the Law 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas which safeguards amounts advanced in the construction and sale of housing. Through an in-depth analysis of key Supreme Court rulings, including STS 2862/2024, STS 3635/2024, and STS 3070/2024, the article examines the evolving legal interpretations and their implications for buyers, financial institutions, and developers.*

PALABRAS CLAVE: cantidades anticipadas; Ley 57/1968; aval colectivo; garantía de cantidades anticipadas

*KEYWORDS: Advanced payments; Law 57/1968; Collective guarantee; Guarantee of advanced payments*

*SUMARIO:* INTRODUCCIÓN.—II. GARANTÍA DE LOS FONDOS APORTADOS POR UN COOPERATIVISTA.—III. GARANTÍA DE LOS FONDOS APORTADOS A TRAVÉS DE UNA SOCIEDAD LIMITADA.—IV. GARANTÍA EN CASO DE

COMPRA DE VARIOS INMUEBLES DE LA MISMA PROMOCIÓN.—V. GARANTÍA DE LA APORTACIÓN ANTICIPADA POR PARTE DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL EN LA COMPRAVENTA DE VIVIENDAS EN CONSTRUCCIÓN.—VI. GARANTÍA EN LA COMPRAVENTA DE UN INMUEBLE DENTRO DE UN COMPLEJO HOTELERO.—VII. ALCANCE DEL AVAL COLECTIVO.—VIII. CONCLUSIONES.—IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—X. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

A pesar de que la Ley 57/1998, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (en adelante, Ley 57/68) lleva años derogada[1] sigue siendo una norma aplicada con frecuencia por la jurisprudencia, debido a causas transitorias. Tanto es así, que en los últimos meses el Alto Tribunal se ha pronunciado en seis ocasiones tratando de seguir delimitando el alcance de la protección de los compradores de vivienda en construcción que hubieran pagado cantidades anticipadas. De este modo, el Tribunal ha analizado casos tan variados como:

- Si la entidad bancaria debe responder sobre los ingresos llevados a cabo por un cooperativista.
- Si la entidad bancaria debe responder por los ingresos realizados por el comprador a través de un tercero que sea una Sociedad Limitada.
- Si puede protegerse a un comprador que haya llevado a cabo la compra de dos viviendas en la misma promoción.
- Si una entidad mercantil puede favorecerse del régimen de protección contemplado en la Ley 57/1998.
- Si se puede proteger la compra de una unidad alojativa dentro de la promoción de un complejo hotelero.
- El alcance de la póliza colectiva para garantizar la devolución de cantidades entregadas.

Así, el objeto de este trabajo es el de abordar estas cuestiones tratadas por la jurisprudencia más reciente que sigue construyendo el régimen jurídico de protección de los compradores de vivienda en construcción para destinarla a su residencia habitual. Quienes se han visto en muchas ocasiones perjudicados por la falta de conclusión de las obras a raíz de la explosión de la burbuja inmobiliaria y de la recesión económica, cuyos efectos siguen llegando actualmente a manos de los Tribunales.

## II. GARANTÍA DE LOS FONDOS APORTADOS POR UN COOPERATIVISTA

En el caso tratado en la STS 2862/2024 de 27 de mayo se aborda un problema respecto a la atribución de la responsabilidad a un banco de las cantidades aportadas por una cooperativista en el marco de la promoción de un complejo residencial que se gestionó a través de la constitución de una cooperativa.

En primera instancia, el Juzgado de Primera Instancia de Sevilla estimó parcialmente la demanda y condenó al banco a pagar la cantidad reclamada, argu-

mentando que el banco había incumplido su deber de vigilancia al aceptar los ingresos sin asegurarse de que la cuenta fuera especial y estuviera debidamente garantizada. Sin embargo, la Audiencia Provincial revocó esta decisión absolviendo al banco de toda responsabilidad. La Audiencia consideró que la existencia de un seguro de caución contratado por la cooperativa antes del vencimiento del plazo de entrega de la vivienda eximía al banco de responsabilidad.

La demandante interpuso un recurso de casación ante el Tribunal Supremo, argumentando que el banco debía responder por las cantidades ingresadas, independientemente de la existencia posterior de un seguro de caución. El Tribunal Supremo desestimó el recurso, concluyendo que la responsabilidad del banco no se extiende a cualquier cantidad ingresada por los cooperativistas, especialmente cuando estas se realizan en concepto de aportación al capital social de la cooperativa y no como anticipos a cuenta del precio de la vivienda.

El Tribunal Supremo también determinó que la responsabilidad del banco conforme al artículo 1-2.ª de la Ley 57/1968 nace del incumplimiento de su deber de control sobre los ingresos, y que en este caso no se podía considerar que el banco supiera o debiera saber que las cantidades ingresadas correspondían a anticipos del precio de una vivienda. Por lo tanto, el Tribunal Supremo confirmó la sentencia de la Audiencia Provincial y desestimó los recursos presentados por la demandante, eximiendo a Caixabank de la obligación de devolver las cantidades anticipadas

## III. GARANTÍA DE LOS FONDOS APORTADOS A TRAVÉS DE UNA SOCIEDAD LIMITADA

En el supuesto de la STS 2869/2024, de 27 de mayo, se plantea si una entidad de crédito debe responder de las cantidades anticipadas por los compradores de una vivienda en construcción cuando el ingreso de dichas cantidades en una cuenta de la promotora no se realizó ni por el comprador ni por la promotora, sino que dicho ingreso lo realizó una sociedad mercantil.

En primera instancia, el Juzgado de Primera Instancia de Valencia desestimó la demanda, considerando que la Ley 57/1968 no era aplicable porque el comprador no tenía la condición de consumidor. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Valencia revocó esta decisión en apelación, condenando al banco a devolver las cantidades anticipadas más los intereses legales, al considerar que el banco conocía y podía controlar los pagos realizados. Por último, Caixabank interpuso un recurso de casación ante el Tribunal Supremo, argumentando que no tenía capacidad de controlar los ingresos realizados por un tercero, una sociedad mercantil, sin indicación de que se tratara de anticipos a cuenta del precio de una vivienda.

Así, el Tribunal Supremo determinó que la responsabilidad del banco depende de su capacidad de controlar los ingresos, y en este caso, los ingresos fueron realizados por una sociedad mercantil sin indicar que se trataba de pagos a cuenta del precio de una vivienda. Por lo tanto, el banco no podía conocer ni controlar estos ingresos sin realizar una labor inquisitiva, que no es exigible legalmente. En consecuencia, el Tribunal Supremo casó la sentencia de la Audiencia Provincial y

confirmó la sentencia de primera instancia, eximiendo a Caixabank de la obligación de devolver las cantidades anticipadas.

Deja claro el Tribunal en este caso que, el hecho de que fuera un tercero quien realizara el ingreso a cuenta de la promotora en concepto de anticipo, en concreto una sociedad mercantil, realmente no tiene incidencia en la atribución de responsabilidad del banco, ya que, según cita de la Sentencia 1127/2023, de 10 de julio, la responsabilidad legal de las entidades de crédito no depende de que el ingreso del anticipo lo realice el comprador, sino que lo realmente importante es que la entidad de crédito sea conocedora de que los ingresos realizados en la cuenta de la promotora por parte (o en nombre) de los compradores sean realizados en concepto de anticipo a cuenta del precio de la vivienda en construcción, lo que le permite al banco poder conocer o controlar esos ingresos.

De este modo, según cita de jurisprudencia consolidada, el tribunal plantea en su F.J. Tercero que el hecho de que los ingresos en una cuenta de la promotora en una entidad bancaria se realice por un tercero sociedad mercantil afecta directamente a la capacidad del banco de conocer o controlar dichos ingresos y, por tanto, a la determinación de la responsabilidad del art. 1.2º Ley 57/1998 (STS 503/2018, de 19 de septiembre). Sin embargo, la presente sentencia no pone tanto en el foco el hecho de que fuera una sociedad mercantil quien hiciera el ingreso a cuenta de la promotora, sino que la forma en la que lo hizo no permitía a la entidad bancaria conocer que dicho ingreso se correspondiera con el pago anticipado de una vivienda en construcción protegido por la Ley 57/1968. Esto es así porque en el concepto de los ingresos la sociedad mercantil lo único que se indicó fue el nombre del comprador y de la promotora. Así, considera que la única forma de conocer el banco que dichos ingresos correspondían con un anticipo hubiera sido a partir de realizar "una labor inquisitiva", lo que no le resulta exigible.

## IV. GARANTÍA EN CASO DE COMPRA DE VARIOS INMUEBLES DE LA MISMA PROMOCIÓN

La STS 3635/2024 aborda un caso en el que la compradora de dos viviendas en construcción demandó a Caixabank S.A. para la restitución de las cantidades anticipadas, basándose en la Ley 57/1968. La compradora había adquirido dos viviendas en la misma promoción y había adelantado un total de 50.520 euros. Sin embargo, la promotora no inició la construcción y fue declarada en concurso, lo que llevó a la compradora a reclamar a Caixabank, como avalista colectivo, la devolución de las cantidades anticipadas más los intereses correspondientes.

La compradora argumentó que las compras eran para uso residencial y que la garantía de Caixabank no dependía de la expedición de avales individuales ni del ingreso de los anticipos en una cuenta especial. Por su parte, Caixabank defendió que la Ley 57/1968 no era aplicable en este caso, ya que las compras tenían una finalidad especulativa. Además, el banco sostuvo que su responsabilidad estaba condicionada al ingreso de los anticipos en una cuenta especial, lo cual no se había realizado.

En primera instancia, el Juzgado desestimó la demanda, considerando que, aunque la Ley 57/1968 era aplicable porque había quedado acreditada la finalidad

residencial de las viviendas, la compradora había incurrido en retraso desleal. La Audiencia Provincial consideró que, aunque no existía un retraso desleal, el banco no debía responder de los anticipos realizados por la compradora, ya que había sido informada de que el aval estaba condicionado a la realización de los ingresos correspondientes a los anticipos en una cuenta especial y la compradora realizó el pago de las cantidades anticipadas en una cuenta distinta del promotor. De este modo, consideró la Audiencia Provincial que la entidad bancaria no pudo controlar dichos pagos, lo que le exime de la responsabilidad del art. 1.2 Ley 57/1968.

La compradora llevó el caso al Tribunal Supremo, que debía decidir sobre la aplicabilidad de la Ley 57/1968 y la responsabilidad de Caixabank como avalista colectivo. Este concluyó que la Ley 57/1968 no era aplicable porque las compras no tenían una finalidad residencial. La compra de dos viviendas en la misma promoción y la posibilidad de vender los contratos indicaban una finalidad especulativa. Además, la falta de verosimilitud del destino residencial de ambas viviendas, junto con la carga económica asumida por la compradora, reforzaron esta conclusión. Por lo tanto, el Tribunal Supremo confirmó la sentencia de la Audiencia Provincial y desestimó los recursos presentados por la compradora, eximiendo a Caixabank de la obligación de devolver las cantidades anticipadas.

## V. GARANTÍA DE LA APORTACIÓN ANTICIPADA POR PARTE DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL EN LA COMPRAVENTA DE VIVIENDAS EN CONSTRUCCIÓN

La STS 3118/2024 aborda un caso en el que una sociedad mercantil reclamó la devolución de las cantidades anticipadas para la compra de tres viviendas en construcción, basándose en la Ley 57/1968. La demandante había ingresado un total de 123.050 euros en la cuenta de la promotora en Abanca, pero las viviendas no fueron entregadas y la promotora fue declarada en concurso.

El Juzgado de Primera Instancia de Alicante condenó a Abanca a pagar la cantidad reclamada, más los intereses legales, al considerar que la Ley 57/1968 era aplicable porque las partes tuvieron la intención de someterse al régimen de garantías de dicha ley, además de que el objeto social de la mercantil no era incompatible con la apreciación de la finalidad residencial de las viviendas y el banco no había probado la inexistencia de dicha finalidad residencial. La Audiencia Provincial de Alicante confirmó esta decisión en apelación, desestimando el recurso del banco y manteniendo la condena teniendo en cuenta que se había contemplado contractualmente que las cantidades entregadas como anticipo estaban garantizadas mediante aval y que el banco tuvo acceso al contrato. Además de que no se había acreditado la falta de finalidad residencial de las viviendas.

Abanca interpuso un recurso de casación ante el Tribunal Supremo, argumentando que la Ley 57/1968 no era aplicable porque la compradora era una sociedad mercantil dedicada a la actividad inmobiliaria y que compró las viviendas con una finalidad inversora, no residencial. El Tribunal Supremo estimó el recurso, concluyendo que la Ley 57/1968 no ampara las compras de viviendas en construcción por sociedades mercantiles según la doctrina jurisprudencial (sentencias 358/2023, de 10 de marzo, 438/2023, de 29 de marzo, y 401/2023, de 23 de marzo),

con independencia de que se invoquen razones fiscales. Es por esto que el Tribunal ni siquiera entra a conocer de la inexistencia de finalidad residencial que, por otro lado, podría haberse puesto también en duda al haberse comprado tres viviendas distintas.

Por último, considera el Tribunal que esta decisión es independientemente de cualquier pacto entre las partes en los contratos de compraventa. Ya que dicho acuerdo entre la compradora y el promotor no puede vincular al banco, pues "no tiene sentido imponer al banco demandado derechos irrenunciables del comprador cuando resulta que la razón de ser de la imperatividad de la Ley 57/1968 no es otra que el destino residencial de la vivienda; no, por tanto, el puramente negocial o de explotación" (STS 1521/2023).

## VI. GARANTÍA EN LA COMPRAVENTA DE UN INMUEBLE DENTRO DE UN COMPLEJO HOTELERO

La 3071/2024 aborda reclamación de devolución de las cantidades anticipadas para la compra de un alojamiento que iba a formar parte de un complejo hotelero. De este modo, se disputa si dicha compraventa cumple con los requisitos de la Ley 57/1968 respecto de la finalidad residencial de la vivienda comprada.

Así, en primera instancia, el Juzgado de Primera Instancia de absolvió al banco, considerando que la Ley 57/1968 no era aplicable porque la compraventa tenía una finalidad inversora y no residencial. Esta decisión fue confirmada por la Audiencia Provincial de Murcia, desestimando el recurso de los demandantes y manteniendo la absolución del banco porque el objeto de la compraventa era un apartamento destinado a un uso hotelero, por lo que no cumplía con el requisito del uso residencial.

Los demandantes interpusieron un recurso de casación ante el Tribunal Supremo, argumentando que la Ley 57/1968 debía aplicarse y que el banco debía responder como avalista colectivo por dos motivos fundamentalmente: que el destino del inmueble era el de servir como segunda residencia; y que las partes se habían sometido voluntariamente al régimen de garantías de la Ley 57/1968.

Así, en la STS 3071/2024, de 3 de junio se resuelve el recurso de casación planteado por los compradores en el mismo sentido que hizo con las sentencias 501/2022 y 502/2022, de 27 de junio, 641/2022 y 642/2022, de 4 de octubre, y 845/2022, de 28 de noviembre, puesto que las cantidades reclamadas en todas estas resoluciones se correspondían a inmuebles no construidos que formaban parte de la promoción del mismo complejo hotelero. De este modo, al pertenecer los apartamentos a un complejo hotelero se cuestiona la aplicabilidad de la Ley 57/1968, puesto que la entidad bancaria alegaba la falta de la finalidad residencial de los apartamentos para los que se pagó el anticipo. Sin embargo, el recurrente, en este caso, alegaba que el uso al que se iba a destinar dicho apartamento iba a ser el de segunda residencia.

El hecho determinante para resolver este supuesto es la inclusión por parte de la promotora dentro del contrato de compraventa de una cláusula en la que se estipulaba el uso turístico-hotelero del apartamento y del complejo. Es por esta razón, fundamentalmente, que el tribunal considera que el uso negocial es claro y,

por tanto, que no se cumple el requisito del uso residencial para la aplicación de la Ley 57/1998, por lo que el banco no resulta responsable de la devolución de los pagos anticipados.

## VII. ALCANCE DEL AVAL COLECTIVO

La STS 3070/2024 trata de un caso en el que los demandantes reclamaron a Banco Santander S.A. (anteriormente Banco Popular Español S.A.) la devolución de las cantidades anticipadas para la compra de una vivienda en construcción, basándose en la Ley 57/1968. Los demandantes habían suscrito un contrato de compraventa con la promotora Aifos, Arquitectura y Promociones Inmobiliarias S.A., y habían adelantado un total de 64.661,50 euros. Sin embargo, la promotora no entregó la vivienda en el plazo pactado y fue declarada en concurso, lo que llevó a los demandantes a reclamar al banco, como avalista colectivo, la devolución de las cantidades anticipadas más los intereses correspondientes.

En primera instancia, el Juzgado de Primera Instancia de Málaga estimó íntegramente la demanda y condenó al banco a pagar la cantidad reclamada. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Málaga, en apelación, limitó la condena del banco a 6.000 euros, correspondientes a una parte de los anticipos que se ingresaron en una cuenta de la promotora en la entidad bancaria demandada. La Audiencia consideró que la responsabilidad del banco se limitaba a los anticipos ingresados en sus cuentas y no a los ingresados en otras entidades.

Los demandantes interpusieron un recurso de casación ante el Tribunal Supremo, argumentando que el banco debía responder como avalista colectivo de todas las cantidades anticipadas, independientemente de dónde se hubieran ingresado. El Tribunal Supremo concluyó que la responsabilidad del avalista colectivo no se limita a los anticipos ingresados en sus cuentas, sino que abarca todas las cantidades previstas en el contrato de compraventa, siempre que el promotor haya incumplido su obligación de entregar la vivienda.

El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación, casando la sentencia de la Audiencia Provincial y confirmando íntegramente la sentencia de primera instancia. Esto incluyó la condena al banco a devolver la totalidad de las cantidades anticipadas más los intereses legales desde la fecha de cada pago. Además, el Tribunal Supremo impuso las costas de la segunda instancia al banco demandado y ordenó la devolución del depósito constituido por los demandantes para interponer el recurso de casación.

## VIII. CONCLUSIONES

I. A pesar de llevar años derogada, la Ley 57/1968 sigue muy viva, pues todavía son numerosas las resoluciones judiciales que aplican esta norma y que siguen delimitando, cada vez más, el alcance del derecho de los compradores de vivienda sobre plano a que se garanticen las cantidades anticipadas.

II. Estas resoluciones no sirven únicamente para interpretar el régimen de garantía contemplado en la Ley 57/1968, sino que servirá también para delimitar la Disposición adicional primera de la Ley 39/1999 en la que se contempla el régimen actual. Que, aunque como se ha destacado por la doctrina, resulta menos proteccionista con los compradores, tiene un alcance similar2.

III. Una de las claves para determinar si es aplicable el régimen de garantía de la Ley 57/1968 es el cumplimiento del requisito de que la vivienda fuera a ser destinada a un fin residencial, cuestión que debe acreditar la compradora de la vivienda. De este modo, sirven como elemento de prueba de que dicha finalidad no se cumple: que la compraventa se realice a través de una sociedad mercantil; que se permita la cesión del contrato de compraventa antes de que finalice la promoción de las viviendas; que se realice la compra de varias viviendas de la misma promoción; o que en el contrato se establezca que la promoción inmobiliaria lo será de un complejo hotelero.

IV. En el caso de que sí que se considere que existe un fin residencial y que, por tanto, pudiera aplicarse la Ley 57/1968, es esencial que la entidad bancaria pueda tener el control y el conocimiento de que las cantidades que se ingresen en las cuentas de la promotora correspondan con un anticipo del precio de compraventa. De este modo, en el caso de que sea una sociedad mercantil quien realice el ingreso a cuenta en nombre del comprador, es necesario que a través del concepto del ingreso o a través de algún tipo de comunicación al banco, se le informe específicamente de que dicho ingreso se corresponde con las cantidades anticipadas de un contrato de compraventa. Si, por el contrario, únicamente se establece en el concepto del ingreso el nombre del comprador y de la promotora, el banco no podrá realizar el control de dicha cantidad y, por tanto, no será responsable de ella. Asimismo, sucede en el caso de que los ingresos se hayan realizado en concepto de aportación de capital de una cooperativa o en que no se correspondan con las cantidades reflejadas en el contrato, de modo que el banco no sea consciente de a qué corresponden dichos ingresos.

## IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STS 503/2018, de 19 de septiembre
- STS 501/2022, de 27 de junio
- STS 502/2022, de 27 de junio
- 641/2022, de 4 de octubre
- STS 642/2022, de 4 de octubre
- STS 845/2022, de 28 de noviembre
- STS 358/2023, de 10 de marzo
- STS 401/2023, de 23 de marzo
- STS 438/2023, de 29 de marzo
- STS 1127/2023, de 10 de julio

- STS 2862/2024 de 27 de mayo
- STS 2869/2024 de 27 de mayo
- STS 3070/2024 de 3 de junio
- STS 3071/2024 de 3 de junio
- STS 3118/2024 de 10 de junio
- STS 3635/2024 de 17 de junio

## X. BIBLIOGRAFÍA

ALMARCHA JAIME, J. (2017). Novedades jurisprudenciales sobre la responsabilidad de la entidad garante y la entidad de crédito en el ámbito de compraventa de viviendas mediante cantidades anticipadas. *Publicaciones CESCO* [En línea], 18.10.2017, disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Novedades_jurisprudenciales_sobre_la_responsabilidad_de_la_entidad_garante_y_la_entidad_de_credito.pdf.

CARRASCO PERERA, A. (2016). Un elenco de los hitos más importantes de la jurisprudencia civil reciente sobre garantías de compradores por cantidades adelantadas en adquisición de viviendas. *Publicaciones CESCO* [En línea], 01.09.2016, disponible en https://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/CONTRATOS_MOBILIARIOS/Elenco-hitos-cantidades-adelantadas.pdf.

CARRASCO PERERA, A. (2019). ¿Se enriquece el comprador que finalmente consigue la vivienda y le devuelven las cantidades que adelantó? Lección para garantes. *Publicaciones Gómez-Acebo y Pombo* [En línea], 15.10.2019, disponible en https://www.ga-p.com/publicaciones/se-enriquece-el-comprador-que-finalmente-consigue-la-vivienda-y-le-devuelven-las-cantidades-que-adelanto-leccion-para-garantes/.

CARRASCO PERERA, A. (2020). Garantías por cantidades adelantadas en compraventa de vivienda: un paso atrás. *Publicaciones CESCO* [En línea], 31.01.2020, disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Garantias_por_cantidades_adelantadas_en_compraventa_de_vivienda-_un_paso_atras_.pdf.

CARRASCO PERERA, A. (2020). La nueva litigiosidad en materia de adelantos de precio para la compraventa de viviendas. *Publicaciones CESCO* [En línea], 19.09.2020, disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/La_nueva_litigiosidad_en_materia_de_adelantos_de_precio_para_la_compraventa_de_viviendas.pdf.

CARRASCO PERERA, A. (2022). Intereses moratorios o intereses remuneratorios en el pago por el garante de las cantidades entregadas a cuenta en la compra de vivienda. *Publicaciones Gómez-Acebo y Pombo* [En línea], 28.03.2022, disponible en https://www.ga-p.com/publicaciones/intereses-moratorios-o-intereses-remuneratorios-en-el-pago-por-el-garante-de-las-cantidades-entregadas-a-cuenta-en-la-compra-de-vivienda/.

GONZÁLEZ CARRASCO, M.C. (2020). Garantías por cantidades entregadas a cuenta del precio de la vivienda no entregada en el estado de alarma (RD 463/2020 y DA 1ª LOE). *Publicaciones CESCO* [En línea], 20.05.2020, disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/19._CARMEN_GON-

ZALEZ_CARRASCO_-_Garantias_por_cantidades_entregadas_a_cuenta_del_precio_de_la_vivienda.pdf.

LÓPEZ SAN LUIS, R. (2017). Responsabilidad de los garantes en el nuevo régimen de cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas sobre plano tras la Ley 20/2015, de 14 de julio de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 763, págs. 2349 a 2390.

MARTÍN FABA, J.M. (2022). Cuestiones interesantes sobre cantidades anticipadas destinadas a la compra de viviendas en construcción en la jurisprudencia civil actual. *Cuadernos de Derecho Privado*, 3, págs. 156 a 209.

## NOTAS

[1] La derogación se realizó a través de la inserción de la Disposición adicional primera en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la edificación por la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

[2] En este sentido, véase MARTÍN FABA, J.M. (2022). Cuestiones interesantes sobre cantidades anticipadas destinadas a la compra de viviendas en construcción en la jurisprudencia civil actual. *Cuadernos de Derecho Privado*, 3, quien destaca que dicha modificación normativa fue producto de la presión de las aseguradoras y las entidades bancarias.

1.6. Responsabilidad Civil

# El concepto de vehículo de movilidad personal y la responsabilidad civil derivada de su circulación en la jurisprudencia

## *The concept of personal mobility vehicle and civil liability arising from their driving in case law*

por

MARIA REMEDIOS GARCÍA-VALLE PÉREZ

*Doctoranda Universidad Rey Juan Carlos*

RESUMEN: Este trabajo analiza cómo se ha construido el concepto de vehículo de movilidad personal en nuestra normativa y las responsabilidades civiles derivadas de la circulación con este tipo de vehículos. El estudio examina la manera en que la doctrina ha interpretado ambas cuestiones y cómo la jurisprudencia aplica dicho concepto y responsabilidades.

*ABSTRACT: This paper analyzes how the concept of personal mobility vehicle has been built into our regulations and the civil responsabilities arising from driving with this type of vehicle. The study examines how both issues have been interpreted in doctrine and how case law applies this concept and civil responsabilities.*

PALABRAS CLAVE: Vehículo de movilidad personal. Vehículo a motor. Ciclomotor. Bicicletas. Peatón. Conductor. Responsabilidad Civil. Culpa.

*KEY WORDS: Personal mobility vehicle. Motor vehicle. Motorcycle. Bicycle. Pedestrian. Driver. Civil responsability. Fault.*

*SUMARIO:* I. EL CONCEPTO DE VEHÍCULO DE MOVILIDAD PERSONAL. I.1. Construcción del concepto de vehículo de movilidad personal. I.2. Tratamiento Jurisprudencial. II. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL CONDUCTOR DEL VEHÍCULO DE MOVILIDAD PERSONAL. II.1. Responsabilidad civil del conductor del VMP. II.2. Tratamiento Jurisprudencial. *II.2.A. Sentencias de responsabilidad civil de conductores de VMP. II.2.B. Sentencias de responsabilidad civil de menores conductores de VMP. II.2.C. Sentencias de responsabilidad civil relativas a compañías aseguradoras y a VMP.*—III. RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA ARRENDA-

DORA DEL VEHÍCULO DE MOVILIDAD PERSONAL. III.1. Responsabilidad civil de la empresa arrendadora por reclamación del arrendatario del VMP. III.2. Responsabilidad civil de la empresa arrendadora del VMP por reclamación de tercero. III.3. Tratamiento Jurisprudencial. *III.3.A. Sentencias de la responsabilidad civil de la empresa arrendadora del VMP por aplicación del criterio del riesgo. III.3.B. Sentencias de la responsabilidad de la empresa arrendadora del VMP y la prueba del cumplimiento de sus obligaciones. III.3.C. Sentencias de la responsabilidad de la empresa vendedora del VMP defectuoso.*—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA. Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Sentencias de Audiencias Provinciales. Sentencias de Juzgados de Primera Instancia.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. EL CONCEPTO DE VEHÍCULO DE MOVILIDAD PERSONAL

### I.1. Construcción del concepto de vehículo de movilidad personal

En el análisis de cómo se ha ido construyendo en nuestra normativa el concepto de vehículo movilidad personal (en adelante, Vehículo de Movilidad Personal o VMP) constatamos que es el Reglamento (UE) 168/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de enero de 2013 relativo la homologación de vehículos de dos o tres ruedas y los cuatriciclos y vigilancia del mercado de dichos vehículos (en adelante, Reglamento UE 168/2013) donde se trata por primera vez este tipo de vehículos cuando los excluye al definir su ámbito de aplicación en el artículo 2.2. apartados i) y j): "*El presente Reglamento no se aplicará a los vehículos siguientes:* i*) los vehículos auto-equilibrados; y j) los vehículos que carecen de una plaza de asiento como mínimo*". Esta norma europea de aplicación directa en nuestro ordenamiento jurídico surge de la necesidad de regular los nuevos tipos y clases de vehículos que desde el año 2010 se fabricaban en Europa como, por ejemplo, los vehículos ligeros eléctricos.

De la citada exclusión emana la posibilidad de la consideración jurídica de los VMP como vehículos que no podrán ser catalogados como vehículos ligeros sujetos al Reglamento UE 168/2013 y tampoco como vehículos a motor, por lo que los VMP se tendrán que regir por sus propios reglamentos, sin perjuicio de las leyes que cada Estado miembro establezca para ellos. La STS de 22 de noviembre de 2023 trata la distinción entre los VMP y los ciclomotores a través de la definición que el Reglamento UE 168/2013 establece para los ciclomotores.

En España, la Dirección General de Tráfico en su Instrucción 16/V-124, Asunto: Vehículos de movilidad personal (VMP), de 3 de noviembre de 2016 (en adelante, Instrucción 16/V-124) es la pionera en tratar el concepto de los VMP como vehículos ante el vacío legal respecto a la circulación de los VMP. En la Instrucción 16/V-124 al tratar su catalogación técnica y jurídica establece que los VMP pueden definirse como vehículos capaces de asistir al ser humano en su desplazamiento personal y que, por su construcción, pueden exceder las características de los ciclos y estar dotados de motor eléctrico.

ROMERO ADAME, sobre esta definición de VMP de la Instrucción 16/V-124, explica que engloba todas las tipologías de VMP existentes en el mercado y que,

durante las dos últimas décadas, han evolucionado vertiginosamente, desde el primer modelo de *segway*, que vio la luz en el año 2001, hasta los patinetes eléctricos, pasando por *skateboards*, *hoverboards*, o monociclos eléctricos, sin embargo, destacando que no es posible obviar que se trata de una definición demasiado amplia para tantas y tan variadas tipologías[1].

La Instrucción 16/V-124, en relación con dicha catalogación, matiza que, desde el ámbito de la legislación de tráfico, los VMP tendrán la consideración de vehículos de acuerdo con la definición que de los mismos se regula en el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico y Seguridad Vial (en adelante, LTSV). Teniendo en cuenta lo anterior, establece la Instrucción 16/V-124 dos características de uso de los VMP, la imposibilidad de asimilarlos a la figura del peatón y la imposibilidad de catalogarlos como vehículos a motor. Esta primera regulación de los VMP resulta precaria al ser la única regulación a nivel nacional a pesar de que, como señala MORELL ALDANA, cuando se aprueba la Instrucción 16/V-124 los VMP ya eran un clásico del paisaje de la movilidad urbana[2].

La Dirección General de Tráfico, en su Instrucción 2019/S-149 TV-108, Asunto: Aclaraciones técnicas y criterios para la formulación de denuncias de vehículos ligeros propulsados por motores eléctricos, de 3 de diciembre de 2019 (en adelante, Instrucción 2019/S-149 TV-108), adelanta la definición de los VMP que se incluye en el Real Decreto 970/2020, de 10 de noviembre (en adelante, RD 970/2020), por el que se modifican el Reglamento General de Vehículos aprobado por el Real Decreto 2822/1998 de 23 de diciembre (en adelante, Reglamento General de Vehículos) y el Reglamento General de Circulación aprobado por el Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre (en adelante, Reglamento General de Circulación).

Respecto a estas Instrucciones de la Dirección General de Tráfico, HERNÁNDEZ-CARRILLO aclara que no son norma jurídica que cambie el ordenamiento jurídico preexistente a ellas según lo ya tratado tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo que entienden que dichas Instrucciones pueden interpretar el Ordenamiento Jurídico pero no pueden desarrollarlo, puesto que esto último tan solo corresponde a las normas jurídicas[3].

En esta Instrucción 2019/S-149 TV-108 se trata por primera vez como hay que considerar al usuario de los VMP al regular que, como la Instrucción 16/V-124 establece que los VMP deben tener la consideración de vehículos, por aplicación de este concepto, quien maneja un VMP debe tener la consideración de conductor a los efectos de la normativa de tráfico, por tanto, sometidos al Reglamento General de Circulación y al LTSV.

LÓPEZ PULIDO, respecto a la citada condición de conductor VMP, indica que los VMP deben de tener consideración de vehículos, y quien lo maneja debe de tener la consideración de conductor a los efectos de la normativa de tráfico, y especialmente en lo que se refiere a comportamientos prohibidos por esta normativa, con una manifiesta incidencia en la seguridad vial, cuando afecta a otros usuarios vulnerables de la vía, y, en particular, a los peatones, sin que se puedan considerar vehículos de motor, ni requieran autorización administrativa para circular[4].

En la misma línea MORELL ALDANA, en relación con la superación del concepto de usuario por el de conductor de VMP aclarado por la Instrucción 2019/S-149 TV-108, resalta que la Dirección General de Tráfico concluye que ya no debe

denominarse usuario a la persona que circula a bordo del VMP, sino que la calificación correcta es la de conductor al ser los VMP aptos para la circulación y estar dotados de mecanismos de dirección que dependen de la intervención del ser humano como auténticos conductores, con todos los derechos pero también responsabilidades[5].

Continuando con lo adelantado por la Instrucción 2019/S-149 TV-108, el RD 970/2020 al modificar el Reglamento General de Vehículos trata por primera vez en nuestra normativa la regulación sobre los VMP al incluir un nuevo artículo 22 bis para estos vehículos y en su Anexo II de definiciones y categorías de vehículos la definición de los VMP. Dicha definición de VMP recogida en el Reglamento General de Vehículos se estructura a través de en un concepto positivo, describe como es este vehículo, y en un concepto negativo, enumera que vehículos no son VMP.

El RD 970/2020 reitera la naturaleza de vehículos para los VMP, ya tratada en la Instrucción 16/V-124 y la Instrucción 2019/S-149 TV-108, pues como explica MARTÍNEZ NIETO el RD 970/2020 da un paso normativo importante consistente en definir como vehículos a los nuevos medios de movilidad personal y al otorgarles esta naturaleza de vehículos acarrea otras dos consecuencias legales: se prohíbe su circulación por el territorio reservado a los peatones, singularmente las aceras[6]. En este mismo sentido, MAGRO SERVET indica que señala la propia Exposición de Motivos del RD 970/2020 que, al ser definidos los VMP formalmente como vehículos, tendrán prohibida su circulación por las aceras y por las zonas peatonales, como cualquier otro vehículo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 121.5 del Reglamento General de Circulación[7].

Respecto al citado concepto positivo de la definición de los VMP del Reglamento General de Vehículos se establece, en su Anexo II, que un VMP es un vehículo de una o más ruedas dotado de una única plaza y propulsado exclusivamente por motores eléctricos que pueden proporcionar al vehículo una velocidad máxima por diseño comprendida entre 6 y 25 km/h y que sólo pueden estar equipados con un asiento o sillín si están dotados de sistema de auto-equilibrado.

En cuanto al concepto negativo de la definición de VMP del referido Anexo II, se excluyen expresamente los vehículos sin sistema de auto-equilibrado y con sillín, los vehículos concebidos para competición, los vehículos para personas con movilidad reducida y los vehículos con una tensión de trabajo mayor a 100 VCC o 240 VAC, así como aquellos incluidos dentro del ámbito del Reglamento UE 168/2013.

Sobre esta última exclusión del concepto de VMP de los vehículos incluidos dentro del ámbito del Reglamento UE 168/2013 señala MAGRO SERVET que no se podrá considerar como VMP el vehículo que se homologa como ciclomotor y, con ello, deberá llevar matrícula, ITV y seguro[8].

Con esta definición de los VMP del Reglamento General de Vehículos, MORELL ALDANA resalta que se ha contribuido a clarificar el desconcierto reinante en esta materia, de suerte que las situaciones aludidas de hipotética concurrencia de error en los usuarios de estos medios de movilidad necesariamente se tienen que ver reducidas, destacando la necesaria obligación del sujeto de informarse del tipo de vehículo que conduce[9].

La Resolución de 12 enero de 2022, de la Dirección General de Tráfico, por la que se aprueba el Manual de características de los VMP (en adelante, Manual de características de los VMP) completa el listado de exclusiones del concepto negativo de la definición de VMP del Reglamento General de Vehículos. En la Sección 4 del Manual de características de los VMP se incluyen como nuevas exclusiones de la definición de los VMP a los vehículos diseñados específicamente para circular fuera de las vías públicas, los vehículos considerados juguetes siendo tales los que su velocidad máxima no sobrepasa los 6 km/h, los vehículos diseñados y fabricados para ser utilizados exclusivamente por las Fuerzas Armadas y los ciclos de pedales con pedaleo asistido (EPAC).

MORELL ALDANA, indica sobre el Manual de características de los VMP, que la elaboración unilateral por parte de Jefatura central de tráfico de este Manual suscitó recelos, al no darse la posibilidad de participar en su elaboración a otras entidades, si bien al menos destaca que parece entreverse la necesidad de proceder a su mejora y actualización, a la par del surgimiento de nuevas formas de movilidad urbana[10].

El Manual de características de los VMP también completa el referido concepto positivo de la definición de los VMP del Reglamento General de Vehículos al regular en su Sección 1 la existencia de dos tipos de VMP, los VMP para transporte personal y los VMP para transporte de mercancías u otros servicios, y en sus Secciones 2 y 3 las características específicas para cada uno de estos tipos de VMP.

La Sección 1 del Manual de características de los VMP incluye como novedad la definición de los VMP para transporte de mercancías u otros servicios indicando que son un tipo de VMP de al menos tres ruedas, situándose dos de ellas en el eje más cercano a la carga, y que disponen de una plataforma o cajón habilitado para este uso, no pudiendo dedicarse estos vehículos en ningún caso al transporte de pasajeros.

Las Secciones 2 y 3 del Manual de características de los VMP establecen las características de ambos tipos de VMP en dos tablas, una para cada tipo, incluyendo además de la velocidad, la potencia nominal por vehículo, la masa, la longitud máxima, la altura máxima y la anchura máxima. En estas secciones por primera vez se trata sobre el peso de los VMP, regulando que para los VMP de transporte personal la masa en orden de marcha (es decir, tal y como se define en el artículo 5 del Reglamento UE 168/2013) debe ser inferior a 50 kg y para los VMP para el transporte de mercancías u otros servicios la masa máxima técnicamente admisible (es decir, la masa máxima declarada por el fabricante de la norma EN 17128:2020) debe ser inferior a 400 kg.

Por si había alguna duda sobre si los VMP pueden ser considerados vehículos a motor, el RD 970/2020 la disipa pues al modificar el Reglamento General de Vehículos actualiza en el Anexo II la definición de vehículo a motor excluyendo de los mismos, entre otros, a los VMP.

Además, de acuerdo con el apartado 1 del artículo 22 bis del Reglamento General de Vehículos los VMP quedan exceptuados de obtener la autorización administrativa a la que hace referencia el apartado 1 del artículo 1 de dicho Reglamento.

Resaltan GARCÍA GARNICA y ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, respecto a dicha excepción de que los VMP no tengan que obtener la autorización administra-

tiva, que esta autorización es la exigida con carácter general para la circulación de los vehículos a motor y dirigida a verificar que estén en perfecto estado de funcionamiento y se ajusten en sus características, equipos, repuestos y accesorios a las prescripciones técnicas que se fijan en el Reglamento General de Vehículos[11].

Y la consecuencia de esta excepción es, como señala PEÑA LÓPEZ, que los VMP al quedar con esta regulación exceptuados de obtener dicha autorización administrativa quedan fuera del ámbito de aplicación del texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre (en adelante, TRLRCSCVM), no estando sujetos ni al régimen de responsabilidad objetiva que establece esta ley, ni tampoco a la obligación de contratar el seguro obligatorio para automóviles[12].

El apartado 2 del artículo 22 bis establece que los VMP requerirán para poder circular el certificado de circulación que garantice el cumplimiento de los requisitos técnicos exigibles por la normativa nacional e internacional recogidos en su manual de características, así como su identificación. MARTÍNEZ NIETO, en relación con dicho certificado de circulación, indica que junto a las normas de velocidad, para lograr el ideal del tráfico urbano calmado y perfectamente controlado, se establecen normas nuevas sobre el papeleo de los vehículos de movilidad personal como el denominado certificado para la circulación para acreditar que cumple con la normativa técnica internacional y nacional y el manual de características de los vehículos de movilidad personal, así como su correspondiente identificación individualizada, que son las referencias documentales para estos vehículos[13].

Según la Disposición Transitoria única del RD 970/2020 y la Sección 22 del Manual de Características de los VMP desde el 22 de enero de 2024 todos los VMP que se comercialicen deberán contar con el referido certificado para la circulación, pero todos los VMP comercializados antes podrán circular sin este certificado durante los cinco años siguientes hasta el 22 de enero de 2027, sin regularse que pasará después.

Opina MORELL ALDANA, sobre este régimen transitorio de la obligación de certificación para la circulación de los VMP, que no se establece ninguna fórmula de comprobación de la antigüedad del VMP, por lo que parece que atenta contra la seguridad jurídica, que, llegado el día del cómputo final, el VMP en cuestión ya no pueda circular, por no poseer tal certificación reglamentaria[14].

La Ley 18/2021, de 20 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, en materia de del permiso y licencia de conducción por puntos (en adelante, Ley 18/2021) modifica el apartado primero del artículo 1 de la LTSV para eliminar la referencia a vehículo a motor aplicándose la LTSV a todo tipo de vehículos.

Las modificaciones de los apartados 1 y 2 del artículo 10 LTSV por la Ley 18/2021 afectan a los conductores de VMP, en cuanto a usuarios de la vía y como conductores, al establecer que: i) el usuario de la vía está obligado a comportarse de forma que no entorpezca indebidamente la circulación, ni causen peligro, perjuicios o molestias innecesarias a las personas o daños a los bienes o al medioambiente, y ii) el conductor debe utilizar el vehículo con la diligencia, precaución y atención necesarias para evitar todo daño, propio o ajeno, cuidando de no poner

en peligro, tanto a sí mismo como a los demás ocupantes del vehículo y al resto de usuarios de la vía, especialmente a aquellos cuyas características les hagan más vulnerables, y este conductor debe verificar que las placas de matrícula del vehículo no presentan obstáculos que impidan o dificulten su lectura e identificación.

Apenas un año después del RD 970/2020, la Directiva (UE) 2021/2118 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2021 por la que se modifica la Directiva 2009/103/CE relativa al seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad (en adelante, Directiva UE 2021/2118) no incluye a los VMP en la definición de los vehículos a motor. En el Considerando (4) de la Directiva 2021/2118 se establece que ningún elemento de la Directiva modificada debe impedir que los Estados miembros exijan, en virtud de su Derecho nacional, un seguro de vehículos automóviles, en las condiciones que ellos mismos establezcan, para los equipos motorizados que circulan por el suelo que no estén incluidos en la definición de «vehículo» de dicha Directiva y para los que, por consiguiente, dicha Directiva no exija tal seguro. Por ello cada Estado miembro tienen la libertad de regular un seguro obligatorio a nivel nacional para los vehículos que no sean vehículos a motor, entre otros, los VMP.

Con esta regulación en nuestra normativa, ni a nivel estatal a través del RD 970/2020 o la Ley 18/2021, ni a nivel comunitario a través de la Directiva 2021/2118, se regula que para circular con los VMP sea preciso un seguro obligatorio como el requerido para circular con los vehículos a motor.

Al respecto JIMENEZ MORIANO señala que otros países de nuestro entorno que ya están regulando el seguro obligatorio para los VMP en Francia y Alemania es obligatorio desde 2019[15].

El Proyecto de Ley por la que se modifican el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre y la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (en adelante, Proyecto de Ley) transpone la Directiva UE 2021/2118 y al modificar el TRLRCSCVM, entre los cambios más destacables, crea en su Disposición adicional primera el seguro obligatorio de responsabilidad civil para los vehículos personales ligeros que no estén incluidos en el concepto legal de vehículo a motor, estableciendo que todo propietario de un vehículo personal ligero estará obligado a suscribir y mantener en vigor un contrato de seguro que cubra la responsabilidad civil que cubra hasta la cuantía mínima del apartado 4 de dicha Disposición por cada vehículo de que sea titular.

El Proyecto de Ley regula que se consideran vehículos personales ligeros a efectos del seguro obligatorio de responsabilidad civil, los vehículos de una o más ruedas propulsados por motor que pueden proporcionar al vehículo una velocidad máxima de fabricación entre 6 y 25 km/h, si su peso es inferior a 25 kg., o una velocidad máxima de fabricación entre 6 y 14 km por hora, si su peso es superior a 25 kg, incluyendo expresamente dentro de esta definición a los VMP.

Por otro lado, en dicha definición de vehículos personales ligeros sólo se excluyen de la misma a los vehículos diseñados y fabricados para ser utilizados exclusivamente por las fuerzas Armadas, los vehículos para personas con movilidad reducida y las bicicletas de pedales con pedaleo asistido (EPAC), cuando en la

definición de VMP que hemos analizado se contemplan muchas más exclusiones. Al respecto dicha Disposición adicional primera matiza que mediante orden de la persona titular del Ministerio de Economía, Comercio y Empresa se podrán regular otras exclusiones.

Según lo establecido en la Disposición final segunda del Proyecto de Ley la exigencia de este nuevo seguro obligatorio para los vehículos personales ligeros, también aplicable a los VMP al ser incluidos como parte de dichos vehículos, entrará en vigor a partir del 2 enero de 2026, salvo que la norma reglamentaria del Gobierno que la desarrolle entre en vigor antes.

Es destacable que el Proyecto de Ley establece una norma específica de responsabilidad civil para los vehículos personales ligeros que circulen por el territorio nacional, por tanto también para los VMP, al regular en la Disposición adicional primera que estos vehículos personales ligeros, en tanto no sean objeto de una regulación específica, estarán sujetos al régimen de responsabilidad civil y seguro del TRLRCSCVM con ciertas particularidades, por lo que se les aplicará su régimen de responsabilidad civil objetiva automovilística en lugar del régimen de responsabilidad civil subjetiva de los artículos 1902 y 1903 del Código civil.

Entre las citadas particularidades destacan:

(i) la reducción del ámbito territorial del seguro obligatorio de los vehículos personales ligeros a España al no ser de aplicación el Título III del TRLRCSCVM, por lo que para los vehículos a motor si se aplicará la regulación sobre siniestros ocurridos en un Estado distinto al de residencia del perjudicado en relación con el aseguramiento obligatorio, pero no para los vehículos personales ligeros;

(ii) la reducción de los importes de cobertura del seguro obligatorio de los vehículos personales ligeros al establecer que serán como mínimo en los daños a las personas, 6.450.000 € por siniestro, cualquiera que sea el número de víctimas, cuando para los vehículos a motor se establece en 70.000.000 €, y en los daños a los bienes, 1.300.000 € por siniestro, cuando para vehículos a motor se establece en 15.000.000 €; siendo cuestionable que, aunque el resultado de un accidente pueda ser el mismo con independencia de que lo produzca un vehículo a motor o un vehículo personal ligero, la reparación integra del daño se vea afectada por estas reducciones; y

(iii) la intervención limitada del Consorcio de Compensación de Seguros regulada en el artículo 11 del TRLRCSCVM al limitarse a daños personales que requieran atención sanitaria, en caso de lesiones o derivados del fallecimiento de la víctima, que se ocasionen por vehículos personales ligeros, aunque reglamentariamente el Gobierno podrá extender estas funciones a la cobertura de daños materiales.

Asimismo, la Disposición adicional primera del Proyecto de Ley establece que reglamentariamente se podrá desarrollar la regulación de esta Disposición, encomendándose a la Comisión de Seguimiento del Sistema de Valoración que en un plazo máximo de seis meses a partir de la publicación en el BOE de esta ley de modificación del TRLRCSCVM emitan un informe razonado con una propuesta de desarrollo reglamentario del seguro obligatorio creado para los vehículos personales ligeros.

Teniendo en cuenta todos los elementos analizados que conforman la definición de VMP, se puede afirmar que, si un patinete eléctrico u otro vehículo son uti-

lizados para transporte personal desarrollando una velocidad superior a 25 km/h, siendo su peso de más de 50 Kg y/o no encajando con otro cualquiera de los citados elementos configuradores del concepto legal de VMP, dicho patinete eléctrico o vehículo no podrá ser considerado un VMP y será otro tipo de vehículo. Estos vehículos podemos denominarlos *"artefactos"* al no poder encuadrarse en las definiciones establecidas en nuestra normativa para otros vehículos como los vehículos a motor, ciclomotores, los vehículos personales ligeros, los VMP, las EPAC, etc.

Como nuestra normativa ha construido una definición compleja de los VMP, vamos a analizar como nuestros tribunales tienen en cuenta dicho concepto, pues el hecho de que un patinete eléctrico sea un VMP y, como tal, sea un vehículo y no vehículo a motor, o que un patinete eléctrico sea un *"artefacto"* tiene consecuencias civiles al afectar al régimen de responsabilidad aplicable a los conductores de tales vehículos.

### I.2. Tratamiento Jurisprudencial

La SAP de Álava (Secc. 1ª) de 18 de septiembre de 2017 analiza la normativa aplicable a los VMP en relación con una colisión de un vehículo a motor y un VMP, patinete eléctrico, en un paso de cebra, resultando concurrencia de culpas por la negligencia de ambos conductores debidamente acreditada en el procedimiento. En dicho análisis de normativa la Sala se refiere a lo establecido en la Instrucción 16/V-124 sobre los VMP que los califica como vehículos que se pueden usar por la calzada y por zonas peatonales si la normativa local así lo aprueba. Tras indicar que el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz no ha elaborado ordenanza alguna en desarrollo de dicha Instrucción, la Sala interpreta la aplicación del artículo 121.4 del Reglamento General de Circulación, sobre circulación en zonas peatonales, para deducir que el VMP cuando circula por una zona peatonal o cruza un paso de peatones debe adecuarse a la velocidad del peatón, y, por ello, la parte actora actuó negligentemente pues debió reducir la marcha al entrar en el paso de cebra y no lo hizo.

La SAP de Madrid (Secc. 18ª) de 29 de abril de 2022 estudia la normativa aplicable al desestimar el recurso de apelación de la compañía aseguradora del vehículo a motor contra la sentencia de instancia que estima la demanda interpuesta por la pasajera del VMP, patinete eléctrico, condenando a dicha aseguradora por las lesiones que sufre la actora cuando, como pasajera del patinete eléctrico, sufre una caída cuando el vehículo a motor golpea el VMP que ocupaba cuando el patinete eléctrico cruzaba un paso de peatones. La Sala señala que no puede obviarse que la regulación sobre VMP, contenida en el RD 970/2020 y antes en la Instrucción 2019/S-149 TV-108, no afectan a la resolución del litigio al ser anterior a dichas fechas, si es aplicable la Instrucción 16/V-124 que califica a los VMP como "vehículos" que pueden ubicarse físicamente en el ámbito de la calzada, siempre que se trate de vías expresamente autorizadas por la autoridad local, siendo aplicable lo dispuesto para la circulación de ciclos o bicicletas al no constar en los autos si existía al respecto normativa municipal para tales vehículos a la fecha del siniestro. Explica la Sala que de las pruebas puede deducirse que el vehículo a motor se introdujo en el paso de peatones sin darse cuenta que el pa-

tinete eléctrico se introducía en el mismo a mayor velocidad que a la marcha del peatón, por lo que podría ser tildarse de imprudente, pero la actora, como mero ocupante de uno de los vehículos intervinientes en el siniestro y su ajenidad a la conducción del mismo, hace que desaparezca el sustrato fáctico sobre la posible concurrencia de culpas.

La SAP de Almería (Secc. 1ª) de 6 de julio de 2022, en la estimación del recurso de apelación sobre la aplicación de los intereses a pagar por la compañía aseguradora demandada y condenada en instancia por el atropello de un VMP, patinete eléctrico, entiende que la controversia se centra en la consideración de si este vehículo era o no VMP. Respecto a dicha consideración, la Sala destaca que la actora en la demanda ya invoca la Instrucción 16/V-124 que los considera vehículos a los efectos de la aplicación de la LTSV, y la demandada contesta alegando lo incluido por la policía en el atestado sobre la no consideración del patinete eléctrico como un VMP, pero luego en el juicio cambian de criterio para alegar que si era un VMP. Además, la Sala señala que en dicha Instrucción no hay declaración sobre la asimilación de los VMP a los vehículos a motor, por lo que hay una laguna legal en el supuesto de los patinetes eléctricos, pues un año antes de la Instrucción 16/V-124 se aprueba en el año 2015 el TRLRCSCVM que no incluye en su ámbito de aplicación a los VMP. Por ello la Sala considera que, basándose la aseguradora en el criterio cambiante de la policía ante dicha situación normativa, sólo proceden los intereses ordinarios conforme al artículo 1108 del Código civil y no los del artículo 20 de la LCS.

La SAP de Lleida (Secc. 2ª) de 21 de septiembre de 2022 al desestimar el recurso de apelación de la compañía aseguradora y confirmar la sentencia de instancia, que condena a la aseguradora del ciclomotor asegurado al colisionar negligentemente con la demandante en vehículo para persona con movilidad reducida que tiene preferencia como peatón, pues tal consideración como peatón no ofrece duda según la normativa expuesta por la sentencia de instancia, siendo dicha normativa corroborada por el RD 970/2020 que cambia el Reglamento General de Vehículos modificando tanto la definición de vehículo a motor como incluyendo una nueva para VMP, excluyendo expresamente de ambos los vehículos para personas con movilidad reducida, por lo que no se puede aplicar analógicamente su equiparación a patinetes eléctricos VMP.

La SAP de Oviedo (Secc. 5ª) de 5 de abril de 2023 al desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia de instancia, que establece la responsabilidad del conductor del VMP, patinete eléctrico, que atropella a un peatón cuando caminaba por la acera, aprovecha para realizar varias consideraciones sobre los VMP. Primero que la Instrucción 16/V-124 declara que son vehículos, pero no a motor, y que la Instrucción 2019/S-149 TV-108 lo confirma indicando que deben someterse a la aplicación de las normas de circulación como el resto de los usuarios de las vías. Segundo que el RD 970/2020 al modificar el Reglamento General de Vehículos exime a los VMP de precisar autorización administrativa para circular con ellos y los define distinguiéndolos de otros medios de locomoción, así como también al modificar el Reglamento General de Circulación menciona a los VMP en su artículo 38 para prohibir circular con ellos por travesías, vías interurbanas y autopistas y autovías y túneles urbanos. Tercero que la Ley 18/2021 al modificar la LTSV añade en el artículo 25 un nuevo apartado 5 para establecer que los VMP

y las bicicletas y ciclos no pueden circular por las aceras salvo excepción reglamentaria.

La SAP de Valencia (Secc. 11ª) de 25 de julio de 2023 al estimar el recurso de apelación y revocar la sentencia de instancia, aplicando concurrencia de culpas al conductor del VMP, patinete eléctrico, y al peatón, señala que el vehículo conducido por el demandado se califica como VMP cuya circulación ha sido objeto de la Instrucción 16/V-124 y de la Instrucción 2019/S-149 TV-108, que les definió como vehículos pero les excluyó de la calificación de vehículos a motor del Reglamento General de Circulación que limita su circulación prohibiéndoles circular por travesías, vías interurbanas, autopistas, autovías y túneles; por la LTSV que les prohíbe circular por aceras, salvo excepciones; y de la ordenanza municipal BOPV 21-7-2012 que impone en caso de circular por aceras y zonas peatonales acomodar su marcha a la del peatón.

## II. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL CONDUCTOR DEL VEHÍCULO DE MOVILIDAD PERSONAL

### II.1. Responsabilidad civil del conductor del VMP

Mientras que en nuestra normativa no exista una regulación específica sobre la responsabilidad civil para los VMP le es de aplicación a estos vehículos el régimen general de la responsabilidad civil extracontractual subjetiva por hecho propio del artículo 1902 del Código civil y por hecho ajeno del artículo 1903 del Código civil, basada en la culpa o negligencia, pues al no ser los VMP vehículos a motor no les es de aplicación el régimen de responsabilidad civil objetiva automovilística del TRLRCSCVM.

El conductor de un VMP será responsable de sus actos u omisiones que causan daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, respondiendo con su patrimonio por el daño causado, salvo que tenga asegurada la responsabilidad civil que pueda causar, por lo que se aplicará en estos casos la responsabilidad civil extracontractual subjetiva por hecho propio del artículo 1902 del Código civil, de forma que, como recuerda PEÑA LOPEZ esto implica que la víctima deberá probar que el accidente fue causado por una acción u omisión negligente del conductor del VMP[16].

A los VMP les son aplicables los principios jurisprudenciales de la circulación de los vehículos a motor pues, como vehículos, sus conductores tienen que cumplir el Reglamento General de Circulación. Además, los VMP tienen que cumplir la LTSV pues la Ley 18/2021 elimina de la LTSV la referencia a vehículo a motor en su artículo 1, aplicándose la LTSV a cualquier vehículo. FUERTES LÓPEZ indica al respecto que, con esta modificación por la Ley 18/2021 del artículo 1 la LTSV, desaparece un anacronismo limitado a los vehículos a motor y que, ahora, alcanza a todo tipo de vehículos, es decir, todo aparato apto para circular por la vías o terrenos, incluidos los VMP[17].

El principio de esta responsabilidad civil extracontractual subjetiva erige la culpa y la negligencia como límites al deber de no dañar a nadie y, como se ha indicado, quién reclame contra el conductor de un VMP tendrá que probar entre

otros elementos, la culpa o negligencia del conductor del VMP en el accidente al no haber inversión de la carga de la prueba por no aplicarse a los VMP el régimen de responsabilidad civil objetiva por la conducción de vehículos a motor.

En este sentido la SAP de Madrid (Secc. 8ª) de 15 de junio de 2021 confirma que responde el propietario de los perros por responsabilidad civil extracontractual objetiva del artículo 1905 del Código civil, pues no prueba la supuesta conducción imprudente del conductor del VMP, y la SAP de Alicante (Secc. 4ª) de 12 enero 2022 desestima el recurso, pues el actor que demanda al conductor del VMP no prueba la dinámica del accidente que confirme la negligencia del conductor del VMP.

En cambio, la SAP de Barcelona (Secc. 1ª) de 31 de enero de 2022 establece que responde el conductor del VMP ya que el demandante, peatón atropellado, prueba la negligencia del conductor del VMP que genera una situación de riesgo en la seguridad de los viandantes pues circulaba por la acera y no respetó la preferencia del peatón que salía de un bar.

Esta prueba podrá incluir cualquier incumplimiento de la normativa general de tráfico que los VMP como vehículos deben cumplir y, por ello, acreditar la dinámica del accidente esclareciendo sus circunstancias para determinar responsabilidades. MORELL ALDANA explica que ya se trata estos incumplimientos de la normativa desde las Instrucciones de la Dirección General de Tráfico, por ejemplo, respecto al uso de las prendas reflectantes o sistemas de alumbrados, considerándose conducción negligente cuando se realice conducción nocturna sin alumbrado ni prendas o elementos reflectantes[18].

Si en el accidente con un VMP interviene otro vehículo, distinto de un vehículo a motor o un peatón, y el conductor del VMP sufre también daños provocados por la conducta del otro, al aplicar el régimen de responsabilidad civil extracontractual hay que tener en cuenta las circunstancias específicas de cada accidente pues podrán implicar que exista concurrencia de culpas de los intervinientes en cada caso, donde la prueba determinará las conductas culposas o negligentes de los otros participantes en el accidente.

La SAP de Valencia (Secc. 11ª) de 25 de julio de 2023 establece la concurrencia de culpas por el atropello de un peatón por un conductor de un VMP al confirmarse que el peatón no cruzaba por un paso de peatones y, por ello, se le imputa un 75% de la culpa al conductor del VMP, pues el manejo de este vehículo implica su obligación de ajustar su diligencia, y un 25% al peatón pues su conducta de cruzar por el sitio indebido es también causa del accidente.

En relación con los accidentes consistentes en una colisión mutua o recíproca entre vehículos en la que participe un VMP y no se puedan determinar las responsabilidades de los conductores, nos planteamos si es posible aplicar la doctrina de las condenas cruzadas[19]. Teniendo en cuenta que los VMP sólo son vehículos y no son considerados vehículos a motor, la respuesta es negativa pues esta doctrina se aplica solo al régimen objetivo de responsabilidad derivado del riesgo generado por la conducción de vehículos a motor establecido en la TRLRCSCVM. No obstante lo anterior, se podría plantear aplicar por analogía dicha doctrina a estos accidentes de tráfico donde esté implicado un VMP.

Esta responsabilidad civil extracontractual del conductor del VMP también se aplica por hecho ajeno en los términos del artículo 1903 del Código civil, por

lo que se genera responsabilidad de los padres, de los tutores, de los curadores representativos plenos, de los empleadores o de los titulares de centros docentes de enseñanza no superior si el VMP causa daños cuando es conducido por sus hijos si se encuentran bajo su guarda, por sus tutelados si es bajo su autoridad y con los que convivan, por las personas a las que presten apoyo los curadores con facultades de representación plena, por sus empleados o alumnos menores de edad en los períodos bajo control o vigilancia del profesorado. Esta responsabilidad por hecho ajeno implica una culpa *in eligendo o in vigilando* o *in educando* y sólo cesa si se prueba por los citados responsables que emplearon la diligencia de un buen padre de familia como prevención del daño.

Al respecto, MORELL ALDANA resalta que la Instrucción 2019/S-149 TV-108 ya aclaró que, en los casos de infracciones cometidas por menores de 18 años, los padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, responderán solidariamente de la infracción cometida por el menor, lo que es coherente con la interpretación jurisprudencial del Código civil que fija una responsabilidad objetiva (culpa *in vigilando*) y con inversión de carga de la prueba, en cuanto a la diligencia debida para evitar el daño y solidaria con el menor de edad[20].

Esto mismo se aplica por la SAP de Málaga (Secc. 4ª) de 30 de abril de 2020 al establecer que responden los padres de dos menores en virtud de la responsabilidad civil extracontractual subjetiva del artículo 1903 del Código civil por omisión de la diligencia *in custodiando* o *in vigilando*, respondiendo también los padres del pasajero del VMP, pues ambos menores, el conductor de este vehículo y su amigo que le acompañaba, bajaban una cuesta cuando atropellan a un peatón y las lesiones sufridas se agravan al coger el VMP más velocidad por el peso del pasajero, no aportándose prueba de que peatón provocase el accidente.

La responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno es directa y subjetiva objetivada (por culpa presumida) pues sólo cesará si los padres, tutores, curadores o los titulares del citado centro acreditan que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, tal como establece el último párrafo del artículo 1903 del Código civil, ya que responden de los actos de los menores sobre la base de los principios de la culpa *in vigilando* o culpa *in eligendo*.

En este sentido la sentencia de JPI de Pamplona (Provincia de Navarra) de 28 de junio 2021 trata la responsabilidad de los padres que surge en aplicación de los artículos 1902 y 1903 del Código civil, pues el conductor del VMP es un menor de edad, y se confirma la trasgresión del deber de vigilancia de los padres al no probarse por la madre de dicho menor haber empleado la diligencia de un buen padre de familia para evitar el daño causado al conductor del vehículo a motor que probó los daños materiales y la responsabilidad del conductor del VMP.

De la misma manera, la SAP de Pontevedra (Secc. 6ª) de 12 de mayo de 2022 determina que responden los padres en base a la responsabilidad civil extracontractual subjetiva del artículo 1903 del Código civil por omisión del deber de vigilancia al producirse el atropello del peatón en una acera por la que circulaba el menor conductor del VMP y los padres estaban en una terraza próxima y tenían la oportunidad de evitar el daño, no aportándose prueba que acredite que el peatón interviniese en la causa del accidente.

Se construye dicha responsabilidad por hecho ajeno con arreglo al principio de la culpa *in vigilando* de los que ostentan la guarda del menor en el momento del

accidente, si bien con la citada inversión de la carga de la prueba, pues estos guardadores deben controlar las actividades de los menores que están bajo su custodia incluyendo el momento en que causan el daño.

Respecto a la vulneración del deber de vigilancia apunta MORELL ALDANA, en su análisis de la SAP de Pontevedra (Secc. 6ª) de 12 de mayo de 2022, que esa resolución recuerda que la doctrina marca que la responsabilidad civil de los progenitores a consecuencia de los actos ilícitos realizados por los hijos sujetos a su potestad, se fundamenta en la vulneración del deber de vigilancia que les compete[21].

La víctima de un accidente provocado por un VMP también podrá reclamar a la aseguradora del conductor del VMP por los daños y perjuicios sufridos en base a los artículos 18, 19, 20, 73 y 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante, LCS), regulando en el artículo 76 de la LCS la acción directa del perjudicado o su herederos contra la aseguradora para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, pudiendo reclamar a la aseguradora los intereses del artículo 20 de la LCS en el supuesto de que la aseguradora no pague las cantidades reclamadas y si se cumplen los requisitos de dicho artículo.

Como hemos analizado, por ahora, de acuerdo con nuestra normativa para circular con un VMP no es preciso que su conductor contrate un seguro obligatorio pues los VMP no son considerados vehículos a motor. Esto cambiará cuando se apruebe el Proyecto de Ley al crear en su Disposición adicional primera el seguro obligatorio de responsabilidad civil para los vehículos personales ligeros que no estén incluidos en el concepto legal de vehículo a motor y establecer que todo propietario de un vehículo personal ligero estará obligado a suscribir y mantener en vigor un contrato de seguro que cubra la responsabilidad civil, ya que dicho Proyecto de Ley en su definición de vehículo personal ligero incluye expresamente a los VMP.

Mientras esto ocurra, en los accidentes donde interviene un VMP se podría plantear la reclamación contra la aseguradora de cualquier seguro voluntario contratado, como el seguro voluntario del hogar del propietario del VMP si el conductor de dicho vehículo es parte de la unidad familiar, pues de serlo, procede la cobertura en el seguro del hogar tanto de los daños que cause el asegurado, el propietario del VMP, como los que causen las personas que constituyan el núcleo o unidad familiar en la póliza contratada.

HURTADO YELO, al analizar la SAP de Madrid (Secc. 20ª) de 26 de noviembre de 2018 sobre un atropello por un VMP que contaba con seguro voluntario, destaca esa posibilidad de contratar el seguro voluntario por el propietario del VMP y, por tanto, resultar de aplicación en cuanto a la cobertura de la responsabilidad del propietario[22].

Los seguros del hogar pueden cubrir los daños que se causen a terceros si se produce un accidente de un VMP dependiendo el alcance de la cobertura de cada seguro. Estos seguros de hogar responden en estos casos en virtud de lo que se denomina responsabilidad civil familiar, por medio de la cual, el seguro cubrirá los daños que un miembro de la familia, padres o hijos, causen en un tercero en su vida privada, siendo preciso que se pruebe que se vive en la vivienda asegurada si el que causa el daño no es el titular del seguro.

MORELL ALDANA destaca la aplicación de estos seguros de hogar al analizar la SAP de Almería (Secc. 1ª) de 6 de julio de 2002 relativa a un accidente de circulación con un VMP, pues se trata del resarcimiento de una responsabilidad civil de origen contractual al tener contratado el conductor demandado un seguro de responsabilidad civil tipo póliza de hogar que incluía en el aseguramiento los daños causados por el tomador del seguro[23].

La aprobación del Proyecto de Ley implicará un cambio importante en el tratamiento de la responsabilidad civil en los accidentes donde intervenga un VMP, pues por primera vez existirá una norma específica de responsabilidad civil para los VMP al ser considerados vehículos personales ligeros, ya que de acuerdo con la Disposición adicional primera los vehículos personales ligeros que circulen por el territorio nacional estarán sujetos al régimen de responsabilidad civil objetiva automovilística del TRLRCSCVM con ciertas particularidades. Por tanto, a los VMP se les dejará de aplicar el régimen de responsabilidad civil extracontractual subjetiva de los artículos 1902 y 1903 del Código civil.

### II.2. Tratamiento Jurisprudencial

#### *II.2.A. Sentencias de responsabilidad civil de conductores de VMP*

La SAP de Madrid (Secc. 8ª) de 15 de junio de 2021 confirma la sentencia de instancia que estimó la demanda, en base a la responsabilidad civil extracontractual del artículo 1905 del Código civil, por la caída sufrida por el demandante por causa de dos perros pequeños que iban sin atar y se rompe el tobillo cuando circulaba por el carril bici con un VMP, patinete eléctrico, por el parque de Madrid Río. Se alegó en el recurso de apelación que el patinete eléctrico genera una presunción de culpabilidad iuris et de iure, responsabilidad objetiva y responsabilidad por riesgo. La Sala no admite el argumento de la recurrente de culpar a la víctima por el riesgo que implica conducir un patinete eléctrico, pues en este supuesto entiende que no se sustenta la doctrina del riesgo, y confirma la responsabilidad civil extracontractual de la demandada basada en el artículo 1905 del Código civil destacando el carácter objetivo de la misma, basada en el riesgo consustancial a la tenencia de animales, estableciendo la presunción de culpabilidad del poseedor del animal obligando a indemnizar el daño causado, pues la Sala ha revisado la prueba testifical practicada en el acto de la vista y de ella se desprende, sin ningún género de dudas, que la causación del accidente se debió a la persecución de los perros que se acercaron corriendo muy próximos a la rueda del patinete, lo que provocó que el actor se asustará y acelerará el VMP cayendo después. Además, resalta la Sala que la parte demandada no ha probado que exista culpa exclusiva de la víctima, porque no ha acreditado que el conductor del VMP condujera de una manera imprudente, tampoco que hubiera ingerido alcohol ni que circulara a gran velocidad.

En la misma línea vemos la argumentación de la Sentencia de JPI de Pamplona/Iruña de 5 mayo 2021 que estima parcialmente la demanda por acción de responsabilidad extracontractual al amparo de los artículos 1902 y 1905 del Código civil por los daños personales padecidos por la parte actora como consecuencia

del ataque por un perro mientras circulaba por el carril bici montada en su VMP, patinete eléctrico, pues aunque se alega que no existe contacto físico del perro pues iba atado, se acredita que la actitud de dicho perro era agresiva y sobresaltó al conductor del vehículo propiciando su caída.

La SAP de Barcelona (Secc. 1ª) de 31 de enero de 2022 estima parte del recurso de apelación interpuesto por el conductor del VMP, patinete eléctrico, para disminuir el importe de la indemnización que debe pagarle dicho conductor al peatón que atropelló cuando iba andando por la acera. La Sala determina que el accidente tiene que encuadrarse dentro de la responsabilidad extracontractual por culpa del artículo 1902 del Código civil al apreciar negligencia en la conducta de la conductora del patinete eléctrico que generó una situación de riesgo en la seguridad de los viandantes. La Sala explica que el accidente no puede calificarse de fortuito (artículo 1105 del Código civil) pues la circulación de un patinete eléctrico por la acera impone a su conductor una especial atención ya que en la acera tienen prioridad los peatones.

La SAP de Logroño (Secc. 1ª) de 29 de noviembre de 2022 desestima el recurso de apelación presentado confirmando la sentencia de instancia que absolvía a la parte demandada de la demanda por las lesiones sufridas por la parte actora por el supuesto atropello de la hija de cinco años de la parte demandada que maneja un patinete eléctrico. La Sala explica que la sentencia de instancia concluye que no se ha probado el modo en que se produce el choque entre el demandante y la niña, y tampoco que el patinete fuese eléctrico o que la niña realizase algo inadecuado o peligroso, argumentando en el recurso de apelación que la responsabilidad de la demandada se basa en la conducta de riesgo de la menor al conducir un patinete y la falta de vigilancia de su padre. La Sala comparte el criterio de la sentencia de instancia, pues el testigo presentado por la actora no pudo concretar el modo en que se produce el accidente, su intervención se produce cuando el demandante ya está en el suelo, y respecto a si el vehículo era o no un patinete eléctrico hay contradicciones entre las declaraciones del testigo de la demandante, indica que era un VMP, y las de los testigos de la demandada, que indican que no era un patinete eléctrico, por lo que siendo la carga de la prueba de la parte actora en aplicación del artículo 1902 y 1903 del Código civil se desestima la reclamación.

La SAP de Oviedo (Secc. 5ª) de 5 de abril de 2023 desestima el recurso de apelación presentado confirmando la sentencia de instancia que estima íntegramente la demanda del peatón que colisiona con un VMP, patinete eléctrico, cuando caminaba por la acera, constando en el atestado de la policía que el VMP había arrollado al peatón. La Sala señala que los criterios legales de imputación de responsabilidad extracontractual son dos, la culpa y el riesgo, el primero, la responsabilidad subjetiva por culpa pura en base al artículo 1902 del Código civil y la atenuada vía artículo 1903 del Código Civil, y el segundo, el criterio de imputación objetiva debe ser establecido por una regulación específica (STS del 18 de marzo de 2016) y por eso la doctrina jurisprudencial rechaza como criterio de imputación la responsabilidad por culpa del artículo 1902 del Código civil o la creación de un riesgo no superior al ordinario. Por todo lo anterior, entiende la Sala que, sin poder elevar a la categoría de riesgo extraordinario la circulación de los VMP si requiere un grado de diligencia y cuidado acorde con dicho riesgo.

La SAP de Valencia (Secc. 11ª) de 25 de julio de 2023 estima el recurso de apelación, revocando la sentencia de instancia, y aplica la concurrencia de culpas en un accidente entre el conductor del VMP, patinete eléctrico, y un peatón. La Sala entiende que no puede excluirse ni la responsabilidad del conductor del patinete eléctrico ni la del peatón, pues ambos, por la dinámica del accidente, debieron apercibirse de la llegada del otro, aplicando un 75% de responsabilidad al conductor del VMP, al circular por la calzada con un vehículo sin adoptar las precauciones necesarias, y un 25% al peatón al no quedar probado que cruzase por el paso de cebra.

### *II.2.B. Sentencias de responsabilidad civil de menores conductores de VMP*

La SAP de Burgos (Secc. 1ª) de 16 de enero de 2004 confirma la sentencia de instancia condenando al menor como responsable civil directo y a sus padres como responsables solidarios, pues la actuación del menor, circulaba en un VMP, patinete eléctrico, por la acera cuando atropella a un peatón que salía de un bar, causándole lesiones, constituye un claro caso de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código civil al acreditarse una negligente conducción del patinete eléctrico generadora de daño a la perjudicada y que obliga a reparar el daño por ésta sufrido.

La SAP de Málaga (Secc. 4ª) de 30 de abril de 2020 confirma la sentencia de instancia porque se acredita que los dos menores de edad que iban en un VMP, patinete eléctrico, uno conduciendo y otro de acompañante, cuando bajaban por una cuesta atropellaron al peatón, causándole lesiones, como consecuencia de esta acción indebida y peligrosa. La Sala señala que la jurisprudencia ha precisado que la responsabilidad civil de los padres dimanante de los actos ilícitos ejecutados por los hijos constituidos *in potestae*, a tenor del artículo 1903 del Código civil, se justifica tradicional y doctrinalmente por la transgresión del deber de vigilancia que a los primeros incumbe, omisión de la diligencia in custodiando o in vigilando que el legislador contempla partiendo de la presunción de culpa concurrente en quien desempeña los poderes y deberes integrantes de la patria potestad, con inversión consiguiente de la carga de la prueba, de manera que la demostración del empleo de las precauciones adecuadas para evitar el evento dañoso ha sido entendida por la doctrina jurisprudencial en concepto de marcada severidad, exigiendo una rigurosa prueba de la diligencia empleada, atemperándose a las circunstancias del tiempo y del lugar, lo que significa la inserción de un matiz objetivo en dicha responsabilidad, que prácticamente pasa a responder a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad. Los presupuestos de la culpa extracontractual son, según reiterada jurisprudencia, una acción u omisión culposa o negligente, el daño causado, y la relación de causalidad entre conducta y resultado. Por tanto, procede la responsabilidad civil de los padres de ambos menores por los actos ilícitos de sus hijos, a tenor de este artículo 1903 del Código civil, por la transgresión del deber de vigilancia que a los padres incumbe por omisión de la diligencia in custodiando o in vigilando, pues no aportan ninguna prueba para justificar que la actuación de la actora provocase el accidente. En cuanto al acompañante del patinete eléctrico, se resalta que no obsta el hecho de

que el menor de edad no condujera el patinete eléctrico, ya que el mero hecho de ir como ocupante del mismo, cuando está diseñado para ser utilizado por una sola persona, supone por si solo una actuación negligente, que incidió de modo palpable en la causación del atropello al circular por una cuesta y provocar que el patinete eléctrico cogiese mayor velocidad.

La sentencia de JPI de Pamplona (Provincia de Navarra) de 28 de junio 2021 condena a la madre del menor, conductor del VMP, patinete eléctrico, responsable del accidente pues irrumpe en un paso de cebra a gran velocidad y golpea a un vehículo a motor que se encontraba allí causándole daños. Dicha responsabilidad se basa en la aplicación del artículo 1903 del Código civil, pues los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda, en aplicación del artículo 1902 del Código civil y del artículo 507 del Fuero Nuevo de Navarra que establece que quien por su negligencia o actividad arriesgada cause daño en la persona, patrimonio o interés ajenos deberá indemnizarlo según las circunstancias de cada caso. La parte actora acreditó la realidad del siniestro, los daños sufridos como consecuencia del mismo, su valoración y la responsabilidad del conductor de patinete eléctrico. A falta de prueba en contrario, la demandada no acreditó que había empleado toda la diligencia de un buen padre de familia para evitar el daño causado, procede la responsabilidad civil de la madre al amparo del artículo 1903 del Código civil, por la transgresión del deber de vigilancia que a los padres incumbe por omisión de la diligencia in custodiando o in vigilando.

La SAP de Valencia (Secc. 4ª) de 22 de mayo de 2020 confirma la sentencia de instancia porque se acredita que el menor que conducía el VMP, patinete eléctrico, no para ante la señal de stop adentrándose en la intersección y provocando que el ciclomotor, aun intentando evitarle, termine caído y arrastrado por la calzada con las consiguientes lesiones. Esto es suficiente para probar la falta de diligencia en la conducción del VMP por la calzada y responsabilidad de los padres del menor ex artículo 1903 del Código civil.

La SAP de Valladolid (Secc. 3ª) de 5 de julio de 2020 estima parcialmente el recurso de la parte actora, madre de un menor, pues se considera acreditado que el accidente sobrevino cuando encontrándose el vehículo asegurado detenido ante un semáforo y al ir a iniciar la marcha tras pasar a fase amarilla, irrumpe en el paso de peatones el VMP, patinete eléctrico conducido por un menor y con un ocupante, golpeándose con el lateral izquierdo. El juez de instancia rechazó la acción indemnizatoria apreciando culpa del conductor del patinete eléctrico, pero para la Sala queda acreditado que el semáforo no estaba en la fase verde, sino en la amarilla como prueba el atestado de la policía, lo que impone desplegar la precaución necesaria para advertir el peligro que implica la aproximación del patinete eléctrico que conducía la lesionada. A criterio de la Sala, teniendo en cuenta las circunstancias del accidente, se valora en 50% la concurrencia de conductas culposas.

La SAP de Pontevedra (Secc. 6ª) de 12 de mayo de 2022 confirma la sentencia de instancia al acreditarse la existencia de una colisión entre el menor que circulaba en VMP y la demandante y, como consecuencia, la demandante sufrió una fractura del segundo dedo del pie izquierdo. Se estima por la Sala la imputabilidad de este resultado lesivo de los padres del menor en virtud del artículo 1903 del Código civil, en tanto que, según establece la jurisprudencia, la responsabilidad civil de los padres a consecuencia de los actos ilícitos realizados por los hijos sujetos

a su potestad se fundamenta tradicional y doctrinalmente por la vulneración del deber de vigilancia que les compete, aunque no estén presentes en el momento del hecho. En el supuesto tratado los padres estaban en una terraza cercana y el atropello al peatón sucede en la acera, habiendo tenido los padres la oportunidad de evitar el daño, pero no adoptaron las medidas precisas.

### *II.2.C. Sentencias de responsabilidad civil relativas a compañías aseguradoras y a VMP*

La SAP de Álava (Secc. 1ª) de 18 de septiembre de 2017 estima parcialmente el recurso, revocando parcialmente la sentencia de instancia, para condenar a la compañía de seguros al pago de parte de la indemnización a la parte actora que fue golpeada por un vehículo a motor cuando circulaba con su VMP, patinete eléctrico, pues la Sala aprecia concurrencia de culpas por la negligencia tanto del conductor del vehículo a motor asegurado como del conductor del VMP. La parte actora circulaba con un patinete eléctrico cuando al introducirse en un paso de peatones fue golpeada por el vehículo asegurado que, aunque paró en el paso de cebra, al reanudar la marcha colisiona con el patinete eléctrico al no adoptar la diligencia debida al no tener en cuenta la presencia del patinete eléctrico en el paso de cebra. Por otro lado, dicho patinete continuó su trayectoria sin reducir la velocidad al haberse introducido en un paso de cebra.

La SAP de Madrid (Secc. 20ª) de 26 de noviembre de 2018 desestima el recurso de apelación y se confirma la indemnización, rectificando error material para incluir el importe correcto a pagar por la aseguradora del VMP, patinete eléctrico o *segway*, que atropelló al peatón cuando caminada por una zona peatonal durante la celebración de un campeonato de camiones, por una acción imprudente del conductor del vehículo. Se alegó la falta de legitimación pasiva al dirigirse la demanda contra la aseguradora del patinete eléctrico, pero la Sala la considera legitimada pasivamente como aseguradora del patinete eléctrico propiedad de su asegurada que contrató un seguro voluntario con cobertura de responsabilidad civil. Al acreditarse que el accidente se produce por un deficiente manejo del patinete eléctrico se genera responsabilidad civil tanto en su autor, como propietario, y derivativamente en la compañía aseguradora al amparo del artículo 73 de la LCS, procediendo por ello respecto a la aseguradora el abono de los intereses del artículo 20 de la LCS.

La SAP de Alicante (Secc. 4ª) de 12 de enero de 2022 desestima el recurso de apelación y confirma íntegramente la sentencia de instancia absolviendo al conductor de un VMP, patinete eléctrico, y su aseguradora pues no logra el actor acreditar que la causa del accidente sea imputable al actuar negligente del conductor del VMP asegurado, ya que quien demanda debe probar que concurren los requisitos del artículo 1902 del Código civil. El juez de instancia valora correctamente que no existen datos objetivos que indiquen cual es el marco en el que se desarrolla el siniestro, ni las condiciones que llevan a la mutua colisión de los vehículos, ya que la prueba documental y las manifestaciones de las partes nada aportan a los hechos, no pudiéndose llegar a una conclusión determinante de la culpabilidad de uno u otro conductor.

La SAP de Cantabria (Secc. 4ª) de 24 de febrero de 2022 desestima el recurso de apelación y confirma íntegramente la sentencia de instancia que condena al conductor de un VMP, patine eléctrico, que chocó con un vehículo a motor en un paso de peatones a pagar una indemnización, parte al conductor del vehículo a motor y parte a su aseguradora. Quedo acreditado con la prueba que el conductor del vehículo a motor iba a menos velocidad de la permitida (50 Km/h) y que el conductor del VMP en el momento de la colisión se introdujo en dicho paso de peatones de forma súbita, sin mirar, no llevaba señal luminosa alguna ni en el patinete eléctrico ni en la ropa y no iba a pie sino montado en el VMP, por lo que quien introdujo el riesgo fue el conductor del patinete eléctrico.

La SAP de Logroño (Secc. 1ª) de 4 de abril de 2022 confirma la sentencia de instancia que establece la responsabilidad por los daños causados por el VMP, patinete eléctrico, que explota su batería en la vivienda de los propietarios, estimando la demanda de la aseguradora del hogar (acción de subrogación) al acreditarse que el VMP era defectuoso y condena solidariamente a la empresa vendedora y fabricante del vehículo por daños en la vivienda.

La SAP de Madrid (Secc. 18ª) de 29 de abril de 2022 desestima el recurso de apelación interpuesto por la aseguradora del vehículo a motor, confirmando íntegramente la sentencia de instancia que estimó la demanda interpuesta por la parte actora, pasajera del VMP, patinete eléctrico, condenando a la aseguradora del vehículo a motor a pagar la indemnización más los intereses del artículo 20 de la LCS desde la fecha de siniestro con imposición de las costas procesales devengadas. Con fundamento en el artículo 1902 del Código civil y el artículo 1 TRLRCSCVM se presentó demanda de reclamación de cantidad contra la aseguradora del vehículo a motor que le causaron lesiones y secuelas cuando, atravesando un paso de peatones, el vehículo a motor golpeó el patinete que ocupaba. Explica la Sala que el siniestro no se produjo por ser pasajera, sino por la negligencia o del conductor del patinete o del conductor del vehículo o de ambos, pero nunca ni en mayor ni en menor grado, por la lesionada, sin perjuicio de las infracciones administrativas que esa indebida ocupación como pasajera pudiera determinar. Es obvio que cuando un vehículo se acerca a un paso de peatones ha de extremar la precaución y es previsible una irrupción inopinada en ese paso de un niño, un peatón o una bicicleta sin que ello determine una exoneración de responsabilidad en el conductor ni menos una concurrencia de culpas cuando el lesionado ni conduce ese patinete eléctrico menos aun cuando sólo es ocupante o pasajero.

La SAP de Almería (Secc. 1ª) de 6 de julio de 2022 estima el recurso de apelación para sólo revocar de la sentencia de instancia en lo relativo a los intereses aplicables en la condena a la compañía aseguradora de un vehículo a motor por atropello a un VMP, patinete eléctrico, para no aplicar los intereses del artículo 20 de la LCS sino los intereses ordinarios conforme al artículo 1108 del Código civil desde el día de la presentación de la demanda. La Sala entiende que había elementos de juicio suficientes para que la aseguradora confiará en el criterio de la policía local incluido en el atestado que aplicó la normativa existente, tanto estatal como municipal, para después retractarse en el acto del juicio indicando que si estaban ante un VMP, lo que alegaba la parte actora, por lo que la compañía de seguros puede legítimamente demorar el pago al existir discrepancia fundada sobre la cuantía de la indemnización respecto a los intereses aplicables.

La SAP de Lleida (Secc. 2ª) de 21 de septiembre de 2022 desestima el recurso de apelación presentado por la compañía aseguradora, confirmando la sentencia de instancia que condena a dicha aseguradora, pues entiende que el accidente entre el ciclomotor asegurado y la demandante, que conducía un scooter eléctrico para discapacitados, se produce por el negligente proceder del conductor de la motocicleta y que la parte actora no tiene culpa en el mismo y, además, tiene la preferencia al ser considerado peatón, responde la aseguradora en virtud del artículo 1 del TRLRCSCVM.

La SAP de Barcelona (Secc. 11ª) de 22 de septiembre de 2022 desestima el recurso de apelación y confirma íntegramente la sentencia de instancia que condena al conductor de un VMP, *segway*, que provocó la caída del conductor de un ciclomotor, al entrar de forma sorpresiva en la calzada, a pagar una indemnización parte al conductor del ciclomotor y parte a su aseguradora. Se acredita en el atestado de la policía que el ciclomotor circulaba correctamente y que la conducta del demandado fuer antirreglamentaria al introducirse en la calzada por el paso de peatones por cuanto el semáforo que le afectaba estaba en fase roja y accede de forma no debida por el chaflán.

La SAP de Baleares (Secc. 3ª) de 1 de diciembre de 2022 estima el recurso de apelación parcialmente en cuanto al importe de la indemnización y a los intereses aplicables, pero no respecto a la responsabilidad de la aseguradora del vehículo a motor establecida por la sentencia de instancia en base al artículo 1902 del Código civil por al atropello sufrido por la parte actora que iba en VMP, patinete eléctrico, cuando cruzaba un paso de peatones. Aunque la recurrente alega que la demandante cruzada el paso de peatones montado en el VMP y en compañía de otra persona, la Sala entiende que el conductor del vehículo a motor debió extremar la precaución al encontrarse ante un paso de peatones y con visibilidad reducida por la furgoneta que tenía al lado, no habiendo acreditado que el conductor del patinete eléctrico irrumpiera de forma sorpresiva o que su conducta implicase culpa en el accidente. Por otro lado, no se aprecia que exista causa justificada para exonerar del pago de los intereses del artículo 20 de la LCS a la compañía aseguradora demandada, por lo que se le condena a su pago.

La SAP de Huesca (Secc. 1ª) de 31 de diciembre de 2022 estima parcialmente el recurso de apelación revocando la sentencia de instancia para, en lugar de absolver al conductor del vehículo a motor y a su compañía aseguradora, aplicar una concurrencia de culpas entre dicho vehículo a motor asegurado y el VMP, patinete eléctrico, aplicando los correspondientes intereses del artículo 20 de la LCS, al considerar responsable del accidente tanto al vehículo a motor como al VMP. La Sala indica que queda acreditado en el atestado de la policía que el conductor del VMP circulaba por un carril bici y que no estaba prevista dicha posibilidad en la ordenanza municipal, por lo que se aplica la Instrucción 2019/S-149 TV-108, debiendo el VMP como vehículo no cruzar por el paso de peatones, así como que el conductor del vehículo a motor no adoptó la precaución que exigían las señales verticales ni se cercioró de que nadie estuviera cruzando en ese momento el paso de cebra.

La SAP de Tarragona (Secc. 3ª) de 23 de marzo de 2023 estima el recurso de apelación, revocando parcialmente la sentencia de instancia, para, en lugar de sólo condenar a la compañía aseguradora del vehículo a motor, aplicar una con-

currencia de culpas entre dicho vehículo a motor asegurado y el VMP, patinete eléctrico, 50% cada uno. La Sala justifica dicha concurrencia porque según la Instrucción 16/V-124 los VMP podían circular por la calzada y el uso de los VMP debe realizarse atendiendo a las normas del ordenamiento jurídico vial, aplicándose el Reglamento General de Circulación, lo que no se cumple pues según el atestado de la policía el patinete eléctrico circulaba sin luces.

La SAP de Palmas de Gran Canaria (Secc. 5ª) de 12 de abril de 2023 estima parcialmente el recurso de apelación, revocando parcialmente la sentencia de instancia, para condenar a la compañía aseguradora del vehículo a motor que saltándose la señal de ceda el paso impactó en una rotonda contra el VMP, patinete eléctrico, de la parte actora procedente del carril bici. La Sala entiende que no se ha probado que la visibilidad del conductor del vehículo a motor se encontrase reducida y que no puede calificarse como sorpresiva la irrupción del VPM pues el accidente se produce en el carril exterior y cuando el patinete ya ha recorrido los 180º grados de la rotonda en su parte superior y es embestido frontalmente por el vehículo a motor. Se aplican los intereses del artículo 20 de la LCS.

La SAP de Granada (Secc. 4ª) de 29 de junio de 2023 desestima el recurso de apelación y confirma íntegramente la sentencia de instancia que desestima la demanda interpuesta por el conductor de una bicicleta contra el conductor de un VMP, patinete eléctrico, y el Consorcio de Compensación de Seguros. El accidente se produce cuando el demandante circulaba por un carril bici con su bicicleta y la demandada en patinete eléctrico, según su demanda, se cruza y provoca una caída a la parte actora. La Sala reitera lo ya aclarado por el juez de instancia, que el VMP no es un vehículo a motor y, por tanto, no amparado por el seguro obligatorio de dichos vehículos y, además, no se acredita el modo en que se produce la colisión.

## III. RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA ARRENDADORA DEL VEHÍCULO DE MOVILIDAD PERSONAL

En el análisis de la posible responsabilidad de la empresa arrendadora del VMP en un accidente en el que interviene un VMP alquilado, estudiamos las alternativas de reclamación dependiendo de quién ha sufrido el daño, cuando la víctima es el arrendatario conductor del VMP alquilado y cuando la víctima es un tercero distinto de dicho conductor, teniendo en cuenta cómo nuestros jueces tratan en las sentencias dictadas sobre estos accidentes la normativa sobre VMP y los regímenes de responsabilidad aplicables.

### III.1. Responsabilidad civil de la empresa arrendadora por reclamación del arrendatario del VMP

Cuando quien reclama a la empresa arrendadora del VMP es el arrendatario conductor nos encontramos ante una reclamación de un consumidor frente a la empresa que alquila dicho vehículo mediante un contrato, por lo que esta empresa es responsable civil:

a) en su condición de prestadora de servicios de alquiler del VMP, por ello responde de los daños y perjuicios que ocasione frente a dicho consumidor arrendatario de acuerdo con la regulación del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, LGDCU), aplicándose el régimen general de responsabilidad objetiva regulado por el artículo 147 de la LGDCU, excepto si la empresa arrendadora prueba que cumple las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio prestado; y

b) en función del contrato de alquiler con el arrendatario del VMP, por ello responde de los daños y perjuicios que sufra el conductor del vehículo alquilado de acuerdo con la responsabilidad contractual, aplicándose el artículo 1101 del Código civil y siguientes si la empresa arrendadora resulta responsable del accidente por falta de conformidad del alquiler o por cualquier otro incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato de alquiler, siendo la obligación principal de dicha empresa velar por el buen estado del vehículo alquilado, no pudiendo alquilar estos VMP si sufren algún tipo de daño y/o no sirven para la circulación.

El arrendatario conductor del VMP al reclamar contra la empresa arrendadora podrá instrumentar su reclamación vía el mencionado régimen de responsabilidad objetiva de la LGDCU o vía el citado régimen de responsabilidad contractual del Código civil, así como también podrá reclamar por ambas vías, eligiendo una como vía subsidiaría, al establecer el artículo 128 de la LGDCU su derecho a ser indemnizado y que las acciones reconocidas en la LGDCU no afectan otros derechos que pueda tener dicho perjudicado a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual o extracontractual aplicable.

El régimen de responsabilidad objetiva por daños causados por servicios defectuosos implica que el arrendatario conductor del VMP tendrá que probar cuál es la acción u omisión de la empresa arrendadora que ha causado el accidente, no siendo suficiente alegar sólo que el daño se produjo mientras conducía el vehículo alquilado.

Este régimen supone la ventaja de la inversión de la carga de la prueba pues, una vez que el arrendatario conductor del VMP prueba que la acción u omisión de la empresa de alquiler fue la causa del accidente, dicha empresa sólo podrá exonerarse de su supuesta responsabilidad probando el cumplimiento de las referidas exigencias, requisitos, cuidados y diligencias.

Teniendo en cuenta que los VMP no son vehículos a motor ni son servicios de transporte, no es de aplicación el régimen especial de responsabilidad del artículo 148 LDGCU por el cual los prestadores de servicios responden frente a los consumidores de los daños originados en el correcto uso de los servicios, pues, como opina PEÑA LÓPEZ los servicios de alquiler de VMP no encajan en las categorías del ámbito de aplicación de dicho artículo[24].

Al reclamar el arrendatario conductor del VMP a la empresa de alquiler los daños y perjuicios alegando la responsabilidad por daños causados por servicios defectuosos del artículo 147 de la LGDCU entra en juego la aplicación del artículo 130 de la LGDCU sobre la ineficacia de las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad, por lo que resultan ineficaces frente al arrendatario conduc-

tor del VMP alquilado perjudicado las cláusulas de exoneración o de limitación de responsabilidad civil que la empresa arrendadora haya podido incluir en el contrato de alquiler.

También se aplicará lo regulado en el artículo 86.2 de la LGDCU considerándose abusivas las cláusulas que limiten o priven al arrendatario conductor del VMP, como la exclusión o limitación de la responsabilidad de la empresa de alquiler del VMP en el cumplimiento del contrato por los daños o por la muerte o por las lesiones causadas a dicho arrendatario conductor por una acción u omisión de esta empresa.

Antes de que el arrendatario conductor alquile el VMP a la empresa arrendadora, esta empresa deberá facilitarle de forma clara, comprensible y accesible toda la información sobre las características principales de los servicios según lo establecido en el artículo 60 de la LDGCU, por lo que la falta de esta información podrá determinar la responsabilidad de la empresa arrendadora del VMP si el arrendatario conductor prueba que esta falta de información causó el accidente, además de constituir un claro incumplimiento contractual que hará responder a dicha empresa bajo la responsabilidad contractual del artículo 1101 del Código civil.

El arrendatario conductor del VMP deberá probar que la empresa arrendadora, antes de entregárselo, incumplió alguna de las obligaciones del contrato de arrendamiento, como por ejemplo la mencionada de informar al arrendatario sobre las características y funcionamiento del VMP, la de entregar el VMP adecuado para servir al uso pactado y la de proporcionar a dicho arrendatario los elementos de seguridad precisos para circular con el VMP alquilado.

Nuestro ordenamiento jurídico por ahora no exige ninguna autorización administrativa para circular con VMP, por lo que la forma en que la empresa arrendadora del VMP cumple con su obligación de informar al arrendatario conductor del VMP sobre las características y funcionamiento del VMP alquilado podrá dar lugar a un incumplimiento base de la responsabilidad contractual si el arrendatario conductor prueba que el accidente sufrido fue causado por una falta de información.

En relación con el cumplimiento de los requisitos de información es de destacar que, entre otras obligaciones, en el artículo 60 de la LDGCU se incluye expresamente que la empresa arrendadora del VMP deberá indicarle al arrendatario sobre la lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, cuando no sea aquella en la se le ha ofrecido la información previa a la contratación, incumbiendo a esta empresa de alquiler la carga de la prueba en relación con el cumplimiento de estos requisitos.

Será exigible a la empresa arrendadora del VMP la responsabilidad del accidente si se prueba que se ha producido porque el VMP alquilado no ha funcionado como debía o se ha roto por un defecto o falta del debido mantenimiento, ya que el VMP entregado al arrendatario conductor no era el adecuado para servir al uso pactado en el contrato de arrendamiento. En este caso la empresa de alquiler del VMP no será responsable si prueba que el accidente sufrido no se debe a dicho defecto o falta de mantenimiento, sino que fue provocado por el uso incorrecto del VMP por su arrendatario, por culpa de un tercero, por caso fortuito y/o por el estado de la vía dónde ocurrió el accidente.

En cada reclamación habrá que comprobar que elementos de seguridad tenía que haber entregado la empresa arrendadora al arrendatario conductor para poder circular con el VMP alquilado según la normativa aplicable y el contrato de alquiler de dicho vehículo, siendo necesario probar cómo esta falta de elementos de seguridad ha afectado al accidente sufrido por dicho arrendatario conductor.

Puede ocurrir que el accidente sufrido por el arrendatario conductor del VMP sea causado tanto por incumplimiento de éste conductor como por el incumplimiento de las obligaciones de la empresa arrendadora del vehículo, por lo que será aplicable la alegación de la concurrencia de culpas de dicho conductor del VMP y de esta empresa de alquiler, reduciéndose entonces la indemnización proporcionalmente a cada uno de estos incumplimientos según la prueba aportada.

### III.2. Responsabilidad civil de la empresa arrendadora del VMP por reclamación de tercero

Examinamos cómo reclamar a la empresa arrendadora del VMP cuando quien sufre el daño en el accidente es un tercero distinto del arrendatario conductor de dicho vehículo. Este accidente puede ser resultado de una colisión del VMP con otros vehículos (ya sean vehículos a motor, ciclomotores, ciclos, bicicletas de pedales con pedaleo asistido o VPM) y/o con un peatón o de abandonar el VMP en la calle o calzada provocando la caída de un peatón.

Cuando sucede cualquiera de estos accidentes nos planteamos que alternativas de reclamación tiene el tercero que ha sufrido los daños contra la empresa arrendadora del VMP y/o propietaria de este vehículo y su correspondiente aseguradora.

Lo primero que comprobamos es si son de aplicación los regímenes de responsabilidad por daños originados en servicios a consumidores de los artículos 147 y 148 de la LGDCU al tratarse de una empresa prestadora de servicios de alquiler de VMP y, además, si resultan de aplicación los artículos 137 y 138 de la LGDCU y siguientes si el VMP alquilado resultase un producto defectuoso.

En cuanto a la posibilidad de basar en los artículos 147 y 148 de la LGDCU la reclamación del tercero contra la empresa arrendadora del VMP, la descartamos puesto que estos artículos regulan la responsabilidad de los prestadores de servicios respecto de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, es decir, los arrendatarios conductores de los VMP alquilados, y, por tanto, el tercero queda excluido al no tener la condición de consumidor y usuario en este contexto.

Respecto a la posible reclamación del tercero contra la empresa arrendadora del VMP por ser un producto defectuoso, aunque la empresa de alquiler no sea su fabricante/productor, se podría entender que esta empresa es parte de la cadena de distribución del vehículo alquilado como su proveedor si el correspondiente productor no puede ser identificado a los efectos de los artículos 7 y 138.2 de la LGDCU. Exigir esta responsabilidad de la empresa arrendadora del VMP defectuoso se encuentra con la dificultad de acreditar por el tercero reclamante que el accidente fue consecuencia del defecto del VMP alquilado y que dicho defecto era preexistente al alquiler, es decir, no derivado del mal mantenimiento del VMP por

la empresa de alquiler. Estas pruebas pueden resultar muy difíciles de instrumentar o no aplicables, por lo que también descartamos esta vía de reclamación.

Por tanto, para instrumentar nuestra reclamación de tercero contra la empresa arrendadora del VMP nos queda acudir al régimen de responsabilidad cuando sufre los daños y perjuicios un tercero, en concreto al régimen de responsabilidad civil extracontractual subjetiva del artículo 1902 del Código civil por hecho propio, y para ello el tercero reclamante tendrá que probar que el accidente sufrido y el correspondiente daño fue causado por una acción u omisión interviniendo culpa o negligencia de la empresa de alquiler del VMP.

Por ello la SAP de Baleares (Secc. 4ª) de 27 de enero de 2021 indica que no procede la responsabilidad de la empresa arrendadora y propietaria del patinete eléctrico pues no se especifica en la demanda cuál es la actuación de esta entidad que resulte determinante del accidente, pues no consta que el vehículo presentara ninguna deficiencia en su funcionamiento que pudiera haber provocado o favorecido la colisión, siendo conocido que la responsabilidad por culpa extracontractual requiere para su apreciación, la concurrencia de una acción u omisión objetivamente imputable al agente, la culpa o negligencia por parte de éste, la realidad del daño causado y el nexo o relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño causado.

En cuanto a la posibilidad de alegar por el tercero en su reclamación contra la empresa arrendadora del VMP la aplicación del régimen de responsabilidad civil extracontractual subjetiva por hecho ajeno del artículo 1903 del Código civil, hay que tener presente que nuestra jurisprudencia ha establecido que esta responsabilidad encuentra su fundamento en la culpa *in eligendo* o *in vigilando* en base a que la empresa que se beneficia de su actividad debe responder de los daños que ocasione. Por tanto, se podrá instrumentar dicha reclamación si se consigue probar que la empresa de alquiler y/o sus empleados en el desarrollo de su actividad de alquiler incurrieron en culpa o negligencia, pero no se podrá incluir bajo esta responsabilidad por hecho ajeno el accidente si es exclusivamente causado por la imprudencia del arrendatario conductor del VMP pues la empresa de alquiler no responde de los actos u omisiones de su cliente.

En relación con la aplicación del artículo 1903 del Código civil con fundamento en la culpa *in eligendo,* hay que resaltar que la normativa vigente no exige ningún tipo de formación vial ni autorización para la conducción de los VMP, por lo que la acreditación de la capacitación de los arrendatarios conductores para la conducción de los VMP alquilados y del cumplimiento de las obligaciones de la empresa arrendadora y/o de sus empleados en el desarrollo de la actividad de alquiler dependerá de cómo decidan estas empresas instrumentar sus alquileres y de cómo evolucione su criterio tras las sentencias que se vayan dictando por nuestros jueces y tribunales en las reclamaciones que se instrumenten contra las empresas propietarias y/o arrendadoras por estos accidentes con VMP.

En la reclamación el tercero tendrá que probar que los daños y perjuicios sufridos fueron causados por una acción u omisión interviniendo culpa o negligencia de la empresa arrendadora y/o sus empleados, siendo aplicable todo lo relativo al deber de diligencia de la empresa de alquiler del VMP, pues si probamos que esta empresa y/o sus empleados fueron negligentes en su actuación serán responsables.

Se podrá imputar responsabilidad a la empresa de alquiler del VMP si se prueba que el accidente sufrido por el tercero ha sido causado por la acción o la omisión culposa o negligente de dicha empresa y/o sus empleados ocurridas antes de entregar el VMP al arrendatario conductor o después, cuando el VMP ya lo tiene el arrendatario conductor, si la empresa arrendadora de acuerdo con la normativa aplicable y/o el contrato con el arrendatario conductor del vehículo tiene el deber de controlar determinadas acciones de dicho arrendatario. Por ejemplo, cuando el accidente que sufre el tercero es ocasionado por la conducción del VMP por persona que no reúne las condiciones precisas para dicha conducción, por el abandono del vehículo en lugar no habilitado al efecto, por la falta de información sobre el manejo o funcionamiento del VMP o por fallo o defecto del mismo.

En estos supuestos, además de probar la existencia de estas acciones u omisiones, será preciso probar la existencia de nexo causal entre la acción u omisión culposa o negligente de la empresa de alquiler y/o sus empleados y el accidente sufrido por el tercero para que esta empresa sea responsable del accidente, ya que, como indica PEÑA LOPEZ, se podrá cuestionar dicho nexo causal si se prueba, por ejemplo que la empresa arrendadora incumplió sus deberes de información acerca de cómo circular en la ciudad, pero el accidente fue ocasionado por un conductor habitual de VMP que conocía perfectamente el funcionamiento del vehículo y las ordenanzas de tráfico locales[25].

A las empresas arrendadoras de VMP para la prestación de sus servicios se les exige la obligación de suscribir un seguro de responsabilidad civil para cubrir los posibles daños y/o lesiones a terceros que ocasione el uso del VMP alquilado. Por lo tanto, el tercero que es víctima de un accidente con el VMP alquilado también podrá reclamar a la aseguradora de la correspondiente empresa de alquiler por los daños y perjuicios sufridos en base a los artículos 18, 19, 20, 73 y 76 de la LCS, regulando en el artículo 76 de la LCS la acción directa del perjudicado o sus herederos contra la aseguradora para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar. Cuando el tercero opte por reclamar a la aseguradora de la empresa arrendadora podrá además reclamar los intereses del artículo 20 de la LCS en el supuesto de que la aseguradora no pague las cantidades reclamadas y si se cumplen los requisitos de dicho artículo. No obstante, estos seguros de responsabilidad civil obligatorios para las empresas arrendadoras suelen estar limitados cuantitativamente y/o contener exclusiones por lo que es conveniente antes de iniciar una acción directa conocer el contenido del contrato de seguro suscrito.

En un accidente con intervención de un VMP alquilado donde proceda la supuesta responsabilidad de su conductor y de la empresa arrendadora del vehículo, cuando se pueda optar por demandar sólo a la compañía aseguradora de la empresa de alquiler responsable vía aplicación del artículo 76 de la LCS, es conveniente considerar demandar también al conductor del VMP alquilado pues podría ocurrir que se desestime la reclamación contra la aseguradora si se prueba la culpa exclusiva del conductor del VMP en el accidente.

En este sentido, la SAP de Barcelona (Secc. 11ª) de 31 enero de 2022 establece que se debió reclamar al conductor del VMP vía el artículo 1902 del Código civil pues se acreditó que su negligencia fue la única causa del accidente no procediendo la responsabilidad de la empresa aseguradora en virtud del artículo 76 de la LCS, acción directa, pues no se probó el mal desempeño de las funciones de los

empleados de la empresa de alquiler del VMP o que el accidente se produjese por el mal funcionamiento del VMP.

Es importante destacar que el tercero, que sufre daños y perjuicios como consecuencia de un accidente en el que es parte un VMP alquilado, podrá aplicar en su reclamación respecto a los daños y perjuicios causados por este vehículo el correspondiente régimen de responsabilidad civil extracontractual subjetiva, pero hasta que no se apruebe regulación específica al respecto no podrá aplicar el régimen de responsabilidad objetiva propio de la responsabilidad civil automovilística establecido por el TLRCSCVM pues el VMP no es un vehículo a motor. Como hemos visto en el análisis del Proyecto de Ley está en ciernes dicha regulación específica para que si se puede aplicar a estos accidentes dicho régimen de responsabilidad objetiva.

Mientras se aprueba dicha regulación específica, el régimen objetivo del TRLRCSCVM entrará exclusivamente en juego si en el accidente no sólo interviene un VMP sino que también interviene un vehículo a motor como otro causante del daño que sufre el tercero, por lo que se tendrá que aplicar la concurrencia de culpas si resultan responsables del accidente tanto el conductor arrendatario del VMP y/o la empresa de alquiler del VMP como el conductor del vehículo a motor, instrumentándose la reclamación del tercero contra el conductor arrendatario del VMP y/o la empresa de alquiler, según proceda, en base a la responsabilidad civil extracontractual y contra el conductor del vehículo a motor en base a la responsabilidad civil objetiva automovilística.

En este análisis nos queda plantear si el tercero podrá reclamar a la empresa arrendadora en su condición de propietario del VMP alquilado. Cuando se trata de vehículos a motor el propietario responderá en virtud de los artículos 1903 del Código civil y 120.5 Código penal pues son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente, las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos cometidos en la utilización de aquellos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas.

Según esta regulación la responsabilidad civil del propietario del vehículo a motor es subjetiva y por el riesgo que supone la circulación del vehículo a motor. Respecto a la responsabilidad civil del propietario en el anterior apartado II.2.B., sobre sentencias de responsabilidad civil de aseguradoras de conductores de VMP, hemos tratado que la SAP de Madrid (Secc. 20ª) de 26 de noviembre de 2018 entiende que, una vez que queda probado que el accidente se ha producido por un deficiente manejo del VMP, dicha actuación genera responsabilidad civil no sólo para dicho conductor sino también para el propietario y derivativamente para su aseguradora por estar incluida esa responsabilidad dentro de la cobertura del seguro contratado, respondiendo la aseguradora vía el artículo 73 de la LCS.

La STS de 18 mayo de 2017 en relación con STS de 16 diciembre de 2008, al tratar la responsabilidad por riesgo que crea la conducción de un vehículo a motor, ha establecido un criterio de imputación de la responsabilidad derivada de daños a las personas causados con motivo de la circulación fundado en el principio objetivo de la creación de riesgo por la conducción. Este principio solamente excluye la imputación cuando se interfiere en la cadena causal la conducta o la negligencia del perjudicado (si los daños se deben únicamente a ella) o una fuer-

za mayor extraña a la conducción y al funcionamiento del vehículo, salvo, en el primer caso, que concurra también negligencia del conductor, pues entonces procede la equitativa moderación de la responsabilidad y el reparto de la cuantía de la indemnización. El riesgo específico de la circulación aparece así contemplado expresamente en la ley como título de atribución de la responsabilidad, frente a la tradicional responsabilidad por culpa o subjetiva en que el título de imputación es la negligencia del agente causante del resultado dañoso.

Los VMP no son vehículos a motor, pero si podría interpretarse que son vehículos susceptibles de crear riesgos, el riesgo que implica su conducción al igual que supone un riesgo la conducción de un vehículo a motor. Por tanto, al amparo de los artículos 1903 del Código civil y 120.5 del Código penal se podría plantear que la empresa alquiler responda en su condición de propietaria del VMP alquilado.

En cuanto a la aplicación del artículo 120.5 del Código Penal, vemos que este artículo se refiere a vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, no se refiere a vehículos a motor sino a vehículos, y a delitos cometidos en la utilización de los referidos vehículos, por tanto, también aplicable a delitos cometidos por VMP. PALOMINO MORALEDA, al analizar la SAP de Zaragoza (Secc. 1ª) de 21 abril de 2023, reflexiona sobre la diferente fundamentación que el riesgo supone en la responsabilidad civil y en la penal, indicando que en este caso siguiendo la teoría del riesgo será civilmente responsable quien genere un riesgo excesivo, aunque el mismo sea lícito, toda vez que genera culpa civil[26].

Es discutible la interpretación extensiva de la dependencia vía aplicación del artículo 1903 del Código civil en conexión con este artículo 120.5 del Código penal, pues se puede defender que el artículo 1903 del Código civil describe unos supuestos en los que la relación de dependencia se justifica por una relación especial cuya existencia puede ser discutida respecto a la empresa arrendadora propietaria de los VMP y el conductor del VMP que se lo ha alquilado.

Respecto a la responsabilidad de la empresa arrendadora aplicando el criterio del riesgo, la STS de 24 septiembre de 2009 indicó que el artículo 1903 del Código civil no puede aplicarse porque no concurre ninguno de los requisitos que la misma exige para que surja para el empresario la obligación de responder por hechos ajenos, que consisten en la causación de un daño por un dependiente y que este daño se haya originado "en el servicio de los ramos" en que los dependientes estuvieran empleados o con ocasión de sus funciones.

La STS de 14 de marzo de 2011 aclaró que la doctrina del riesgo no elimina la necesidad de acreditar la existencia de una acción u omisión culposa a la que se pueda causalmente imputar el resultado lesivo, sin perjuicio de que, para apreciar la concurrencia del elemento subjetivo, deba de tenerse en cuenta que un riesgo mayor conlleva un deber de previsión mayor por parte de quien lo crea o aumenta.

En virtud de este régimen de responsabilidad subjetiva el criterio de atribución de responsabilidad civil en los accidentes en los que participe un VMP será la culpa o negligencia, pero también habrá que tener en cuenta la posibilidad de aplicar la teoría del riesgo cuando los VMP sean alquilados a una empresa de *sharing* y el conductor del VMP cause daños a terceros ya que a día de hoy nuestra jurisprudencia está dividida.

Existen casos en los que se resuelve que sólo es responsable la empresa arrendadora que alquila el VMP si se acredita su culpa en el accidente, pues no alcanza la responsabilidad del arrendatario conductor del VMP por sus propios actos a la empresa arrendadora, ya que entienden que ni el riesgo es un criterio de imputación de culpa ni el artículo 1903 del Código civil cobija la responsabilidad de la propiedad del vehículo (SAP de Baleares (Secc. 4ª) de 27 de enero de 2021 y la SAP de Barcelona (Secc. 11ª) de 31 enero de 2022).

Pero hay otros supuestos en los que nuestra jurisprudencia aprecia que hay responsabilidad de la empresa arrendadora del VMP al entender que hay responsabilidad basada en el riesgo que implica alquilar dicho vehículo, pues se trata de una actividad de riesgo (SAP de Zaragoza (Secc. 5ª) de 21 de abril de 2023) resaltando la facilidad de acceder al servicio de alquiler de un VMP sin garantizar que el conductor tenga la formación vial precisa para circular con dicho vehículo, o basada en que quién alquila un VMP está obteniendo un beneficio de dicho alquiler por lo que podrá proceder la responsabilidad civil derivada del desarrollo de una actividad empresarial, ya que quien se beneficia de esta actividad habrá de responder de los perjuicios que irrogue (SAP de Baleares (Secc. 3ª) de 8 de octubre de 2009).

HURTADO YELO, respecto a esta responsabilidad de la empresa arrendadora del VMP por el lucro que obtiene en su actividad, al analizar la SAP de Baleares (Secc. 3ª) de 8 de octubre de 2009 indica que sí considera que la persona que se dedica al alquiler de un VMP responde de los daños producidos por su conductor, pues obtiene un lucro por dicho alquiler, alcanzándole la responsabilidad contemplada en los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, no se discute la responsabilidad del conductor del patinete eléctrico en la causación de aquellos y dicho codemandado no alega causa alguna de exoneración de responsabilidad[27].

Pasamos a analizar nuestra jurisprudencia al respecto ya que no hay consenso respecto a la responsabilidad del arrendador de VMP que explota comercialmente el uso de los mismos.

### III.3. Tratamiento Jurisprudencial

#### *III.3.A. Sentencias de la responsabilidad civil de la empresa arrendadora del VMP por aplicación del criterio del riesgo*

En las reclamaciones de accidentes en los que están involucrados VMP alquilados, algunas Audiencias Provinciales condenan a las empresas propietarias y/o arrendadoras de estos VMP y/o a sus aseguradoras al estimar la responsabilidad civil extracontractual, al amparo de los artículos 1902 del Código civil y 1903 del Código civil, aplicando el criterio del riesgo pues consideran que la circulación de los VMP alquilados implica un riesgo del que obtienen un lucro. Esta atribución de la responsabilidad no ha sido aceptada por otras Audiencias Provinciales que entienden que el alquiler de un VMP no implica una actividad especialmente peligrosa a efectos de aplicación del criterio del riesgo.

La SAP de Barcelona (Secc. 17ª) de 11 de junio de 2019 estima la responsabilidad de la empresa arrendadora de bicicletas, patinetes y vehículos eléctricos

para turistas en Barcelona y de su aseguradora por el atropello de una menor que estaba en la terraza de un bar por un turista con bicicleta eléctrica alquilada. La Sala considera la responsabilidad de la empresa arrendadora no sólo por el artículo 1902 del Código civil sino también por el artículo 1903 del Código civil, por culpa *in eligendo*, por no valorar correctamente la idoneidad del conductor arrendatario de la bicicleta eléctrica alquilada y la responsabilidad derivada del desarrollo de una actividad empresarial de la que se obtiene lucro, aplicando la responsabilidad de su aseguradora en virtud del artículo 76 de la LCS. El Juez de instancia desestimó la demanda porque no apreció responsabilidad de la empresa arrendadora, el actor es quien debe probar la culpa o falta de diligencia de los empleados de la empresa arrendadora pues el alquiler no implica un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios y, además, no se puede achacar responsabilidad a la demandada por el mero hecho de obtener beneficios económicos de su actividad. El Juzgador de instancia también consideró que, según la prueba aportada, el atropello se produjo por la actuación voluntaria de la conductora de la bicicleta al conducir a una velocidad inadecuada a la zona en la que se hallaba y, además, el daño no fue debido a una dejación de competencias de la empresa demandada, ni es la actividad a que se dedica la que lo causa, sino una conducta concreta de un tercero. La Sala discrepa con dichos argumentos pues entiende que la jurisprudencia ha señalado que la responsabilidad del empresario por hecho ajeno prevista en el artículo 1903 del Código civil, encuentra fundamento bien en la culpa *in eligendo o in vigilando*, bien en el principio según el cual quien se beneficia de una actividad empresarial debe responder de los daños ocasionados en su ámbito, bien en la presunción de creación de un riesgo.

La SAP de Baleares (Secc. 3ª) de 8 de octubre de 2009 estima el recurso de apelación, revocando la sentencia desestimatoria, pues confirma la responsabilidad de la parte demandada, arrendador y propietario del VMP, patinete eléctrico, y de su aseguradora por los daños materiales causados por el patinete eléctrico alquilado al chocar con el vehículo a motor de la parte actora. La Sala entiende la responsabilidad del propietario del patinete eléctrico y de su aseguradora, del primer codemandado al dedicarse al alquiler de estos vehículos, obteniendo un lucro por ello en base a los artículos 1902 y siguientes del Código civil y no cuestionar dicho codemandado ni el accidente ni la responsabilidad del conductor arrendatario del VMP y habiéndose probado los daños y la titularidad del patinete eléctrico sin alegar causa alguna de exoneración de responsabilidad por el propietario arrendador.

La SAP Zaragoza (Secc. 5ª) de 21 de abril de 2023 estima el recurso de apelación para revocar la sentencia de instancia, pues sólo condenaba al conductor del VMP, patinete eléctrico alquilado, que choca con un vehículo a motor y le causa daños materiales y lesiones al conductor del vehículo a motor, para condenar solidariamente a la entidad arrendadora y propietaria del patinete eléctrico. Al ser un VMP alquilado se reclama a la empresa arrendadora y propietaria, también a su aseguradora, por responsabilidad por culpa *in eligendo* al explotar la actividad de alquiler de VMP. La Audiencia entiende que responden solidariamente el conductor del patinete eléctrico VMP y la empresa arrendadora de dicho vehículo por la teoría del riesgo pues estos vehículos son aptos para crear serias situaciones de riesgo en la circulación. Destaca la Sala que resulta determinante que para la

explotación de este negocio de alquiler de VMP el pliego de condiciones técnicas imponga un seguro que cubra los daños tanto de los conductores de estos vehículos como para los terceros en general, pues la normativa municipal constata la situación de peligro que impone a los que exploten la actividad singulares riesgos de elección de los usuarios de sus vehículos alquilados y les extiende la responsabilidad de los mismos, siendo una clara valoración de la actividad arriesgada que permite la inversión de la carga de la prueba para que la empresa arrendadora propietaria acredite que cumplió con diligencia la elección del arrendatario para asegurarse que conocía el funcionamiento del VMP y las normas de circulación. Respecto a este riesgo la Sala argumenta que la actividad ejercida por la entidad propietaria de los VMP puede ser considerada una actividad de riesgo porque no parece realizar una discriminación individualizada de sus clientes, sólo rellenan formulario electrónico, y se aceptan sin tener la certeza de si el arrendatario conoce el funcionamiento del vehículo alquilado y las reglas de circulación en la ciudad.

Compartimos el tratamiento que la citada SAP de Zaragoza (Secc. 5ª) de 21 de abril de 2023 realiza de la aplicación de la teoría del riesgo por el riesgo que implica la actividad que explota la empresa arrendadora propietaria de los VMP por el riesgo que implica la circulación de estos vehículos, siendo condenado por hecho propio en aplicación del artículo 1902 de Código civil y no por hecho ajeno en virtud del artículo 1903 del Código civil. La empresa propietaria del VMP, que se lucra por el alquiler de este vehículo, está generando un riesgo al alquilarlo pues será conducido por un conductor que podrá o no cumplir con la LTSV y, más teniendo presente que para circular con los VMP no se exige ningún tipo de autorización administrativa y tampoco ningún tipo de formación vial, por lo que consideramos que la conducción del vehículo alquilado entraña un riesgo considerablemente superior al estándar. Nuestro Tribunal Supremo ya lo apuntó para la responsabilidad por riesgo que crea la conducción de un vehículo a motor, por lo que entendemos que también puede aplicarse a los VMP en cuanto la obligación de sus conductores de cumplir con la LTSV al conducir vehículos en nuestras calzadas.

### *III.3.B. Sentencias de la responsabilidad de la empresa arrendadora del VMP y la prueba del cumplimiento de sus obligaciones*

Varias Audiencias Provinciales estiman que los daños causados por negligencia del conductor arrendatario del VMP no implican la responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno del 1903 del Código civil de la empresa propietaria y/o arrendadora del VMP y/o su aseguradora cuando se acredita que dicha empresa de alquiler cumplió con sus obligaciones sin incurrir en culpa o negligencia. Por tanto, para que la empresa de alquiler sea responsable es preciso probar que el accidente se produjo como consecuencia de un incumplimiento de sus obligaciones o las de sus empleados.

La SAP de Baleares (Secc. 4ª) de 27 de enero de 2021 indica que de la prueba practicada en el procedimiento resulta la responsabilidad exclusiva del arrendatario conductor del VMP, patinete eléctrico, y, por ello, no procede la responsabi-

lidad de la empresa arrendadora y propietaria del patinete eléctrico al no apreciarse la culpa *in vigilando o in eligendo* del artículo 1903 del Código civil en la actuación de esta empresa ni ser atribuida la misma por el peatón atropellado. Se planteó la demanda sólo contra la empresa propietaria y arrendadora del VMP sin explicar que acción u omisión de esta empresa fue la que causó el accidente. En el procedimiento se acredita la culpa del arrendatario conductor del patinete eléctrico al perder el control del vehículo cuando circulaba en dirección prohibida embistiendo al peatón que caminaba por la calzada junto a la acera, pero no se prueba la actuación u omisión de la empresa arrendadora del patinete eléctrico ni que el estado de este vehículo o su funcionamiento fuese la causa del accidente. La Sala aclara respecto a la falta de responsabilidad de la empresa arrendadora y propietaria que el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones ha declarado que el riesgo no puede erigirse en criterio de responsabilidad y que la aplicación de la doctrina del riesgo, que solo es posible en supuestos de riesgos extraordinarios, no implica una responsabilidad objetiva fundada en el resultado o en el propio riesgo creado sino que, sin prescindir del elemento esencial de la culpa, a lo más que llega es aceptar la aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia a daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando éste está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole. Incluyendo como ejemplo referencia a la STS del 14 de marzo de 2011 que añade que la doctrina del riesgo no elimina la necesidad de acreditar la existencia de una acción u omisión culposa a la que se pueda causalmente imputar el resultado lesivo, sin perjuicio, eso sí, de que, en orden a apreciar la concurrencia del elemento subjetivo o culpabilístico, deba de tenerse en cuenta que un riesgo mayor conlleva un deber de previsión mayor por parte de quien lo crea o aumenta.

La SAP de Barcelona (Secc. 11ª) de 31 de enero de 2022 estima el recurso de apelación interpuesto por la compañía aseguradora, revocando íntegramente la sentencia de instancia, absolviendo a dicha aseguradora. El peatón fue golpeado por un VMP, patinete eléctrico, cuando caminaba por el Moll d'Espanya de Barcelona, siendo el vehículo propiedad de VIP RENTAL BARCELONA, S.L. y estando asegurada la responsabilidad civil por la compañía aseguradora WR BERKLEY EUROPE AG SUCURSAL EN ESPAÑA. La Sala señala que el núcleo del litigio es determinar si el daño sufrido por el peatón al ser golpeado por el vehículo asegurado debe ser indemnizado por la compañía aseguradora con cargo a la póliza por ser civilmente responsable del accidente sufrido la asegurada VIP RENTAL BARCELONA SL y sus empleados en el desempeño de sus funciones y deberes. La Sala destaca que como no se alegó la cláusula de exclusión, se podría aceptar la cobertura del daño sufrido por la peatón si el golpe lo hubiera recibido cuando alguno de los empleados de la citada empresa estuviera manejando el patinete eléctrico o si fuese como consecuencia de un defectuoso funcionamiento del patinete, pero se acreditada en la demanda que fue el negligente manejo del conductor del VMP, quien había alquilado dicho vehículo a VIP RENTAL, quien provocó los daños a la peatón, quedando esta conducta fuera de la cobertura de la póliza. Se estima que no se le puede imputar responsabilidad a la empresa propietaria y arrendadora del patinete eléctrico, ni a su personal, por lo que tampoco a la compañía aseguradora del atropello del peatón. Como se presentó la demanda sólo

contra la aseguradora vía acción la directa (artículos 1, 73 y 76 de la LCS) la Sala entiende que está acreditado en el procedimiento que el atropello del peatón se produjo por el negligente manejo del arrendatario conductor del patinete eléctrico siendo el único responsable conforme al artículo 1902 del Código civil, pues dicho conductor es ajeno al ámbito de organización y control de la empresa propietaria y arrendadora del patinete eléctrico.

### *III.3.C. Sentencias de la responsabilidad de la empresa vendedora del VMP defectuoso*

Al no encontrar sentencias de Audiencias Provinciales en las que se reclame contra la empresa arrendadora del VMP vía el régimen de responsabilidad objetiva de la LGDCU por daños causados por servicios prestados al conductor arrendatario de dicho vehículo, pasamos a analizar por su interés un par de sentencias de Audiencias Provinciales donde se estima responsable a la empresa vendedora de VMP vía aplicación del régimen de responsabilidad objetiva de la LGDCU por ser el VMP, patinete eléctrico, un producto defectuoso o el demandante atropellado un consumidor.

La SAP de Málaga (Secc. 4ª) de 13 de diciembre de 2021 estima parcialmente el recurso de apelación, pues corrige el porcentaje de concurrencia de culpas aplicado por la sentencia de instancia a los codemandados, el 70% al conductor del VMP, patinete eléctrico, y el 30% a la empresa vendedora del vehículo, confirmando la responsabilidad objetiva de la empresa vendedora del VMP en el atropello sufrido por un cliente cuando otro está probando el VMP dentro de la tienda, al ser el cliente consumidor, artículo 25 y siguientes de la LGDCU, aplicando también la responsabilidad civil extracontractual de los artículos 1902 y 1903 del Código civil. Queda acreditado que el conductor del VMP actuó de forma negligente al perder el control del vehículo durante la prueba del mismo dentro del establecimiento, pero también estima la concurrencia de culpa del 50% de la empresa vendedora del VMP por incumplimiento de dicha empresa sus obligaciones de seguridad al permitir pruebas de vehículo en el pasillo de la tienda. Confirma la Sala que la empresa vendedora ha incurrido en responsabilidad, a los efectos previstos en los arts. 1.902 y 1.903 del Código civil, pues regentando un establecimiento comercial abierto al público, y constando acreditado que en la página web en la que se anuncia se invita expresamente a los clientes a probar patinetes y otros artilugios, debió extremar las medidas de seguridad para evitar riesgos, ubicando la zona de pruebas en un lugar apartado del público y convenientemente señalizado, no como en el presente supuesto por los pasillos, por los que deben transitar necesariamente los clientes al exponerse en sus laterales la mercancía.

La SAP de Logroño (Sección 1ª) de 4 de abril de 2022, ya mencionada en el apartado anterior II.2.C. sobre sentencias de responsabilidad civil relativas a compañías aseguradoras y a VMP, desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia de instancia respondiendo la empresa vendedora y fabricante de un VMP, patinete eléctrico, en virtud del artículo 137 de la LGDCU al apreciar responsabilidad por producto defectuoso por la explosión del VMP cuando se estaba cargando en la vivienda, lo que provocó daños en la misma, pues quedó probado que el patinete eléctrico no era seguro al explotar su batería. Destaca la Sala que

la empresa vendedora y fabricante no alegó ni probó que concurriese alguna causa de exoneración conforme al artículo 140 de la LGDC, ni probó que un elemento externo fuese el causante de la explosión, por lo que no habiéndose demostrado que el vehículo reuniese las condiciones de seguridad que todo producto debe ofrecer, la explosión de la batería y las consecuencias dañosas que produjo son imputables a un defecto de fabricación, al cumplirse los requisitos con los que se define un producto defectuoso a tenor del artículo 137.1 de la LGDCU.

## IV. CONCLUSIONES

Como hemos analizado, el concepto de VMP que se está construyendo en nuestra normativa es complejo al regularse y completarse a través de diversas normas, siendo parte fundamental del mismo que los VMP son vehículos, lo que también influye en su régimen de responsabilidad. Nuestros jueces, al aplicar dichas normas, confirman que los VMP como vehículos deben cumplir con el Reglamento General de Circulación y la LTSV y, por tanto, el incumplimiento de estas normas es una prueba de la culpa o negligencia del conductor del VMP que interviene en un accidente.

La conclusión del análisis de la responsabilidad civil del conductor del VMP que interviene en un accidente y/o de la empresa arrendadora/propietario del VMP es que, como regla general, responden si se prueba su culpa o negligencia en aplicación de la responsabilidad civil extracontractual subjetiva por hecho propio del artículo 1902 del Código civil y, si procede, por hecho ajeno del artículo 1903 del Código civil, pues no se presume la culpa del conductor del VMP al sólo ser vehículos y no vehículos a motor, por lo que no se les aplica el régimen de responsabilidad civil objetiva automovilística al no existir norma concreta que lo establezca.

Esto cambiará si se aprueba el Proyecto de Ley, al incluir expresamente a los VMP dentro de la definición de vehículos personales ligeros a efectos del seguro obligatorio de responsabilidad civil que crea para estos vehículos, y, además, al incluir un cambio importante para los VMP, que afecta directamente a su régimen de responsabilidad civil, pues regula que los vehículos personales ligeros que circulen por el territorio nacional estarán sujetos al régimen de responsabilidad civil y seguro del TRLRCSCVM con ciertas particularidades, por lo que se les aplicará a los VMP el régimen de responsabilidad civil objetiva automovilística en lugar del régimen de responsabilidad civil extracontractual subjetiva de los artículos 1902 y 1903 del Código civil.

En relación con la responsabilidad civil extracontractual subjetiva de la empresa arrendadora, al imputar la responsabilidad del daño causado hay que tratar por separado la conducta que causa directamente el daño, es decir, la conducción por el arrendatario del VMP alquilado, la responsabilidad por hecho propio, y la conducta de la empresa arrendadora de dicho vehículo. Respecto a esta segunda conducta será necesario probar que en el desarrollo de la actividad de alquiler por la empresa arrendadora y/o sus empleados se ha incurrido en culpa o negligencia y que existe nexo causal entre la conducta de la empresa arrendadora y/o sus empleados y la producción del daño, de tal forma que dicha culpa o negligencia obligue a la reparación reclamada. Por tanto, nos encontramos ante una cuestión

de imputación, es decir, que el daño reclamado ha sido causado por un hecho, acto u omisión, imputable a la empresa arrendadora del VMP y/o sus empleados, correspondiendo la prueba al que reclama.

La excepción al citado régimen general de responsabilidad civil extracontractual subjetiva la encontramos en la aplicación de la teoría del riesgo que ya realizan algunas de nuestras Audiencias Provinciales. Aunque los VMP han sido excluidos de la definición de vehículos a motor y se ha construido dicha teoría con base en la participación de dichos vehículos a motor, estamos de acuerdo con estas Audiencias Provinciales al entender que se les puede aplicar la teoría del riesgo a los VMP como vehículos cuya circulación genera riesgos al igual que los vehículos a motor, resultando en estos casos aplicable la presunción de la culpa con inversión de la carga de la prueba como sucede con las actividades de riesgo que no están reguladas. Esto lo confirma el hecho de que el Proyecto de Ley crea el referido seguro obligatorio de responsabilidad civil para los VMP, pues como vehículos generan riesgos, y regula también su sujeción al régimen de responsabilidad civil y seguro del TRLRCSCVM con ciertas particularidades, por lo que se les aplicará dicho régimen de responsabilidad civil objetiva automovilística. Como hemos analizado algunas Audiencias Provinciales ya han adelantado la aplicación de esta teoría del riesgo en relación con los VMP, como por ejemplo la SAP de Zaragoza (Secc. 5ª) de 21 de abril de 2023 por el riesgo que implica la actividad que explota la empresa arrendadora propietaria de los VMP en relación con el riesgo que supone la circulación de estos vehículos.

## V. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

### Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo

- STS de 16 diciembre de 2008
- STS de 24 septiembre de 2009
- STS de 14 de marzo de 2011
- STS de 18 de marzo de 2016
- STS de 18 mayo de 2017

### Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo

- STS de 19 de febrero de 2007
- STS de 22 de noviembre de 2023

### Sentencias de Audiencias Provinciales

- SAP de Burgos (Secc. 1ª) de 16 de enero de 2004
- SAP de Baleares (Secc. 3ª) de 8 de octubre de 2009
- SAP de Murcia (Secc. 5.ª) de 28 de octubre de 2014
- SAP de Álava (Secc. 1ª) de 18 de septiembre de 2017
- SAP de Madrid (Secc. 20ª) de 26 de noviembre de 2018

- SAP de Barcelona (Secc. 17ª) de 11 de junio de 2019
- SAP de Málaga (Secc. 4ª) de 30 de abril de 2020
- SAP de Valencia (Secc. 4ª) de 22 de mayo de 2020
- SAP de Valladolid (Secc. 3ª) de 5 de julio de 2020
- SAP de Baleares (Secc. 4ª) de 27 de enero de 2021
- SAP de Madrid (Secc. 8ª) de 15 de junio de 2021
- SAP de Málaga (Secc. 4ª) de 13 de diciembre de 2021
- SAP de Alicante (Secc. 4ª) de 12 de enero de 2022
- SAP de Barcelona (Secc. 11ª) de 31 enero de 2022
- SAP de Cantabria (Secc. 4ª) de 24 de febrero de 2022
- SAP de Logroño (Secc. 1ª) de 4 de abril de 2022
- SAP de Madrid (Secc. 18ª) de 29 de abril de 2022
- SAP de Pontevedra (Secc. 6ª) de 12 de mayo de 2022
- SAP de Almería (Secc. 1ª) de 6 de julio de 2022
- SAP de Lleida (Secc. 2ª) de 21 de septiembre de 2022
- SAP de Barcelona (Secc. 11ª) de 22 de septiembre de 2022
- SAP de Logroño (Secc. 1ª) de 29 de noviembre de 2022
- SAP de Baleares (Secc. 3ª) de 1 de diciembre de 2022
- SAP de Huesca (Secc. 1ª) de 31 de diciembre de 2022
- SAP de Palmas de Gran Canaria (Secc. 5ª) de 12 de abril de 2023
- SAP de Zaragoza (Secc. 5ª) de 21 de abril de 2023
- SAP de Granada (Secc. 4ª) de 29 de junio de 2023
- SAP de Valencia (Secc. 11ª) de 25 de julio de 2023

Sentencias de Juzgados de Primera Instancia

- Sentencia de JPI de Pamplona/Iruña de 5 mayo 2021
- Sentencia de JPI de Pamplona (Provincia de Navarra) de 28 de junio 2021

## VI. BIBLIOGRAFÍA

FUERTES LÓPEZ, F. J. (2021). La reforma de la Ley de Tráfico y Seguridad Vial: muchos cambios para los conductores de cualquier tipo de vehículo y para los infractores, *Revista de Derecho VLex, 2011* (núm. 211), 1-10.

GARCÍA GARNICA, M. C. y ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R. P. (2021). Régimen Jurídico y presupuestos de la responsabilidad civil automovilística. *Responsabilidad civil y valoración de los daños causados a las personas en accidentes de circulación,* Barcelona: Atelier.

HERNÁNDEZ-CARRILLO FUENTES, J. M. (2020). ¿Circular en un patinete eléctrico sin permiso o licencia de conducción es constitutivo de delito? *Sobre Responsabilidad civil y seguro Homenaje a Mariano Medina Crespo.* Madrid: Sepin, 1-9.

HURTADO YELO, J.J. (2023). El patinete eléctrico. Difícil aproximación a su consideración como vehículo de movilidad personal (VMP) o ciclomotor. *Tráfico*

*y seguridad vial, 2023 (*núm. 284), 1-8.

JIMÉNEZ MORIANO, O. (2022). Los cimientos conceptuales del seguro obligatorio del automóvil: vehículo a motor y hecho de la circulación. *La Ley Digital, 2022* (núm. 11233), 1-47.

LÓPEZ PULIDO, JP (2020) Autonomía local y seguridad vial, en la regulación por los Ayuntamientos de la circulación de los vehículos de movilidad personal. Vehículos de movilidad personal (VMP) — Ordenanzas municipales. *La Administración Práctica num.3/2020. Editorial Aranzadi,* 1-10.

MAGRO SERVET, V. (2021a). Los patinetes eléctricos en la búsqueda de su ubicación legal ¿Qué son realmente? *Tráfico y seguridad vial, 2021* (enero núm. 257), 1-10.

MARTÍNEZ NIETO, A. (2020). Nuevos límites de velocidad en el medio urbano y normas de control de la movilidad en patinetes. *Tráfico y seguridad vial, 2020 (*núm. 256), 1-3.

MORELL ALDANA, L. C. (2020a). Vehículos de movilidad personal: un comentario de urgencia a su última regulación transitoria. *Diario La Ley, 2020 (*enero núm. 9547), 1-12.

MORELL ALDANA, L. C. (2020b). A vueltas con los vehículos de movilidad personal: examen del RD 970/2020, de 10 de noviembre. *Diario La Ley, 2020* (noviembre núm. 9742) 1-9.

MORELL ALDANA, L. C. (2022a). Comentario al Dictamen 2/2021, en materia de seguridad vial (1). *Tráfico y Seguridad Vial, 2022* (enero núm. 268), 1-22.

MORELL ALDANA, L. C. (2022b). Reflexiones sobre el manual de características de los vehículos de movilidad personal y el modelo de certificación. *Diario La Ley, 2022* (febrero núm. 10001), 1-22.

MORELL ALDANA, L. C. (2023). Soluciones de movilidad sostenible personal: pronunciamientos de nuestros Tribunales. *Práctica de Derecho de Daños, 2023* (segundo trimestre núm. 155), 1-16.

PALOMINO MORALEDA, H. (2023). ¿Puede ser responsable civil el arrendador de un patinete eléctrico? A propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza núm. 2025/2023 de 21 de abril (JUR 2023/305119). *Centro de Estudio de Consumo Publicaciones Jurídicas*. (noviembre 2023) 1-5.

PEÑA LÓPEZ, F (2021). Los daños causados por los patinetes eléctricos y otros vehículos de movilidad personal: víctimas, responsables y regímenes de responsabilidad aplicables. Artículo Monográfico. Noviembre 2021. SP/DOCT/116590.

ROMERO ADAME, C., CANTERO BAYÓN, M. y SASTRE GONZÁLEZ, J. (2019). La regulación de los Patinetes Eléctricos. *Tráfico y seguridad vial, 2019* (núm. 238), 1-9.

NOTAS

[1] 2019, 1.
[2] 2020a, 1.
[3] 2020, 5.
[4] 2020, 3.
[5] 2020a, 4.
[6] 2020, 2.
[7] 2021a, 4.
[8] 2021a, 4.
[9] 2022a, 10.
[10] 2020b, 4.
[11] 2021, 6.
[12] 2021, 7.
[13] 2020, 2.
[14] 2022b, 2.
[15] 2022, 3.
[16] 2021, 7.
[17] 2021, 1.
[18] 2020a, 8.
[19] La STS 14 de febrero de 2013 trata la *doctrina de las condenas cruzadas* determinando que, si en un procedimiento judicial no queda acreditado la proporción del daño causado por cada uno de los conductores de los vehículos a motor causantes del accidente de tráfico, ambos conductores responderán del total de los daños personales causados al perjudicado en el accidente de tráfico.
[20] 2020a, 10.
[21] 2023, 3.
[22] 2023, 6.
[23] 2023, 2.
[24] 2021, 21.
[25] 2021, 19.
[26] 2020a, 1.
[27] 2023, 6.

1.7. Concursal

# Vivienda familiar y concurso de acreedores tras la Ley 16/2022, de 5 de septiembre*

## *Family housing and bankruptcy proceedings after Law 16/2022, of September 5*

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS

*Profesora Titular de Derecho Civil*

*Universidad Complutense de Madrid*

RESUMEN: La vivienda habitual es un bien embargable que se incorpora por tal motivo en la masa activa del concurso de acreedores cuando es propiedad del concursado o cuando siendo ganancial o común debe responder de obligaciones del concursado. No obstante, el cónyuge del concursado puede impedir la ejecución de la vivienda habitual mediante la solicitud de la disolución de la sociedad de gananciales y su liquidación. El cónyuge del concursado tendrá derecho a que se incluya con preferencia en su haber hasta donde este alcance, la vivienda habitual del matrimonio que tuviere carácter ganancial o común. Si excediere del importe de su haber, solo procederá la adjudicación si abonara al contado el exceso. Por otro lado, el artículo 194 TRLC establece unos derechos de adquisición del cónyuge del concursado, señalando que éste tendrá derecho a adquirir la totalidad de cada uno de los bienes gananciales o comunes incluidos en la masa activa satisfaciendo a la masa la mitad de su valor. Se trata de un derecho distinto del derecho a solicitar la disolución de la sociedad de gananciales y que puede operar sobre bienes de los que el cónyuge del concursado es copropietario en comunidad romana, sea la vivienda habitual o no. De no ejercitar alguna de estas opciones de rescate, la vivienda habitual será enajenada, bien en convenio, bien en liquidación colectiva, existiendo la posibilidad de que mediante convenio concursal que prevea quitas o esperas, se logre mantener en el patrimonio del concursado. Si el concursado persona natural solicitare la exoneración del pasivo insatisfecho mediante la aplicación de un plan de pagos, la ley prevé expresamente que el plan de

* Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación "La protección jurídica de la vivienda habitual: un enfoque global y disciplinar" con referencia PID2021-124953NB-I00, dirigido por la Catedrática de Derecho Civil, Dra. Matilde Cuena Casas.

pagos pueda extenderse cinco años cuando no prevea la enajenación de la vivienda familiar para hacer frente al pago de las deudas. Por esta vía de solución del concurso, distinta del convenio concursal y de la liquidación colectiva, también puede lograrse el rescate de la vivienda habitual.

*ABSTRACT: The habitual residence is a seizable asset that is for this reason incorporated into the assets of the bankruptcy when it is the property of the bankrupt or when, being conjugal or common, it must be liable for the obligations of the bankrupt. However, the spouse of the bankrupt may prevent the execution of habitual residence by requesting the dissolution of the community of property and its liquidation. The spouse of the bankrupt will have the right to have the habitual residence of the couple included in their credit, whether conjugal or common, to the extent possible. If it exceeds the amount of the credit, the award will only proceed if the spouse pays the excess in cash. On the other hand, article 194 TRLC establishes acquisition rights for the spouse of the bankrupt, stating that he or she will have the right to acquire all of each of the marital or common assets included in the active estate, paying half of its value to the estate. This is a right different from the right to request the dissolution of the community of property and which can operate on property of which the spouse of the bankrupt is a co-owner in a Roman community, whether or not it consists of habitual residence. If any of these rescue options are not exercised, the habitual residence will be sold, either in agreement or in collective liquidation, with the possibility that through a bankruptcy agreement that provides for reduction of credits or waits, it can be maintained in the assets. of the bankrupt. If the bankrupt natural person requests the exoneration of the unsatisfied liability through the application of a payment plan, the law expressly provides that the payment plan may be extended for five years when it does not provide for the sale of the family home to pay the debts. By this means of resolving the bankruptcy, different from the bankruptcy agreement and the collective liquidation, the rescue of the habitual residence can also be achieved.*

PALABRAS CLAVE: concurso de acreedores, vivienda habitual, convenio, liquidación, plan de pagos

*KEY WORDS: bankruptcy, habitual housing, agreement, liquidation, payment plan*

*SUMARIO.* I. INTRODUCCIÓN.—II. LA VIVIENDA HABITUAL DEL CONCURSADO COMO PARTE DE LA MASA ACTIVA DEL CONCURSO.—III. FACULTADES DEL CÓNYUGE DEL CONCURSADO PARA RESCATAR LA VIVIENDA HABITUAL.—IV. LA VIVIENDA HABITUAL NO HIPOTECADA EN EL CONVENIO O EN LA LIQUIDACIÓN CONCURSAL. 1. Propuesta de convenio. 2. Apertura de la liquidación concursal.—V. VIVIENDA HABITUAL Y EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO MEDIANTE UN PLAN DE PAGOS.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

Tras la entrada en vigor de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre por la que se incorporó al ordenamiento español la Directiva de Reestructuración e Insolvencia

(Directiva 2019/1023, de 20 de junio de 2019), el régimen jurídico de la vivienda familiar en el concurso de acreedores se ha visto modificado sustancialmente en la medida en que se ha suprimido el acuerdo extrajudicial de pagos y se ha incorporado una exoneración del pasivo insatisfecho que permite expresamente conservar la vivienda habitual si el plan de pagos se extiende durante 5 años.

El presente artículo pretende estudiar la situación en que puede quedar la vivienda familiar en las distintas fases del concurso de persona física cuando no está gravada con hipoteca.

## II. LA VIVIENDA HABITUAL DEL CONCURSADO COMO PARTE DE LA MASA ACTIVA DEL CONCURSO

De acuerdo con el artículo 192 TRLC, la masa activa del concurso está constituida por la totalidad de los bienes y derechos integrados en el patrimonio del concursado a la fecha de la declaración de concurso y por los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento, exceptuándose los bienes legalmente inembargables entre los que no se encuentra la vivienda habitual (arts. 605 a 607 LEC)[1].

Por lo tanto, la vivienda habitual del concursado ha de incluirse en el inventario de la masa activa del concurso (art. 198.1 TRLC)[2].

Si el concursado estuviere casado, se incluyen en la masa activa sus bienes privativos y entre ellos la vivienda habitual, si esta perteneciese en su totalidad al concursado (art. 193.1 TRLC). Si el concursado estuviese casado en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes y la vivienda fuese ganancial, de acuerdo con el artículo 193.2 TRLC, se incluirá en la masa activa "cuando los bienes gananciales o comunes deban responder de deudas del concursado", lo que puede ocurrir por aplicación del artículo 1369 CC (solidariamente) o del artículo 1373 CC (subsidiariamente), lo que conduce necesariamente a la inclusión de la vivienda familiar en la masa activa del concurso[3].

Junto a ello el artículo 251.2 TRLC señala que "en caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, los créditos contra el cónyuge del concursado que sean además créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal, quedarán de derecho integrados en la masa activa", lo que es una exigencia correlativa de la inclusión de todos los bienes gananciales en la masa activa del concurso, pues todos los acreedores (de uno u otro cónyuge) cuyos créditos sean de cargo de la sociedad de gananciales, deberían poder hacerlos efectivos en el concurso de acreedores en que se incorporan como masa activa los bienes gananciales.

Si el concursado estuviese casado en régimen de separación de bienes y la vivienda corresponde en copropiedad por cuotas a ambos cónyuges, solo se integrará en la masa activa la cuota de titularidad del concursado.

En cambio, entra en la masa activa del concurso, pero con ciertas limitaciones en cuanto a su embargabilidad, la vivienda habitual del Emprendedor de Responsabilidad Limitada, persona física (art. 7 y ss. Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización)[4].

Se trata de una excepción al artículo 1911 del Código Civil, según la cual, el Emprendedor de Responsabilidad Limitada puede obtener que su responsabilidad y la acción del acreedor que tenga origen en las deudas empresariales o profesionales no alcance a determinados bienes, siempre que tal falta de vinculación a la responsabilidad del deudor se publique expresamente en la forma determinada por la ley (art. 8.1 Ley 14/2013). Dichos bienes son la vivienda habitual del deudor, siempre que su valor no supere los 300.000 euros, valorada conforme a la base imponible del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en el momento de la inscripción en el Registro Mercantil de la limitación de responsabilidad y los bienes de equipo productivo afectos a la explotación y los que los reemplacen debidamente identificados en el Registro de Bienes Muebles y con el límite del volumen de facturación agregado de los dos últimos ejercicios[5].

Para la vivienda habitual, que puede ser propia o común, si se encuentra situada en poblaciones de más de un millón de habitantes se aplicará un coeficiente del 1,5 al valor anterior[6].

La condición de Emprendedor de Responsabilidad Limitada se adquirirá mediante su constancia en la hoja abierta al mismo en el Registro Mercantil de su domicilio. Además de las circunstancias ordinarias de la inscripción del empresario individual, la inscripción indicará la vivienda habitual, propia o común y los bienes de equipo productivo no afectos a la responsabilidad por deudas empresariales o profesionales. Para abrir la hoja (inmatricular) al Emprendedor de Responsabilidad Limitada, será título el acta notarial que se presentará obligatoriamente por el notario de forma telemática en el mismo día o siguiente hábil al de su autorización en el Registro Mercantil. También se podrá obtener la inmatriculación del Emprendedor de Responsabilidad Limitada mediante instancia suscrita con la firma electrónica del empresario y remitida telemáticamente a dicho Registro (art. 9 Ley 14/2013).

La limitación de responsabilidad alcanza a la vivienda habitual (en su totalidad, aunque sea común en comunidad romana) y a los bienes de equipo productivos por las deudas empresariales o profesionales posteriores a la inmatriculación. La responsabilidad por deudas empresariales o profesionales anteriores a la inmatriculación del Emprendedor de Responsabilidad Limitada y la responsabilidad por deudas de otro carácter continúan estando vigente y es exigible sobre dichos bienes, salvo en relación con las primeras si los acreedores presten su consentimiento expreso a la no vinculación de tales bienes a dicha responsabilidad. También es exigible la responsabilidad por deudas tributarias o con la Seguridad Social (arg. ex art. 10.3 Ley 14/2013). No obstante, no podrá beneficiarse de la limitación de responsabilidad el deudor que hubiera actuado con fraude o negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones con terceros, siempre que así conste acreditado por sentencia firme o en concurso declarado culpable (arts. 8.4 y 9.1 y 3 Ley 14/2013).

Por lo tanto, inscrita en el Registro Mercantil la condición de Emprendedor de Responsabilidad Limitada sólo podrán hacerse efectivos en concurso de acreedores sobre la vivienda habitual propia o común y bienes de equipo productivos indicados en la hoja registral, los créditos por deudas profesionales o empresariales anteriores a la inmatriculación y los créditos por deudas no derivadas de

las resultas del tráfico o giro empresarial o profesional, así como los créditos por deudas tributarias o con la Seguridad Social, siempre y cuando no conste acreditado la conducta fraudulenta o negligente del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones con terceros, en concurso declarado culpable, en cuyo caso regiría plenamente el artículo 1911 CC[7].

La inembargabilidad de la vivienda habitual "no afecta ni impide ejecuciones de garantías reales"[8].

"En suma, esta excepción al artículo 1911 CC que supone el empresario de responsabilidad limitada debe tenerse en cuenta en sede concursal respecto de los acreedores derivados de la actividad empresarial pues esta limitación no opera para el resto de los acreedores. En la lista de acreedores deberá hacerse constar el elenco de acreedores afectados por esta limitación de responsabilidad. Por lo tanto, caso de ser ejecutada la vivienda, esta sale del patrimonio del deudor, pero sobre el precio de enajenación solo pueden cobrar los acreedores no afectados por la limitación y con absoluta exclusión de los acreedores perjudicados"[9].

## III. FACULTADES DEL CÓNYUGE DEL CONCURSADO PARA RESCATAR LA VIVIENDA HABITUAL

Se encuentran reguladas en los artículos 125 y 194 del TRLC.

El artículo 125 TRLC prevé la posibilidad de solicitar la disolución de la sociedad de gananciales "cuando se hubieren incluido en el inventario de la masa activa bienes gananciales o comunes que deban responder de las deudas del concursado".

Presentada la solicitud de disolución, el juez acordará la liquidación de la sociedad o comunidad conyugal, el pago a los acreedores y la división del remanente entre los cónyuges. Estas operaciones se llevarán a cabo de forma coordinada, sea con el convenio, sea con la liquidación de la masa activa[10].

El cónyuge del concursado tendrá derecho a que se incluya con preferencia en su haber hasta donde este alcance, la vivienda habitual del matrimonio que tuviere carácter ganancial o común. Si excediere del importe de su haber, solo procederá la adjudicación si abonara al contado el exceso.

La profesora CUENA CASAS considera que debe llevarse a cabo una liquidación previa al convenio o liquidación concursal "meramente contable, en la que se adjudique formalmente a cada cónyuge su derecho sobre el patrimonio común. Esta operación previa es absolutamente fundamental para que el cónyuge pueda salvaguardar su derecho sobre los bienes gananciales de la agresión por deudas privativas de su consorte [de forma similar a la previsión del artículo 1373 CC][11]. La particularidad de régimen es que los bienes gananciales adjudicados al cónyuge no concursado deben hacerse constar en el inventario, pero no se detraen de la masa activa puesto que el artículo 193 ordena su inclusión y el artículo 251.2 TRLC ordena que se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado que sean además créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal. Por lo tanto, tanto las deudas gananciales contraídas por el concursado, como por su cónyuge se integran en la masa pasiva y ello, sin que el cónyuge tenga a su vez que ser declarado en concurso"[12].

En cuanto a la atribución preferente de la vivienda habitual al cónyuge del concursado en pago de su haber en la sociedad de gananciales, "es una operación particional que se lleva a cabo en la fase común" y permite el rescate de la misma de modo que no quede afectada ni por el convenio ni por la liquidación concursal[13].

Por otro lado, "en ausencia de norma especial en materia de valoración, debe seguirse el criterio general del artículo 201 TRLC, es decir, atribuirle el valor de mercado, criterio éste que se sigue con carácter general para la liquidación de la sociedad de gananciales en ausencia de otro específico en el Código Civil"[14].

La cuestión es "qué sucede si el cónyuge del concursado no pide la disolución del régimen, que no es un efecto automático del concurso, sino que debe ser instada por el cónyuge no insolvente". En tal caso, la masa activa continuará integrada por los bienes comunes hasta la conclusión del concurso[15].

"En ese momento, el cónyuge tendrá derecho a percibir la mitad del remanente que resultara una vez deducido el importe de las deudas de las que debían responder los bienes comunes, si es que hay un remanente. Es posible que el concursado haya contraído responsabilidades que excedan del valor de los bienes comunes, en cuyo caso su cónyuge no recibirá nada. Por tanto, la disolución de la comunidad es una medida que puede instar el cónyuge del concursado para diferenciar los respectivos patrimonios, que en lo sucesivo estarán sujetos al sistema de separación de bienes, salvo que los cónyuges opten por otro distinto"[16].

En cuanto al artículo 194 del TRLC establece unos derechos de adquisición del cónyuge del concursado, señalando que éste tendrá derecho a adquirir la totalidad de cada uno de los bienes gananciales o comunes incluidos en la masa activa satisfaciendo a la masa la mitad de su valor. Se trata de un derecho distinto del derecho a solicitar la disolución de la sociedad de gananciales y que puede operar sobre bienes de los que el cónyuge del concursado es copropietario en comunidad romana, sean la vivienda habitual o no.

El precio de adquisición será el que de común acuerdo determinen el cónyuge del concursado y la administración concursal. En defecto de acuerdo, se estará al que, oídas las partes, determine el juez del concurso como valor de mercado. Cuando lo estime oportuno, el juez podrá solicitar informe de experto. Por excepción a lo anterior, si se trata de la vivienda habitual del matrimonio el valor de adquisición de la misma será el mayor valor entre el valor de tasación que tuviera establecido o el de mercado[17].

## IV. LA VIVIENDA HABITUAL NO HIPOTECADA EN EL CONVENIO O EN LA LIQUIDACIÓN CONCURSAL

Como señala el artículo 142 TRLC, "desde la declaración de concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni tampoco apremios administrativos, incluidos lo tributarios, contra los bienes o derechos de la masa activa", ni por lo tanto, contra la vivienda habitual del concursado.

Las actuaciones y procedimientos de ejecución que se hallaren en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de la declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos. Serán

nulas cuantas actuaciones ejecutivas se hubieran llevado a cabo desde ese momento (art. 143 TRLC).

No obstante, cuando se incorpore a las actuaciones suspendidas testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que la vivienda habitual objeto de embargo no es necesaria para la continuidad de la actividad empresarial o profesional (p.e., no es un despacho profesional o un consultorio médico), podrán proseguir las actuaciones de las siguientes clases ex art. 144 TRLC:

1º. Las ejecuciones laborales en las que el embargo de la vivienda habitual fuese anterior a la fecha de la declaración del concurso.

2º. Los procedimientos administrativos de ejecución en los que la diligencia de embargo fuese anterior a la fecha de la declaración del concurso.

El dinero obtenido con la ejecución se destinará al pago del crédito que hubiera dado lugar a la misma y el sobrante se integrará en la masa activa. No obstante, si en tercería de mejor derecho ejercitada por la administración concursal se determinase la existencia de créditos concursales con preferencia de cobro, el importe de lo obtenido al que alcance esa preferencia se pondrá a disposición del concurso.

La paralización de ejecuciones singulares (también sobre la vivienda habitual) está al servicio de la consecución de un convenio o de la realización ordenada de una ejecución colectiva.

### 1. Propuesta de convenio

La propuesta de convenio puede provenir del deudor o sus acreedores, debiendo constar siempre por escrito e ir firmada por los proponentes (art. 316 TRLC). Deberá ir acompañada de un plan de pagos "en el que se detallen los recursos previstos para el cumplimiento del convenio, incluyéndose tanto los ya disponibles como aquéllos con los que se prevea contar, como los provenientes de la enajenación de determinados bienes o derechos de la masa activa [p.e., la vivienda habitual] (art. 331 TRLC). Además, si para el cumplimiento del convenio se pretendiera contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del concursado, la propuesta habrá de ir acompañada también de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y las condiciones de su obtención y los eventuales compromisos de su prestación por terceros (art. 332.1 TRLC). En este sentido, la Ley, para incentivar la concesión de créditos para financiar el cumplimiento del convenio aprobado por el juez, según el plan de viabilidad presentado, establece que dichos créditos se consideran créditos contra la masa en una eventual liquidación posterior al convenio, si así se hubiera previsto en el convenio"[18].

Pueden presentar propuesta de convenio el deudor y los acreedores. En el caso del concursado, junto con la solicitud de declaración de concurso o en cualquier momento posterior hasta el límite de los quince días posteriores a la presentación del informe por la administración concursal (art. 337 TRLC). En cuanto a los acreedores personados, siempre que sus créditos superen una quinta parte del pasivo total del concurso, podrán presentar propuesta desde la declaración de

concurso hasta el límite de los quince días posteriores a la presentación del informe por la administración concursal[19].

En caso de alcanzarse un convenio su contenido normal "serán quitas y/o esperas. Las quitas suponen la reducción de los créditos concursales, si bien su efecto remisorio se condiciona al cumplimiento del convenio. Las esperas traen consigo el aplazamiento en el pago de los créditos. Mientras la cuantía máxima de las quitas que pueden ser contenido de un convenio no está sometida a restricción, las esperas no podrán superar los diez años (art. 317.1 TRLC)"[20].

El legislador "incentiva que las quitas y las esperas sean de escasa cuantía. En este sentido, se reduce la mayoría necesaria para que se entienda aceptada una propuesta si esta consiste en el pago íntegro de los créditos ordinarios en plazo no superior a tres años o en el pago inmediato de los créditos ordinarios vencidos con quita inferior al veinte por ciento y el resto a su respectivo vencimiento, siendo sólo necesario que el pasivo que representen los acreedores adheridos a la propuesta sea superior al pasivo de los acreedores que hubieran manifestado su voluntad contraria a la misma (art. 376.1 TRLC)"[21].

Además de quitas y esperas el contenido del convenio puede consistir en cualesquiera otras alternativas "para todos o algunos créditos o clases de créditos, sin más limitaciones que las establecidas por la ley, que en ningún caso afectarán a los acreedores públicos (art. 325 TRLC)", pudiendo consistir una de esas alternativas en la cesión o dación en pago de bienes y derechos, siempre que no sean necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado (por lo que podría darse en dación en pago la vivienda habitual dado que no es un bien necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional). El valor razonable de los bienes se calculará con arreglo a lo previsto en los artículos 273 y ss. TRLC, debiendo ser dicho valor igual o inferior al importe de los créditos que se extinguen. Si fuese superior, la diferencia se deberá reintegrar por el cesionario a la masa activa (art. 329 TRLC). La dación en pago no puede imponerse a acreedores públicos[22].

Como señala el artículo 326 TRLC en la propuesta de convenio con contenido alternativo deberá determinarse el plazo para el ejercicio de la facultad de elección, así como la alternativa aplicable en caso de falta de ejercicio de esa facultad. El plazo para el ejercicio de la facultad de elección no podrá ser superior a un mes a contar desde la fecha de la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio (art. 326 TRLC).

No obstante también podrá preverse en el convenio la dación en pago de la vivienda habitual como contenido del mismo no alternativo en la medida en que de acuerdo con el artículo 317.2 TRLC en relación con el artículo 318 TRLC, "la propuesta de convenio podrá contener para todos o algunos acreedores o para determinadas clases de acreedores, con excepción de los acreedores públicos, cuantas proposiciones adicionales considere conveniente el proponente o proponentes sin más limitaciones que las establecidas por la ley"[23].

Por lo tanto, la vivienda habitual podría ser objeto de dación en pago en un convenio o ser objeto de enajenación para el pago de los créditos en los términos del convenio. Si el contenido del convenio no afectase a la vivienda habitual y fuere cumplido, concluiría el concurso de acreedores sin enajenación de la vivienda habitual pese a haber estado incluida en la masa activa del concurso (art. 465.4º TRLC).

## 2. Apertura de la liquidación concursal

Mediante la liquidación concursal se pretenden realizar los bienes y derechos incluidos en la masa activa (entre ellos, la vivienda habitual), para el pago a los acreedores con arreglo al sistema de clasificación y graduación de los créditos establecido en la Ley Concursal.

La liquidación se divide en dos etapas que consisten "la primera, en la realización de las operaciones de liquidación, que se producirán de conformidad con el correspondiente plan de liquidación o las reglas legales supletorias de liquidación establecidas por el TRLC; y, la segunda, en el pago a los acreedores, que se producirá una vez concluyan todas las operaciones de liquidación o, incluso, aunque no estén finalizadas dichas operaciones dependiendo de la liquidez de la masa activa y la adopción de las debidas garantías (art. 434 TRLC)"[24].

La apertura de la liquidación puede producirse a solicitud del deudor de forma voluntaria (art. 406 TRLC) en cualquier momento del procedimiento concursal "sin estar sujeta a requisito alguno"[25], o forzosa (art. 407 TRLC), cuando el deudor, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos en este y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquel; a solicitud de la administración concursal cuando cese total o parcialmente la actividad empresarial o profesional del concursado y de oficio en los supuestos del artículo 409 TRLC (p.e., no se presenta a trámite en plazo ninguna propuesta de convenio). Finalmente, los acreedores sujetos al convenio pueden solicitar la declaración de incumplimiento del convenio (arts. 402 y 403 TRLC) y en caso de ser estimada, el juez declarará resuelto el convenio y abrirá la fase de liquidación de la masa activa, quedando sin efectos cualesquiera modificaciones de los créditos pactadas en convenio, sin afectar a la validez y eficacia de los actos realizados por el concursado en ejecución del convenio (art. 404 TRLC)[26].

Durante la liquidación concursal se mantienen los efectos de la declaración de concurso (art. 411 en relación con los arts. 105 y ss. TRLC), y en caso de que se produzca la apertura de liquidación por incumplimiento del convenio, como por la aprobación judicial de este habrán cesado los efectos del concurso y por tanto habrá cesado la administración concursal, "el juez en virtud del artículo 412 TRLC, repondrá a la administración concursal en el ejercicio de su cargo o, en su caso, nombrará a otra nueva administración concursal en la misma resolución en la que acuerde la apertura de la liquidación para que ésta realice las operaciones de liquidación y pago a los acreedores"[27].

Como la realización de las operaciones de liquidación y reparto del producto obtenido corresponde a la administración concursal, el concursado persona natural ve suspendido el ejercicio de las facultades de administración y disposición "con todos los efectos establecidos para la suspensión en el Título III del Libro I TRLC". Además, la apertura de la fase de liquidación permitirá al concursado persona natural en virtud del art. 413.1.3º TRLC, solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho (en dicha liquidación concursal), "si concurren los presupuestos y requisitos establecidos en los arts. 486 y siguientes TRLC"[28].

"Tras la apertura de la liquidación, se aplican a los créditos concursales los efectos de la declaración del concurso previstos en el TRLC (art. 414 en relación con los arts. 152 a 155 TRLC)" y en aplicación del art. 414 TRLC se produce dos

efectos específicos de la liquidación que son el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados y la conversión en dinero de los créditos que consistan en otro tipo de prestaciones. "Este vencimiento anticipado y conversión en dinero se produce como consecuencia de las particularidades de la liquidación y, en especial, por la necesidad de constituir y fijar la masa pasiva para proceder así a satisfacer dichos créditos mediante el producto que resulte de las correspondientes operaciones de liquidación de la masa activa"[29].

La administración concursal deberá realizar los bienes y derechos de la masa activa de acuerdo con lo previsto en los arts. 421 a 423 bis TRLC. "Estas reglas, incluidas las previstas en el Capítulo III del Título IV del Libro I TRLC relativo a la conservación y enajenación de la masa activa (arts. 204 y siguientes TRLC), se aplicarán por defecto salvo que el juez del concurso establezca reglas especiales de liquidación"[30].

De acuerdo con estas reglas, en caso de enajenación de la vivienda habitual, siempre que esta tenga un valor superior al 5 % del valor total de los bienes y derechos inventariados, dicha enajenación se realizará mediante subasta electrónica, "salvo que el juez, al establecer las reglas especiales de liquidación, hubiera decidido otra cosa (art. 423.1 TRLC). Esta subasta electrónica deberá realizarse mediante la inclusión de los bienes o derechos que integran la masa activa en el portal de subastas de la Agencia Estatal BOE o bien en cualquier otro portal electrónico especializado en la liquidación de activos (art. 432.2 TRLC)"[31].

Sobre el producto de realización de la vivienda habitual, si el concursado fuese un Emprendedor de Responsabilidad Limitada, sólo podrán hacerse efectivos deudas diversas de las procedentes de la actividad profesional o empresarial llevada a cabo tras la inmatriculación del concursado en el Registro Mercantil como Emprendedor de Responsabilidad Limitada. Si las únicas deudas existentes fuesen las derivadas del giro o tráfico empresarial posterior a la mencionada inmatriculación, no podrá realizarse la vivienda habitual ex art. 10.3 Ley 14/2013 y arts. 8.1. y 2 de la misma.

La fase de liquidación, conlleva, pues, inexorablemente la pérdida de la vivienda familiar salvo que el cónyuge del concursado hubiera rescatado ésta en los modos indicados antes.

## V. VIVIENDA HABITUAL Y EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO MEDIANTE UN PLAN DE PAGOS

Aunque la Ley no lo indica, es preciso para que pueda solicitarse la exoneración del pasivo insatisfecho que se haya declarado el concurso y tramitado la fase común (con formación del inventario y de la lista de acreedores). Así, de acuerdo con el artículo 296 bis de la Ley Concursal, "dentro de los quince días siguientes al de presentación del informe de la administración concursal con los documentos, el letrado de la Administración de Justicia dictará decreto poniendo fin a la fase común del concurso, con simultánea apertura de la fase de liquidación si todavía no estuviera abierta". Pero la apertura de la liquidación no procederá si se hubiera presentado propuesta de convenio, esté o no admitida a trámite o si se hubiera

solicitado la exoneración del pasivo insatisfecho con arreglo a un plan de pagos (art. 296 bis.2 en relación con los arts. 486.1º y 495.2 TRLC).

Como señalan ENCISO ALONSO-MUÑAMER y SANJUÁN Y MUÑOZ "la Ley establece dos modelos de exoneración en función de la situación patrimonial del deudor:

a) Exoneración con sujeción a un plan de pagos sin previa liquidación de la masa activa (LC art. 495 a 500 bis). Previa valoración del patrimonio del deudor y siempre que este lo solicite, puede procederse a la exoneración a través de la imposición judicial de un plan de pagos que incluya novaciones, quitas, esperas etc.

A través de este itinerario, el deudor puede evitar la ejecución de la vivienda habitual.

Esta medida la prevé la ley de forma expresa y no está sujeta a interpretación.

El plan de pagos tendrá una duración máxima de 3 años, que se ampliará a 5 años cuando no se enajene la vivienda habitual del deudor.

En la regulación de la exoneración con plan de pagos constituye causa de impugnación que el mismo no destine a la satisfacción de la deuda exonerarle la totalidad de las rentas y recursos previsibles del deudor que excedan del mínimo legalmente inembargable, de lo preciso para el cumplimiento de las nuevas obligaciones del deudor durante el plazo del plan de pagos, siempre que se entiendan razonables a la vista de las circunstancias, y de lo requerido para el cumplimiento de los vencimientos de la deuda no exonerable durante el plazo del plan de pagos (LC art. 498 bis)[32]. La resolución judicial que conceda la exoneración provisional determina el cese de todos los efectos de la declaración de concurso, manteniéndose los contenidos en el plan de pagos (LC art. 498. ter).

La exoneración provisional se convierte en definitiva mediante auto del Juez (LC art. 500). Como alternativa, puede el deudor solicitar el cambio de modalidad para pasar a la que concluye con la liquidación (LC art. 500 bis).

b) Exoneración inmediata tras la liquidación del patrimonio del deudor en los casos de conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa[33] o por liquidación (LC, art. 501 y 502). El deudor que no tiene nada debe abandonar rápido el proceso concursal y lograr una recuperación rápida. Abarca los concursos que concluyen por liquidación o concursos concluidos por insuficiencia de masa. Ya no impone un plan de pagos a un deudor al que le hemos liquidado el patrimonio"[34].

"Si el deudor se acoge al itinerario de la liquidación no hay base legal para excluir la vivienda habitual del plan de liquidación"[35], por lo que, como hemos indicado antes, la liquidación conllevará inexorablemente la pérdida de la vivienda familiar salvo que el cónyuge del concursado hubiere ejercitado alguno de los medios de rescate de la misma que le brinda la ley[36].

El artículo 499 TRLC regula la extensión de la exoneración en caso de plan de pagos indicando que la exoneración se extenderá a la parte de pasivo exonerable que conforme al plan de pagos vaya a quedar insatisfecha.

Pero las acciones declarativas o de ejecución de créditos no exonerables (que vayan venciendo a lo largo del plan de pagos) o de las nuevas obligaciones asumidas por el deudor durante el plazo del plan de pagos se ejercitarán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal.

Teniendo presente este artículo 499 y lo previsto en el artículo 497.2 TRLC que señala que la duración del plan de pagos será de cinco años "cuando no se realice la vivienda habitual del deudor y, cuando corresponda, de su familia", habría que concluir con CUENA CASAS que "lo que acontece por virtud de lo establecido en el art. 497 es una suerte de <<inembargabilidad judicial >> de la vivienda habitual que para ser eficiente debe afectar también a los acreedores por crédito no exonerable. Por más que el art. 490.2 TRLC señale que pueden ejercitar sus acciones frente al deudor, hay que entender que las mismas encuentran su límite en esta inembargabilidad judicial. De lo contrario, su virtualidad práctica puede ser muy limitada y no tendría mucho sentido la prolongación de la duración del plan de pagos a cinco años si cualquier acreedor por deuda no exonerable pudiera embargar la vivienda del deudor. … Hay además que tener en cuenta que los acreedores por crédito no exonerable mantienen incólume su acción para ejecutar sine die el patrimonio futuro del deudor, por lo que la restricción al embargo de la vivienda es transitoria y viene compensado por una mayor duración del plan de pagos"[37].

No obstante, cabe que el concursado al diseñar el plan de pagos cuente con la enajenación de la vivienda habitual para hacer frente al mismo. En este caso, el plan de pagos podrá extenderse durante tres años o incluso cinco años. El plan podrá extenderse cinco años pese a prever la enajenación de la vivienda habitual si el importe de los pagos depende fundamentalmente de la evolución de la renta y recursos disponibles del deudor (art. 497.2.2º TRLC).

En este sentido, el plan de pagos puede incluir daciones en pago de bienes o derechos, siempre que no resulten necesarios para la continuidad de la actividad o el emprendimiento de la nueva actividad empresarial o profesional durante el plazo del plan (sería el caso de la vivienda familiar salvo que sea un bien necesario para la actividad empresarial o profesional) y siempre que su valor razonable, calculado conforme a lo previsto en el artículo 273 TRLC sea igual o inferior al crédito que se extingue.

Si el valor razonable del bien excede del importe del crédito que se extingue, el acreedor integrará la diferencia en el patrimonio del deudor. La dación en pago deberá ser aceptada por el acreedor, o sea, que no se concibe como una dación pago forzosa ni como extintiva de la totalidad del crédito con independencia del valor razonable del bien (art. 1166 y 1169 CC y art. 496.2.2º TRLC).

Dicha dación en pago no podrá suponer la alteración del orden de pago de los créditos legalmente establecida (arts. 429 a 440 TRLC), salvo con expreso consentimiento de los acreedores preteridos o postergados (art. 496.2.4º TRLC).

El plan de pagos, pues, es un mecanismo que prevé expresamente la ley para que el deudor conserve la propiedad sobre la vivienda habitual, si bien en el marco del mismo también cabría la realización de la misma para satisfacer créditos exonerables o no exonerables, o deudas adquiridas durante la vigencia del plan.

## VI. CONCLUSIONES

I. La vivienda habitual es un bien embargable que ha de integrarse en la masa activa del concurso y en el plan de liquidación, incluso si se trata de vivienda

ganancial siempre que los bienes comunes deban responder de obligaciones del concursado.

II. El cónyuge del concursado puede rescatar la vivienda familiar solicitando la disolución de la sociedad de gananciales y solicitando que le sea adjudicada con preferencia en pago de su haber en la sociedad.

III. El cónyuge del concursado también tiene un derecho de adquisición sobre cualquier bien común en virtud del cual puede adquirir (sin pedir la disolución de la sociedad de gananciales, en su caso) la vivienda habitual ganancial o que es común en copropiedad ordinaria.

IV. La declaración de concurso paraliza la ejecución ordinaria iniciada sobre la vivienda familiar sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar al crédito, el cual será satisfecho, bien en convenio, bien en la liquidación colectiva.

V. El convenio de acreedores puede permitir también el rescate de la vivienda habitual, mediante el pacto de quitas o esperas en relación con los créditos concursales.

VI. En caso de apertura de la fase de liquidación, ello conlleva inexorablemente la realización de la vivienda habitual.

VII. En caso de que se solicite la exoneración del pasivo insatisfecho mediante un plan de pagos (sin liquidación de la masa activa), el legislador prevé expresamente que el plan pueda extenderse durante cinco años cuando no prevea la realización forzosa de la vivienda habitual para el pago de los créditos, bien sean exonerables o no.

## VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

— STS 180/2012, de 28 de marzo
— SAP de Barcelona, sección 15ª, 2019/2967, de 29 de marzo de 2019
— SAP de Barcelona, sección 15ª, 844/2019, de 9 de mayo de 2019
— SAP de Madrid, sección 28ª, 489/2019, de 18 de octubre de 2019
— SAP de Barcelona, sección 15ª, 4304/2023, de 8 de febrero de 2023
— SAP de Valencia, sección 9ª, 2777/2023, de 7 de noviembre de 2023
— SAP de Palma de Mallorca, sección nº 5, 824/2023, de 13 de diciembre de 2023
— SAP de Gerona, sección 1ª, 151/2024, de 6 de marzo de 2024
— Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Pontevedra, 84/2023, de 11 de julio de 2023
— Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Barcelona 73/2023, de 11 de julio de 2023
— AAP de Barcelona, sección 15ª, 844/2019, de 9 de mayo de 2019
— AJII nº 6 de Lérida, 429/2023, de 11 de julio de 2023

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

ARIAS VARONA, F. J. (2022). La masa activa del concurso. En J. Pulgar Ezquerra (Dir.), Manual de Derecho Concursal. Editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), 309-328.

BUIL ALDANA, I. (2022). Liquidación concursal, transmisión de unidad productiva y << pre pack >> concursal. En J. Pulgar Ezquerra (Dir.), Manual de Derecho Concursal. Editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), 431-457.

CUENA CASAS, M. (2023). Vivienda familiar y concurso de acreedores. Actualidad Civil, núm. 9, 1-30 (formato PDF).

ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M y SANJUAN Y MUÑOZ, E. (2022). Reforma Concursal. Ley 16/2022. Guía rápida Francis Lefebvre. Lefebvre — El Derecho, Madrid.

GUTIÉRREZ GILSANZ, A. (2022). El convenio concursal. En J. Pulgar Ezquerra (Dir.), Manual de Derecho Concursal. Editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), 399-430.

GONZÁLEZ GARCÍA, J. M. (2023). Comentario al artículo 251. Principio de universalidad. En J. Pulgar Ezquerra (Dir.). Comentario a la Ley Concursal, Tomo I, La Ley, Las Rozas (Madrid), 1401-1406.

GUTIÉRREZ GILSANZ, A. (2023). Comentario al artículo 329. Propuesta de convenio con cesión en pago. En J. Pulgar Ezquerra (Dir.). Comentario a la Ley Concursal, Tomo I, La Ley, Las Rozas (Madrid), 1682-1685.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M del M. El concurso de persona física. En J. Pulgar Ezquerra (Dir.), Manual de Derecho Concursal. Editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), 621-646.

JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2010). Vivienda familiar y concurso de acreedores. En M. Cuena Casas (coord.), Familia y Concurso de acreedores, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 259-317.

JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2023). La exoneración del pasivo insatisfecho tras la reforma concursal por Ley 16/2022, de 5 de septiembre. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 795, 1886-1907.

JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2024). Capítulo 5 bis. Responsabilidad patrimonial universal y concurso de acreedores. En. M. Linacero de la Fuente (Dir.), Tratado de Obligaciones y Contratos. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 221-239.

MIRANDA SERRANO, L. M. (2014). ¿Qué hay tras las normas de la Ley de Emprendedores relativas al emprendedor de responsabilidad limitada y al concurso de la persona física? Diario La Ley, núm. 8276, 1-24 (formato PDF).

SENENT MARTÍNEZ, S. (2022). La exoneración del pasivo insatisfecho del deudor concursado persona natural. En J. Pulgar Ezquerra (Dir.), Manual de Derecho Concursal. Editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), 523-558.

VALPUESTA GASTAMINZA, E. (2022). Comentario al artículo 413. Efectos sobre el concursado. En J. Pulgar Ezquerra (Dir.). Comentario a la Ley Concursal, Tomo I, La Ley, Las Rozas (Madrid), 1866-1877.

VILLORIA RIVERA, I. (2023). Capítulo VII. Masa activa. Memento práctico Francis Lefebvre, Concursal 2024. Lefebvre — El Derecho, Madrid, 405-465.

## NOTAS

[1] Artículo 192 TRLC. Principio de universalidad: "1. La masa activa del concurso está constituida por la totalidad de los bienes y derechos integrados en el patrimonio del concursado a la fecha de la declaración de concurso y por los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento. 2. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior aquellos bienes y derechos que, aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables".

[2] Al respecto señala la SAP de Gerona, sección 1ª, 151/2024, de 6 de marzo de 2024 que en el inventario rige el principio de universalidad de la masa activa, de modo que, por tratarse la vivienda y el vehículo del concursado de activos que tienen carácter patrimonial y no son legalmente inembargables (arts. 605 y 606 LEC) es correcta su inclusión en el inventario y posteriormente en el plan de liquidación que abarca los bienes y derechos incluidos en la masa activa. Cuestión distinta es que en cuanto a la vivienda familiar la jurisprudencia ha considerado que la misma podía no salir a subasta en la liquidación. Así el criterio de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, en su sentencia 4304/2023 de 8 de febrero de 2023, siempre que el crédito hipotecario que grave el inmueble esté al corriente de pago, que el acreedor hipotecario no inste el vencimiento anticipado y que se pueda presumir que después del pago no quedará remanente para satisfacer a otros acreedores. Por consiguiente, sin desconocer otras posturas como la que mantiene la Audiencia Provincial de Valencia, *ad exemplum* SAP de Valencia, sección 9ª, 2777/2023 de 7 de noviembre de 2023 que en asuntos similares excluye del inventario determinados bienes atendida su "irrelevancia económica", "sin embargo, esta sala coincide con la posición mantenida y que ha sido expuesta de la Sección 15ª de Barcelona, en cuanto que en este momento procesal corresponde decidir únicamente si los bienes se deben incluir en el inventario, …, sin perjuicio que, dándose determinados requisitos, finalmente la finca y/ o el vehículo, no llegue a subastarse".

[3] Artículo 193 TRLC. Bienes conyugales. "1. En caso de concurso de persona casada, la masa activa comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado. 2. Si el régimen económico del matrimonio fuera el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado". En este sentido, señala CUENA CASAS que la norma del artículo 286.4 TRLC es incorrecta, ya que "no existen créditos que sólo puedan hacerse efectivos sobre el patrimonio privativo y créditos que sólo puedan hacerse efectivos sobre el patrimonio común. Las deudas gananciales pueden hacerse efectivas con cargo al patrimonio privativo del cónyuge deudor y, además, sobre el patrimonio ganancial (art. 1369 CC). Las deudas privativas se pueden hacer efectivas con cargo al patrimonio privativo y, subsidiariamente con cargo al patrimonio común (art. 1373 CC). Por lo tanto, supeditar, como hace el artículo 193.2 TRLC, la inclusión de los bienes comunes en la masa activa a que deban responder de las obligaciones del concursado no es lo mismo que exigir que se trate de deudas gananciales. La expresión es más amplia. Y ello —insisto— porque en todos los regímenes económico-matrimoniales de comunidad y, en particular, en el de gananciales, los bienes comunes no sólo responden de las deudas comunes, sino que también lo hacen, si bien subsidiariamente, de las deudas privativas. Esto significa que *siempre* se van a incluir los bienes gananciales en la masa activa del concurso, puesto que no se vincula su inclusión a que las deudas del concursado sean comunes, sino a que << deban responder de las obligaciones del concursado >>, lo cual, como se acaba de señalar sucede siempre >>" (CUENA CASAS, 2023, 6). Artículo 286 TRLC. Contenido de la lista de acreedores: "4. Cuando el concursado fuere persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se relacionarán separadamente los créditos que solo pueden hacerse efectivos sobre su patrimonio privativo y los que pueden hacerse efectivos también sobre el patrimonio común".

[4] CUENA CASAS, 2023, 4-5.

[5] "Sobre el bien declarado exento de responsabilidad interesa realizar dos precisiones. La primera es que la ley habla de << vivienda habitual >>, por lo que ha de entenderse que

quedan fuera de la limitación de responsabilidad (*ex* arts. 7 y ss. Ley de Emprendedores) las segundas viviendas y, en general, todas aquellas viviendas que no son las habituales de los emprendedores. La segunda precisión estriba en que a efectos legales es irrelevante que la vivienda habitual esté o no afecta al ejercicio de la actividad empresarial o profesional. Esto último se desprende del silencio legal que al respecto guarda la Ley de Emprendedores en contraste con lo que se disponía en el proyecto de ley, donde se establecía que quedaba al margen de la responsabilidad << la vivienda habitual siempre que no estuviese afecta a la actividad empresarial o profesional >>. … Coincidimos así con quienes sostienen que el dato de que la vivienda se utilice simultáneamente como residencia habitual y como inmueble destinado al ejercicio de la actividad empresarial o profesional no impide que quede al margen de la responsabilidad ex arts. 7 y ss. Ley de Emprendedores. Cosa distinta es que se pretenda inscribir como vivienda habitual un inmueble destinado exclusivamente al ejercicio de la actividad empresarial o profesional, pues en tal caso es evidente que dicho inmueble no puede categorizarse como vivienda habitual ni, por tanto, quedar sustraído a la responsabilidad dimanante de la actividad empresarial o profesional" (MIRANDA SERRANO, 2014, 2-3). Otra interpretación llevaría al resultado paradójico de que el Emprendedor de Responsabilidad Limitada que ejerce su actividad profesional o empresarial en un local específico de su propiedad o arrendado, tiene una limitación de responsabilidad en cuanto a la vivienda habitual de la que carece quien tiene menores recursos y ha de destinar la vivienda habitual en parte al ejercicio de su actividad.

[6] La doctrina se ha preguntado qué ocurre en el caso de que la vivienda habitual supere el valor fijado por la ley (300.000 o, en su caso, 450.000 euros), ¿decae la limitación de la responsabilidad por toda la vivienda o en lo que exceda de la cuantía fijada como límite legal? Para MIRANDA SERRANO, "la interpretación más razonable exigiría rechazar la primera opción y acoger la segunda, pues parece discriminatorio que un emprendedor con una vivienda valorada en 295.000 euros quede amparado por esta nueva medida y, en cambio, otro emprendedor con una vivienda valorada en 301.000 euros se vea privado del beneficio de la limitación de responsabilidad y pueda perder la totalidad de su patrimonio. Esta interpretación podría apoyarse en la finalidad político-legislativa perseguida por la ley, consistente en que los emprendedores personas físicas puedan contar con un mínimo patrimonial exento de responsabilidad dentro de los límites legales, que generalmente se concreta en su vivienda habitual. De acuerdo con esta lectura, en caso de que una vivienda excediera del valor de 300.000 euros (como regla general), o en su caso, de 450.000 euros (excepcionalmente para las viviendas situadas en Madrid y Barcelona), podría ser embargada y ejecutada pero del resultado de la ejecución el acreedor ejecutante sólo podría beneficiarse de la cuantía que superase el máximo legal exento (MIRANDA SERRANO, 2014, 3).

[7] Para la oponibilidad de la limitación de responsabilidad a terceros adquirentes deberá constar la misma en el Registro de bienes correspondiente. A estos efectos, el Registrador Mercantil expedirá certificación de la inmatriculación en el Registro Mercantil y la remitirá telemáticamente al Registrador de la Propiedad y al Registrador de Bienes Muebles, de forma inmediata, siempre dentro del mismo día hábil, para que conste en el asiento de inscripción de la vivienda habitual o del bien de equipo del emprendedor. La inscripción ocasiona el cierre registral del mandamiento de anotación preventiva de embargo trabado sobre bienes no sujetos (art. 17 LH y art. 10 Ley 14/2013), a menos que del mandamiento resulte que se trata de asegurar créditos por deudas no empresariales o profesionales, o deudas empresariales anteriores a la inmatriculación o que se trata de obligaciones tributarias o de Seguridad Social. Si no se hiciera constar la limitación de responsabilidad en el folio registral de la vivienda habitual y se enajenase la vivienda habitual como consecuencia de la realización forzosa de créditos derivados de la actividad empresarial o profesional, el embargo trabado sería nulo (art. 609 LEC en relación con el art. 8 Ley 14/2013), pero esta nulidad no podría perjudicar al tercero que adquiera de quien compró en subasta (arts. 32 y 34 LH). Por el contrario, la constancia en el folio registral de la vivienda habitual de la condición de Emprendedor de Responsabilidad Limitada de su titular o cotitular permitirá oponer al tercer adquirente que

compre al rematante o adjudicatario, la inembargabilidad relativa de la vivienda habitual, perjudicándole y no pudiendo ostentar la condición de tercero hipotecario (art. 10.1 Ley 14/2013, que señala: "*Para su oponibilidad a terceros, la no sujeción de la vivienda habitual o los bienes de equipo a las resultas del tráfico empresarial o profesional deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad y en el Registro de Bienes Muebles, en la hoja abierta al bien*").

[8] CUENA CASAS, 2023, 4.

[9] CUENA CASAS, 2023, 5.

[10] Artículo 125 TRLC. Derecho a solicitar la disolución de la sociedad conyugal. "1. El cónyuge del concursado tendrá derecho a solicitar del juez del concurso la disolución de la sociedad o comunidad conyugal cuando se hubieran incluido en el inventario de la masa activa bienes gananciales o comunes que deban responder de obligaciones del concursado. 2. Presentado la solicitud de disolución, el juez acordará la liquidación de la sociedad o comunidad conyugal, el pago a los acreedores y la división del remanente entre los cónyuges. Estas operaciones se llevarán a cabo de forma coordinada, sea con el convenio, sea con la liquidación de la masa activa.3. El cónyuge del concursado tendrá derecho a que la vivienda habitual del matrimonio que tuviere carácter ganancial o común se le incluya con preferencia en su haber hasta donde este alcance. Si excediera solo procederá la adjudicación si abonara al contado el exceso".

[11] Lo mismo señala la sentencia 84/2023 del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Pontevedra, de 11 de julio de 2023: "En relación con la materia objeto de enjuiciamiento dispone el art. 125.2 TRLC, "Presentada la solicitud de disolución, el juez acordará la liquidación de la sociedad o comunidad conyugal, el pago a los acreedores y la división del remanente entre los cónyuges. Estas operaciones se llevarán a cabo de forma coordinada, sea con el convenio, sea con la liquidación de la masa activa". En el citado precepto se viene a clarificar la regulación anterior prevista en el art. 77.2 LC, pues ejercitada la facultad de disolución del régimen por el cónyuge del concursado, debe procederse a la liquidación de la *sociedad de gananciales,* al pago a los acreedores y la división del remanente entre los cónyuges. La norma prevé que se lleve a cabo cuando menos una liquidación meramente contable, en la que se adjudique formalmente a cada cónyuge su derecho sobre el patrimonio común. *Se trata de una operación esencial para que el cónyuge del concursado pueda salvaguardar su derecho sobre los bienes gananciales de la agresión por deudas privativas de su consorte".*

[12] CUENA CASAS, 2023, 6-7. Señala GONZÁLEZ GARCÍA que "los artículos 251.2 y 193 TRLC, que cumplen en el concurso un papel semejante al asignado al art. 541 LEC (en relación con los artículos 1373 y concordantes) en relación con la ejecución singular, permiten la integración en la masa pasiva de los acreedores del cónyuge del concursado, cuando se trate de créditos en su contra de los que responda << la sociedad o comunidad conyugal >>. Admitiéndose la introducción de los bienes y derechos de la sociedad de gananciales en la masa activa del concurso, parece razonable integrar a los acreedores del cónyuge no concursado cuando la sociedad de gananciales haya de responder de deudas contraídas privativamente por él. De este modo se solventa la situación perniciosa en la que quedarían los acreedores del cónyuge no concursado, al ver cómo los bienes comunes, que garantizan también en algunos casos el pago de sus créditos, van a servir para satisfacer los del cónyuge del concursado [*ex* art. 1373 CC], sustrayéndose al régimen de responsabilidad previsto en el Código Civil" (GONZÁLEZ GARCÍA, 2023, 1405). "La consecuencia de todo ello, en caso de afectación al concurso de los bienes comunes, podrá solicitarse la liquidación del patrimonio común de los cónyuges al amparo del art. 125 TRLC, si bien es una decisión *potestativa* del cónyuge no deudor, menos compleja que la consistente en la solicitud del propio concurso del cónyuge no deudor y de la acumulación de concursos. *De no hacerlo, el patrimonio común responderá de las deudas del concursado en los términos que señale la administración concursal en su informe,* al amparo del art. 286.4 TRLC: "Cuando el concursado fuere persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se relacionarán separadamente los créditos que sólo pueden hacerse efectivos sobre su patrimonio privativo y los que pueden hacerse efectivos también sobre el patrimonio común" (GONZÁLEZ GARCÍA, 2023, 1406).

Pero sería de aplicación el artículo 1373.2 CC según el cual "si se realizase la ejecución sobre bienes comunes [de deudas privativas de un cónyuge] se reputará que el cónyuge deudor tiene recibido a cuenta de su participación en el valor de aquellos al tiempo en que los abone con otros caudales propios o al tiempo de liquidación de la sociedad conyugal". Hay que tener en cuenta que de acuerdo con los artículos 1392 y 1393 del Código Civil, el concurso de uno de los cónyuges no es causa de disolución de la sociedad de gananciales.

[13] CUENA CASAS, 2023, 7.

[14] CUENA CASAS, 2023, 7.

[15] VILLORIA RIVERA, 2023, 410.

[16] VILLORIA RIVERA, 2023, 410.

[17] Para CUENA CASAS el artículo 194 TRLC regula un imposible jurídico al referirse al derecho de adquisición preferente de bienes gananciales porque vigente el régimen no hay cuotas enajenables de manera que "se puede entender que la norma contenida en el artículo 194.1 realmente se está refiriendo a la atribución preferente en la liquidación de gananciales" (CUENA CASAS, 2023, 8). En cuanto al plazo para ejercitar este derecho de adquisición preferente sobre bienes en copropiedad romana "habría que entender que puede hacerse valer en la fase común del concurso, en el momento de la elaboración del inventario en tanto que la función de éste es informar de los bienes que forman la masa activa y su valor, de manera que tal opción no podría ejercitarse una vez abierta la fase de convenio o liquidación del concurso". Pero "sería más coherente con la naturaleza de este derecho y la regulación de esta figura, el que se generara esta opción a favor del cónyuge del concursado cuando se pretendiera liquidar la cuota sobre el bien afectado. Por ello, entiendo, que, dada la finalidad del derecho concedido al cónyuge del concursado, no debería haber obstáculo a su ejercicio incluso iniciada la fase de liquidación del concurso, concretamente al presentar el plan de liquidación" (CUENAS CASAS, 2023, 9).

[18] GUTIÉRREZ GILSANZ, 2022, 406.

[19] GUTIÉRREZ GILSANZ, 2022, 412.

[20] GUTIÉRREZ GILSANZ, 2022, 407.

[21] GUTIÉRREZ GILSANZ, 2022, 407.

[22] GUTIÉRREZ GILSANZ, 2022, 410-411. Inicialmente, la Ley Concursal no permitía las daciones en pago en el marco de un convenio concursal. En este sentido se pronuncia la SAP de Madrid, sección 28ª, 489/2019, de 18 de octubre de 2019, frente a un recurso de apelación en el que el recurrente consideraba que la redacción inicial de la Ley 22/2003 Concursal amparaba la realización de daciones en pago en el marco del convenio: "El recurrente admite que no resultan aplicables al caso, por razones transitorias, las modificaciones operadas en el artículo 100.3 LC por el RD 11/2014 y la Ley 9/2015. La redacción aplicable es la que entró en vigor el 1 de enero de 2012, conforme a la Ley 38/2011, de 10 de octubre y su Disposición Transitoria Quinta. El tenor literal de precepto, en la versión aplicable a la Litis, es la siguiente: *"3. En ningún caso la propuesta podrá consistir en la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos con la excepción del supuesto previsto en el artículo 155.4, ni en cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas".* 8. *La tesis que defiende el recurrente consiste en que el precepto en cuestión prohíbe únicamente los convenios de liquidación, pero no las daciones en pago parciales, a pesar del tenor literal de la norma.* La concursada sustenta su alegato en la Exposición de Motivos de la Ley, a cuyo tenor: *"Lo que no admite la ley es que, a través de cesiones de bienes y derechos en pago o para pago de créditos u otras formas de liquidación global del patrimonio del concursado, el convenio se convierta en cobertura de solución distinta de aquella que le es propia"*. El apelante también indica que el precepto en cuestión se refiere a los acreedores en su conjunto, por lo que la prohibición sólo puede referirse a la cesión global con efectos liquidatorios. 11. La Sala no considera convincentes los argumentos ofrecidos por el recurrente. Es cierto que el legislador concursal presta especial atención a la prohibición de los denominados convenios de liquidación global o indirecta, que son incompatibles con la finalidad continuista propia del *convenio concursal.* El Tribunal Supremo en sentencia 180/2012

de 28 de marzo, declaró al respecto que: *"43. Los abusos cometidos al amparo de la libertad de convenio en el régimen derogado, ha llevado al legislador de 2003 a fijar ciertos límites legales al contenido del convenio, que, como con acierto señala la sentencia recurrida, operan como frontera infranqueable. 44. La norma transcrita no prohíbe la enajenación de bienes o derechos singulares, al disponer en el número 4 que "[l]as propuestas deberán presentarse acompañadas de un plan de pagos con detalle de los recursos previstos para su cumplimiento, incluidos, en su caso, los procedentes de la enajenación de determinados bienes o derechos del concursado". Lo que debe conjugarse con la posibilidad de enajenar activos afectos a la actividad empresarial o determinadas unidades productivas, a tenor del número 2 del propio artículo, según el cual "las proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte y del pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio", pero proscribe los convenios de liquidación global directa o indirecta".* Sin embargo, lo indicado no significa que las cesiones parciales en pago o para pago de créditos estuvieran permitidas en la legislación aplicable al caso como contenido propio del convenio. Ciertamente, la LC no prohíbe la enajenación de elementos singulares en el marco de un convenio, pero si atendemos al tenor literal del artículo 100.3 LC, lo que sí se prohíbe es que esa enajenación se haga en pago o para pago de créditos. La expresión "en ningún caso" no da margen a establecer excepciones a la regla general de prohibición de cesiones de bienes y derechos en pago o para pago de créditos. Por otro lado, cuando el precepto se refiere a "cualquier forma de liquidación global" omite el término "otra", que sí se emplea en la exposición de motivos, de modo que no podemos entender que la cesión prohibida a que se refiere el primer inciso del párrafo, sea sólo la global. El hecho de que el precepto se refiera a los acreedores en plural, no determina que la prohibición prevista en el precepto se refiera exclusivamente a la cesión global de todos los bienes de la concursada, contrariamente a lo afirmado por el recurrente, pues el tenor literal de la norma no permite semejante interpretación. La introducción en la reforma operada por la Ley 38/2010 de la excepción relativa al artículo 155.4 LC corrobora el sentido literal de la norma, pues se trata de un supuesto concreto de cesión de bienes concretos, que no necesitaría ser excepcionado si las cesiones individualizadas estuvieran permitidas con carácter general. Si efectuamos el análisis desde el punto de vista de los derechos de los acreedores, la cesión en pago o para pago de deudas supone una alteración del principio de identidad que en principio sólo puede ser alterado con la expresa conformidad del acreedor, tal y como establece el artículo 1.166 del Código Civil (CC). Esta regla podría estimarse respetada si el convenio presentara la cesión en pago o para pago como una alternativa voluntaria, pero no es el caso de autos. Ciertamente el *convenio concursal* supone una excepción al principio de relatividad de los contratos, dada su fuerza expansiva respecto acreedores que no han prestado su consentimiento. Pero precisamente por ello, tiene sentido que no pueda imponerse un contenido del convenio que sea contrario al derecho reconocido a los acreedores en el artículo 1.166 CC. Las reformas posteriores del artículo 100.3 LC, no aplicables al caso, sí permiten la cesión de bienes y derechos en el convenio, pero no lo hacen de modo indiscriminado, sino imponiendo importantes cautelas. Sólo se admite cuando los bienes o derechos cedidos no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor; y siempre que la cesión se efectúe por su valor razonable. Con la nueva normativa, la cesión se puede imponer a acreedores que no han votado a favor del convenio, pero se incrementa al 65% la mayoría necesaria para su aprobación (artículo 124.1 b) LC). *Si las leyes posteriores, que han dado una mayor amplitud al contenido del convenio, permiten la cesión en pago o para pago cumpliendo determinados requisitos, no podemos aceptar la idea de que la norma precedente admitiera la cesión de bienes o derechos en pago o para pago de deudas sin establecer requisito o cortapisa alguna.* Por todo lo expuesto, la Sala considera correcto el rechazo de oficio por el juzgador del convenio aprobado, debido a que infringe las normas establecidas por la Ley sobre el contenido del convenio, tal y como establece el artículo 131.1 LC".

[23] Señala GUTIÉRREZ GILSANZ "por lo que se refiere a la propuesta de convenio con cesión en pago de bienes no necesarios para la continuación de la actividad del concursado, se regula en un precepto independiente, el art. 329 TRLC a tenor de cuya redacción puede plantearse si tal cesión sólo podría ser parte del contenido de una propuesta de convenio como alternativa y no también como adicional, como resultaba posible según el art. 100.3, párr. 2 LC. En efecto, la norma establece que << *en la propuesta de convenio de contenido alternativo se podrá incluir como una de esas alternativas la cesión en pago* >>. Una vez más debe acudirse a la libertad de configuración de proposiciones adicionales del art. 317.2 TRLC para afirmar que la cesión en pago puede constituir previsión adicional a una quita y/o espera, pudiendo formar parte del contenido único de una propuesta de convenio y ser objeto de imposición a los acreedores por la aceptación de la mayoría. Que esto es así se ratifica por el hecho de que la propia Ley excluye a los acreedores públicos de la posibilidad de imposición de la cesión en pago en el art. 329.5 TRLC…" (GUTIÉRREZ GILSANZ, 2023, 1683).

[24] BUIL ALDANA, 2022, 434.

[25] BUIL ALDANA, 2022, 435.

[26] BUIL ALDANA, 2022, 435-437.

[27] BUIL ALDANA, 2022, 437-438.

[28] BUIL ALDANA, 2022, 438. Como señala VALPUESTA GASTAMINZA el derecho a solicitar el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho "procede si se abre la liquidación (no si se aprueba y se cumple un convenio, en el que se pagan los créditos de otra forma)" (VALPUESTA GASTAMINZA, 2023, 1873).

[29] BUIL ALDANA, 2022, 439.

[30] BUIL ALDANA, 2022, 439.

[31] BUIL ALDANA, 2022, 440.

[32] A este respecto señala la SAP de Palma de Mallorca, Sección nº 5, 824/2023, de 13 de diciembre de 2023: "El deudor concursado se alza contra la Sentencia por la que la Magistrado-Juez del concurso desestima la solicitud de exoneración de pasivo insatisfecho por no aprobar el plan de pagos. Entiende el apelante que la resolución debe revocarse por cuanto, en contra de lo que en ella se razona, el plan de pagos presentado se ajusta a las exigencias del artículo 496 TRLC y que, aun cuando no se aprobara el plan de pagos, debería reconocerse el derecho de exoneración de pasivo insatisfecho. SEGUNDO.-La Disposición Transitoria Primera de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, obliga a acudir a la regulación del derecho de exoneración de pasivo insatisfecho contenida en los artículos 486 y siguientes TRLC en redacción posterior a la reforma. En el supuesto de autos, la solicitud del deudor responde al régimen especial de exoneración por aprobación de un plan de pagos sin liquidación de masa activa conforme a los artículos 495 y siguientes. Al regular el contenido del plan de pagos el artículo 496 prevé que la propuesta de plan de pagos deba incluir expresamente el deudor el calendario de pagos de los créditos exonerables que según esa propuesta vayan a ser satisfechos dentro del plazo que haya establecido el plan y relacionar en detalle los recursos previstos para su cumplimiento, así como para la satisfacción de las deudas no exonerables y de las nuevas obligaciones por alimentos, las derivadas de su subsistencia o las que genere su actividad, con especial atención a la renta y recursos disponibles futuros del deudor y su previsible variación durante el plazo del plan y, en su caso, el plan de continuidad de actividad empresarial o profesional del deudor o de la nueva que pretenda emprender y los bienes y derechos de su patrimonio que considere necesarios para una u otra. *La Sentencia apelada razona que el plan de pagos no responde las exigencias del artículo 496 al no comprender el pasivo exonerable, sino el pasivo no exonerable.* Se constata que es así cuando se acude al plan de pagos que se propone por el deudor. En él se hace constar que la cantidad no exonerable sobre la que se solicita plan de pagos es la de 4.349,05 euros que es la parte no exonerable conforme al artículo 489.1.5º TRLC del crédito de que es titular TGSS. Se solicita una duración de tres años para el plan de pagos con una cuantía de 120,80 euros mensuales. Como recursos previstos menciona una pensión no contributiva. El régimen de exoneración de pasivo al que acude el deudor, sin liquidación de masa activa, exige la aprobación del oportuno

plan de pagos. *El artículo 496 TRLC prevé que el calendario de pagos a incluir en el plan que se proponga debe ir referido a los créditos exonerables, sin perjuicio de que deba también recoger los recursos previstos para la satisfacción de los no exonerables. En el calendario de pagos que se ofrece por el deudor no hace mención a los créditos exonerables, con independencia de cuál sea su naturaleza, por lo que no puede ser aprobado al no ajustarse a la norma que lo regula.* Siendo ello así, debe mantenerse la resolución impugnada, sin que pueda concederse el derecho de exoneración de pasivo insatisfecho en la modalidad a la que acude el deudor sin la aprobación de un plan de pagos".

[33] Resulta de interés en relación con la exoneración del pasivo insatisfecho en caso de conclusión de concurso por insuficiencia de masa activa la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Barcelona, 73/2023, de 11 de julio de 2023. La entidad Santander Consumer Finance, S. A., presentó demanda incidental oponiéndose a la concesión de la exoneración del pasivo insatisfecho del concursado. Señala el juzgado que "la cuestión litigiosa en esta causa consiste en determinar si procede la realización de un vehículo sometido a reserva de dominio, bien mediante su venta, bien mediante su *dación en pago* a la entidad instante. En el presente caso, estamos ante un concurso sin masa del art. 37 bis y siguientes del TRLC (versión 2022). Esto supone la aplicación del régimen de exoneración del art. 486 en relación con los arts. 501-502 del TRLC (versión 2022). Esta modalidad de exoneración no requiere *plan de pagos,* ya que es un concurso sin masa y sin liquidación. La extensión de la exoneración aplicable viene marcada por el art. 489 del TRLC (versión 2022). Las posibles objeciones por la existencia de un vehículo sometido a reserva de dominio y la realización propuesta por la actora no son encuadrables dentro del incidente de exoneración del pasivo, sino que, *debido a la naturaleza del concurso sin masa, debería haberse personado y haber solicitado un nombramiento de AC al albur del art. 74 quarter para que hubiera valorado los indicios del art. 37 ter y, consiguientemente, haber podido abrir y declarar formalmente el concurso con todas sus secciones y allí poder enajenar el bien*. La entidad instante del presente incidente no alega ni acredita que no concurran los requisitos subjetivos y objetivos para la concesión de la exoneración del pasivo insatisfecho, previstos y contemplados en los arts. 487 y 488 del TRLC". Por todo ello se desestima la demanda incidental.

[34] ENCISO ALONSO-MUÑAMER y SANJUÁN Y MUÑOZ, 2022, 53. Ejemplifica lo expuesto en el texto el AJII nº 6 de Lérida, 429/2023 de 11 de julio de 2023, que explica: "Conforme al art. 486 de la Ley concursal (LC), el deudor persona natural, sea o no empresario, podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho en los términos y condiciones establecidos en esta ley, siempre que sea deudor de buena fe: 1.º Con sujeción a un plan de pagos sin previa liquidación de la masa activa, conforme al régimen de exoneración contemplado en la subsección 1.ª de la sección 3.ª siguiente; o 2.º Con liquidación de la masa activa sujetándose en este caso la exoneración al régimen previsto en la subsección 2.ª de la sección 3.ª siguiente si la causa de conclusión del concurso fuera la finalización de la fase de liquidación de la masa activa o la insuficiencia de esa masa para satisfacer los créditos contra la masa. En este caso, la solicitud se ha presentado después de la entrada en vigor de la L. 16/2022 ya que no se solicitó expresamente en el momento de la declaración de concurso. La deudora solicita un EPI sin plan de pagos con liquidación de la masa activa, por lo que no procede ningún plan de pagos. Asimismo, el art. 502 LC dispone que, si la administración concursal y los acreedores personados mostraran conformidad a la solicitud del deudor o no se opusieran a ella dentro del plazo legal, el juez del concurso, previa verificación de la concurrencia de los presupuestos y requisitos establecidos en esta ley concederá la exoneración del pasivo insatisfecho en la resolución en la que declare la conclusión del concurso. No se ha opuesto ningún acreedor. Y está finalizada la sección de calificación y no se encuentran pendientes de resolución demandas de reintegración o de impugnación activa o de responsabilidad de terceros. Tercero. El art. 483 de la Ley Concursal (LC) establece que en los casos de conclusión del concurso cesarán las limitaciones sobre las facultades de administración y de disposición del concursado, salvo las que se contengan en la sentencia de calificación, y cesará la administración concursal, ordenando el juez el archivo de las actuaciones, sin más excepciones

que las establecidas en esta ley Cuarto. El art. 484 de la LC establece que, en los casos de conclusión de concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor persona natural quedará responsable de pago de los créditos insatisfechos, *salvo que obtenga el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho*. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, mientras no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare un nuevo concurso. Para tales ejecuciones, la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a una sentencia firme de condena". El auto concluye otorgando el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho.

[35] CUENA CASAS, 2023, 12.

[36] Sin embargo, el AAP Barcelona, sección 15ª, 125/2023, de 20 de octubre de 2023, matiza lo siguiente en relación con una vivienda habitual hipotecada, cuyo propietario concursado continúa abonando regularmente las cuotas de amortización del préstamo hipotecario, incluyéndola en el plan de liquidación pero evitando su realización: "1. La administración concursal de Flor recurre en apelación la decisión del juez del concurso de incluir, en contra de su propuesta, la vivienda habitual del concursado en el plan de liquidación. 2. Nuestra posición sobre este tema, de acuerdo con la legislación vigente anterior, ha sido expuesta en nuestra sentencia núm. 844/2019, de 9 de mayo: "Esta cuestión la hemos abordado ya en otras resoluciones de esta misma Sección, entre ellas en el auto de 16 de octubre de 2018 (Rollo 793/2018), en el que expresábamos el parecer de la Sección y en la Sentencia de 29 de marzo de 2019 [2019/2967]. En estas resoluciones indicábamos que todos los bienes del deudor, conforme a lo dispuesto en el artículo 76 de la LC, se integran en la masa activa del concurso, a excepción de aquellos que, aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables, condición que no tiene la vivienda habitual (artículos 605 y 606 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). De igual modo, todos los bienes integrados en la masa activa deben ser objeto de liquidación, de acuerdo con los artículos 148 y 149 de la LC. La conclusión del concurso por liquidación, por tanto, precisa de la realización de todos los bienes del deudor (artículo 152 de la LC). Lógicamente, el hecho de que nuestro Ordenamiento Jurídico contemple la realización de la vivienda habitual tanto en la ejecución individual como en la colectiva, no vulnera el artículo 47 de la Constitución Española, precepto dirigido a los poderes públicos, que han de promover las condiciones necesarias para hacer efectivo el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Tampoco advertimos que ello infrinja el artículo 45 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, que en modo alguno descarta la ejecución de la vivienda habitual. El recurso señala que el crédito hipotecario que grava la vivienda se viene abonando puntualmente, tal circunstancia queda acreditada por cuanto el propio juzgado incluyó, dentro de un concepto amplio de alimentos, el pago de las cuotas del préstamo hipotecario, *circunstancia que tampoco excluye la liquidación dado que en el concurso constan otros acreedores, siempre y cuando esa liquidación suponga, de modo efectivo, un beneficio para los acreedores porque el precio de realización, una vez satisfecho el privilegio, pueda generar sobrante para el resto de acreedores.* Recordemos que el artículo 155.5º de la LC dispone que el acreedor privilegiado hará suyo el montante que resulte de la realización de los bienes afectos "en cantidad que no exceda de la deuda originaria", correspondiendo el resto, si lo hubiera, a la masa activa del concurso. Ello no impide que admitamos en la liquidación concursal la posibilidad de fijar, en beneficio del deudor, un precio mínimo de venta, tal y como prevén los artículos 670.4 º y 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. *O incluso no sacar el bien a subasta si el deudor está al día en el pago de la hipoteca y el precio previsible de realización no cubre el pago de la deuda hipotecaria si se diera por vencida anticipadamente.* En definitiva y como conclusión, en principio no puede excluirse la vivienda habitual de la masa activa, aunque, como hemos indicado, no sea descartable que el valor de la garantía no exceda del valor del bien o que resulte previsible que la enajenación en ningún caso cubrirá el crédito hipotecario. Si así fuera, teniendo en cuenta que el préstamo no se ha dado por vencido y que las cuotas se están abonando puntualmente, el juez podrá autorizar, previo traslado al titular del crédito y a los demás acreedores personados, que el bien no salga a subasta". 3. Así pues, el bien inmueble ha de ser incluido en el plan de liquidación, su subasta ha de hacerse de la totalidad del in-

mueble para el pago del acreedor con privilegio especial, en virtud de la indivisibilidad de la hipoteca y el principio de tramitación coordinada de los dos procedimientos concursales (no de la mitad indivisa). Las reglas de la subasta deberán de respetar el precio mínimo de la totalidad del inmueble, de acuerdo con las normas prevista en LEC, arriba citadas. 4. *Ahora bien, como sucede en este caso, la subasta podrá no ejecutarse si se cumplen simultáneamente tres requisitos: si el crédito hipotecario está al día, si el acreedor no insta su vencimiento anticipado y si no se puede suponer que después del pago del privilegio quede remanente para satisfacer a otros acreedores*.5. En este caso, según el inventario y la lista de acreedores elaborados por el administrador concursal, la vivienda tiene un valor de 140.240,04 euros, mientras que el importe pendiente de satisfacer del crédito hipotecario es de 188.139,09 euros. Incluso el acreedor privilegiado está conforme con evitar la realización del inmueble, siempre que el deudor se mantenga al día del pago de las cuotas. De esta forma la ejecución no beneficiaría a ningún otro acreedor, puesto que su valor no cubre el importe garantizado, y tampoco impediría que el deudor se exonerase del pasivo insatisfecho, sea mediante un plan de pagos, si el deudor tiene otras rentas, o definitivamente, si el deudor no dispone de otros ingresos con los que pagar los créditos exonerables". Por todo ello se estima el recurso de apelación y se modifica el auto aprobando el plan de liquidación, en el sentido de incluir en el plan la vivienda habitual, pero se acuerda no proceder a su realización siempre que el concursado esté al día del pago de las cuotas hipotecarias, lo que no impedirá al concursado solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho.

[37] CUENA CASAS, 2023, 12.

2. MERCANTIL
DERECHO DE SOCIEDADES

# La responsabilidad de los administradores y las cláusulas de indemnidad

## *The liability of directors and indemnity clauses*

Por

FRANCISCO REDONDO TRIGO
*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*
*Profesor de Derecho Civil y Abogado*

RESUMEN: Límites y competencia para la adopción de las cláusulas de indemnidad.

*ABSTRACT: Limits and competence for the adoption of indemnity clauses.*

PALABRAS CLAVE: Indemnity clauses, liability of directors.

*KEY WORDS: Cláusulas de indemnidad, responsabilidad de administradores.*

*SUMARIO:* I. LAS CLÁUSULAS DE INDEMNIDAD DE RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES EN LA DOCTRINA. LA RENUNCIA A LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD.—II. COMPETENCIA Y LÍMITES A LA INDEMNIDAD.—III.BIBLIOGRAFÍA.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

## I. I. LAS CLÁUSULAS DE INDEMNIDAD DE RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES EN LA DOCTRINA. LA RENUNCIA A LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD.—II. COMPETENCIA Y LÍMITES A LA INDEMNIDAD.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

En la práctica nos encontramos en numerosas ocasiones con que los administradores de una sociedad, por diferentes motivos, pretenden una exoneración de responsabilidad por las labores realizadas durante su período de gestión, proponiéndose diferentes fórmulas al efecto, desde, por ejemplo, la obtención de una carta de indemnidad emitida unilateralmente por el órgano de administración

https://doi.org/10.36151/rcdi.2025.806.13 

entrante o incluso el establecimiento de la indemnidad en el marco de una relación contractual, no siendo infrecuente el que aparezcan dichos compromisos de indemnidad sin la aprobación o ratificación de la correspondiente Junta General, factor que aumenta incluso el grado de incertidumbre sobre el alcance, efectos y validez de dicha indemnidad.

Como referente nos encontramos con que en el Derecho inglés (sect. 2322 (2) CA 2006) las promesas de indemnidad a consejeros relativas a la responsabilidad externa son válidas no lo siendo las promesas de indemnidad relativas a la responsabilidad interna, teniendo en el Derecho español el siguiente panorama que se nos ha ofrecido recientemente por la doctrina mercantilista[1]:

— Indemnidad por responsabilidad interna (acción social de responsabilidad)

Hemos de partir que la responsabilidad de los consejeros en Derecho español está matizada por la conocida regla de la *"business judment rule"*[2], recogida en el artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital, por tanto, cualquier referencia a la responsabilidad de administrador que se realice en este trabajo, lo será tras resultar la no aplicación de la protección de la discrecionalidad empresarial o *"business judment rule"*.

Efectivamente, cuando la sociedad lo que pretende es obligarse a indemnizar a los administradores por la responsabilidad en la que pudieran incurrir frente a la misma (responsabilidad por daños al patrimonio social), Gandía Pérez (vid. op. cit. pág. 30) razona que lo que realmente se está haciendo es excluir o limitar esa responsabilidad, ya que <…ante el eventual ejercicio de la acción social —por la sociedad, la minoría, los acreedores o la administración concursal—, los consejeros beneficiados por la garantía siempre podrían alegar como excepción de fondo la mala fe del demandante que reclama lo que, a renglón seguido, la sociedad estaría obligada a pagar al demandado en concepto de indemnización>.

Esta indemnidad interna tiene como primer límite que sólo se puede referir a los daños derivados de la infracción del deber de diligencia del administrador y no a los derivados del deber de lealtad del correspondiente administrador, debido al carácter imperativo de estos últimos (ex. art. 230.1 de la LSC).

Por otro lado, esta indemnidad de responsabilidad interna como mecanismo exonerante o limitador de responsabilidad frente a la sociedad frente al administrador la cual se ejercita normalmente a través de la acción social de responsabilidad (art. 238 LSC), tiene como cualquier cláusula contractual de limitación o exoneración de responsabilidad los límites generales del Derecho de Obligaciones previsto en el artículo 1102 del Código Civil, es decir, el dolo (entendido como la intención de causar daño) o culpa grave, sin que por otro lado aún en los casos en que encontrándonos dentro del ámbito cubierto (culpa leve) pueda existir exoneración derivada de penas pecuniarias, multas o sanciones administrativas[3].

En realidad, la falta de cobertura de las multas y sanciones administrativas parece claro ya que son producto del *ius puniendi* del Estado y el pacto de indemnidad no debe pues alcanzar a conductas ilícitas por resultar contrario incluso a la Moral y al Orden Público la garantía de conductas ilícitas (arts. 1255 CC y 1275 CC) en los que haya incurrido una actitud dolosa (art. 1102 CC), lo que ha de comprender igualmente a la responsabilidad civil derivada del delito doloso (ej. apropiación indebida, administración desleal…)[4].

Desde este momento, añadimos que la culpa o negligencia grave en el incumplimiento de obligaciones contractuales se equipara al dolo[5] según el brocardo *"culpa lata dolo aequiparatur"*-. Esta equiparación es afirmada de forma casi unánime y reiterada por la jurisprudencia y por la doctrina. Y, en su consecuencia, se aplica idéntico régimen de responsabilidad a quien incumple un contrato mediando dolo o culpa grave. De tal modo que las cláusulas de limitación de responsabilidad no son aplicables en supuestos de incumplimientos dolosos, tampoco lo son en los casos de incumplimientos gravemente negligentes.

En lo que respecta a la jurisprudencia y sobre la referida equiparación, dejamos citadas las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1992 (RJ 1992/6502) (en la que expresamente se equipara la culpa lata al dolo), 18 de junio de 1990 (RJ 1990/4764), 20 de marzo de 2003 (RJ 2003/2794) y 20 de diciembre de 2003 (RJ 1993/10100).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1875 (J.Civ., tomo XXXII, 1875, núm. 271) ya razonó que: *"Considerando que es ineficaz para eximirse de la obligación contraída la advertencia ó protesta que hizo al darle el encargo, diciendo que no respondía de cualquier desgracia, porque el extravío de la cantidad no se debió a caso fortuito, ni á desgracia alguna inevitable, sino que, por el contrario, fue efecto de su incuria, abandonado en el carruaje la cartera […] sin haber tomado antes las precauciones necesarias ni guardado en el bolsillo la llave de la cartera que contenía el dinero encomendado á su custodia, todo lo cual le coloca en el caso de prestar la culpa lata, respondiendo en su virtud del daño causado por su negligencia supina".*

Verda y Beamonte[6], en un trabajo sobre el tema con abundante recurso doctrinal[7], afirma contundentemente que: <Nos parece indudable que, tal y como hoy sostiene la doctrina mayoritaria, las cláusulas de exoneración de responsabilidad por culpa grave (la tradicionalmente denominada "culpa lata") son inválidas. Ciertamente, en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de lo que acontece en el italiano (cfr. artículo 1.229 del Código Civil) o en el suizo (cfr. artículo 100 del Código de las Obligaciones), no existe un precepto que expresamente sancione la nulidad de tales cláusulas. No obstante, su nulidad puede fundamentarse en la consideración de que son contrarias al orden público.

En una sociedad basada en una economía de mercado existe un interés general a que las obligaciones contractuales sean cumplidas por las partes, interés general, que se vería lesionado de manera intolerable, si se admitiera la posibilidad de pactar la exoneración de responsabilidad de quien en el cumplimiento de sus obligaciones incurriera en un comportamiento, en el que se apreciase una negligencia extrema, rayana al dolo>.

Lo anterior nos lleva también a la necesidad de entender qué se entiende por *"culpa lata"* o negligencia grave, a los efectos de esta aplicabilidad del artículo 1102 CC. Para ello, autores como Morales Moreno han hecho un análisis de este concepto desde la perspectiva histórica del mismo[8], que nos ayudan a la comprensión del concepto, por lo que podemos decir en definitiva que la culpa lata es la negligencia excesiva o grosera, consistente en no hacer lo que todos hacen o no hacer lo que todos comprenden. Los Mazeaud[9] dicen que <la culpa grave es una culpa no intencional, pero particularmente grosera. Su autor no ha querido realizar el daño, pero se ha comportado como si lo hubiera querido; era preciso no

comprender *quod omens intelligunt* [lo que todos comprenden], para obrar como él lo ha hecho sin querer el daño>.

Gandía Pérez nos propone[10] que el órgano social competente para la configuración de la carta de indemnidad es la Junta General, de acuerdo con lo establecido en el artículo 160 b) LSC [11] y en el artículo 238.2 LSC[12], resultando que tal postura ha sido objeto de crítica ya que no se estima que haya de llevarse a cabo mediante una modificación estatutaria aprobada por todos los socios o bien que constare en los estatutos originales, tal y como ha razonado Alfaro Águila-Real[13], puesto que en realidad se trata de una inclusión en el contrato de administración entre sociedad y administrador de una exoneración o limitación de responsabilidad exigible por naturaleza ante la falta de diligencia debida, resultando que esta cláusula contractual de indemnidad en la relación contractual administrativa entre sociedad y administrador puede ser aprobada expresamente o tácitamente por la Junta General[14].

En materia de renuncia a la acción social de responsabilidad[15] e íntimamente ligada a esta exoneración de responsabilidad interna del órgano de administración, hay sentencias que admiten que sea el órgano competente para decidirla el órgano de administración (entre las que conocemos, la Audiencia Provincial de Madrid) y otras que requieren la intervención de la Junta General (Juzgado Mercantil de A Coruña).

En el caso enjuiciado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.ª), de 7 de junio de 2012 (JUR 2012\238528), sobre un pacto de exoneración de responsabilidad con el siguiente tenor literal:

*«Con la percepción de las citadas cantidades en las fechas establecidas en el presente acuerdo, el directivo quedará saldado y finiquitado por todos los conceptos económicos derivados de la extinción de su relación con la Empresa, sin tener nada más que reclamar por causa de la referida relación o su extinción, exonerando la Empresa también expresamente al directivo respecto de las actuaciones realizadas en el curso normal de la gestión del negocio, renunciando expresamente las partes a todo tipo de acciones de cualquier naturaleza, reconociendo, asimismo el directivo no existir cantidades pendientes de naturaleza salarial o extrasalarial derivadas de las relaciones que han unido a las partes.»*

Razona la Audiencia que esta renuncia de «todo tipo de acciones de cualquier naturaleza», comprendía tanto la individual como la social, sobre la base de lo siguiente: (FJ sexto): *«[…] la renuncia se hace con conocimiento de la sociedad y del socio mayoritario de las irregularidades contables cometidas por el demandado lo que determina que la voluntad de las partes fuera extender la renuncia de acciones a las de responsabilidad por daños en su calidad de administrador que son las acciones que genuinamente pueden ejercitarse contra el administrador social por la sociedad y los socios por los daños que respectivamente pueda haberles ocasionado la gestión del administrador. Por lo demás, no cabe duda de que la acción social de responsabilidad —y desde luego la individual— es susceptible de transacción y renuncia como expresamente prevé el artículo 134.2 de la Ley de Sociedades Anónimas [act. Art. 238.2LSC] y es la propia parte actora y ahora apelada la que admite que quienes lo suscribieron en representación de los demandantes estaban plenamente facultados para ello. Además, la renuncia con conocimiento de las irregularidades contables*

*excluye que estemos en presencia de una renuncia a acciones de responsabilidad futura, esto es, con base a hechos ignorados o aún no producidos.»*

Por el contrario, en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 1, de La Coruña, de 22 de febrero de 2012 (AC 2012\353), analiza un contrato cuyo tenor literal era el siguiente:

«*1. Martinsa declara que desde que ha adquirido el control de Fadesa el 15 de marzo de 2007 hasta la fecha del presente documento, tanto ellas como los nuevos miembros del consejo de administración de Fadesa han examinado detenidamente, con el debido asesoramiento legal y técnico, la situación de la sociedad objeto de adquisición, sus activos y todos los aspectos relativos a la actividad empresarial desarrollada por la misma, en especial su gestión por las sociedades, por cualquier persona física o jurídica vinculada con las mismas, y por los anteriores miembros del consejo de administración, apoderados, directivos o empleados de Fadesa, durante el periodo que medió entre la firma, en fecha 28 de septiembre de 2006, del contrato de compromiso de transmisión y adquisición de acciones en el marco de una oferta pública de adquisición y del contrato de compromiso de transmisión y adquisición de activos y el cambio de control de Fadesa.*

*2. Finalizado este examen exhaustivo de la situación de Fadesa, Martinsa manifiesta su satisfacción con la situación de la sociedad objeto de adquisición, sus activos y todos los aspectos relativos a la actividad empresarial desarrollada por la misma y manifiesta su conformidad con la gestión llevada a cabo por los directivos y consejeros de Fadesa con anterioridad al perfeccionamiento de la oferta pública de adquisición que Martinsa formularon [sic] sobre esta sociedad.*

*3. Consecuentemente, Martinsa y Fadesa se comprometen explícita y terminantemente a no ejercitar, ni directamente ni por medio de personas físicas o jurídicas vinculadas a las mismas, ni ahora ni en el futuro, contra las sociedades, personas físicas y/o jurídicas vinculadas a las sociedades y/o en su caso a los anteriores miembros del consejo de administración de Fadesa, acción alguna relacionada directa o indirectamente con los contratos de compromiso de transmisión y adquisición de acciones en el marco de una oferta pública de adquisición y de transmisión y adquisición de activos de 28 de septiembre de 2006, con el perfeccionamiento de la oferta pública de adquisición formulada por Martinsa y/o con la gestión de Fadesa llevada a cabo por los directivos y consejeros de la misma con anterioridad al perfeccionamiento de la oferta pública de adquisición.»*

El Juzgado de lo Mercantil en cuanto a la naturaleza jurídica del contrato firmado, estima lo siguiente: «*contiene una expresa y clara renuncia que comprende, entre otras, las dos acciones que en la demanda se ejercitan, es decir, tanto la acción social de responsabilidad que corresponde a Fadesa frente a sus antiguos administradores, por daños causados al patrimonio social como consecuencia de una actuación negligente o contraria a los deberes propios de su cargo, como la acción individual de responsabilidad por daños directamente causados por los administradores de Fadesa en el patrimonio de Martinsa.»*

Finalmente, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 1, de La Coruña, de 22 de febrero de 2012, se pronuncia sobre el órgano competente (Junta General) para la renuncia de la acción social, con el siguiente tenor:

*"Eficacia de la renuncia a la acción social de responsabilidad.-*

*1.— Dispone el artículo 238 de la Ley de sociedades de capital (TR LSC) que la acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado a solicitud de cualquier socio aunque no conste en el orden del día. Añade el precepto que en cualquier momento la junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opongan a ello socios que representen el cinco por ciento del capital social.*

*2.— La atención de la doctrina mercantilista, desde los precedentes del precepto actual en el artículo 80 de la Ley de 1951 (RCL 1951, 811, 945), se han centrado en la delimitación del contexto a que se refiere la transacción y la renuncia a que la norma alude. Ya Garrigues y Uría sostenían que cuando la norma se refiere al acuerdo de la junta general sobre la transacción o la renuncia al ejercicio de la acción lo está haciendo a la acción social de responsabilidad previamente decidida o entablada en virtud de otro acuerdo de la junta, esto es, que la ley presupone que la acción ya está en marcha. Pero esta argumentación tenía por objeto excluir la posibilidad de que la renuncia a la acción de que trata el precepto pudiera referirse a la misma junta en que se plantea la cuestión de la responsabilidad, cerrar el paso a la posibilidad de que, decidido por la junta no entablar la acción, la minoría pudiera vetar ese acuerdo interpretando que implicaba una renuncia al ejercicio de la acción. Lo que la Ley trata de evitar, decían los mencionados tratadistas, es que una vez adoptado el acuerdo por la junta general de exigir responsabilidad a los administradores, la junta transija o renuncie al ejercicio de la acción, cediendo quizá a la presión que los administradores hayan podido ejercer sobre una mayoría con la que se encuentren estrechamente ligados.*

*3.— La anterior interpretación, aun no siendo actualmente unánime en la doctrina, no tiene otro alcance que el de delimitar el supuesto concreto a que alude el artículo 238. 2 de la LSC. Deja en cambio subsistente la cuestión de si pueden los administradores sociales actuales renunciar válidamente, en nombre de la sociedad, al ejercicio futuro de la acción social de responsabilidad contra los administradores salientes. Los demandados mantienen que esa renuncia es válida y eficaz, a salvo la responsabilidad en que hayan podido incurrir los administradores que la hacen si con ella han causado un daño a la sociedad, porque al tercero beneficiado por la renuncia —el antiguo administrador— no le sería oponible la infracción de los requisitos que deben concurrir para conformar la voluntad social sobre esta materia. Sostiene al respecto el profesor Gómez Pomar en su dictamen que un negocio jurídico que incluyera en su contenido la acción social de responsabilidad, celebrado por los administradores (sin el previo acuerdo de la junta) sería, en el plano material o sustantivo, en principio objeto del mismo tratamiento que cualquier otro negocio referido a bienes, derechos y acciones que corresponden o son de titularidad de la sociedad. Es decir, la acción social de responsabilidad no sería una suerte de "patrimonio separado" respecto del cual esté vedada toda actuación de los administradores.*

*4.— Debemos mantener, sin embargo, que el punto de partida de la regulación legal es que, siendo la sociedad la única titular de la acción de responsabilidad —sin perjuicio de que su ejercicio esté regulado en cascada para legitimar también a la minoría, a los acreedores y a la administración concursal, o a sólo ésta última en caso de concurso, tras la entrada en vigor de la Ley 38/2011 (RCL 2011, 1847 y 2133)—, el ejercicio de la acción, su transacción y su renuncia son competencia exclusiva de la junta general. Ni el poder de representación de los administradores alcanza*

*para disponer válida y autónomamente de la acción social de responsabilidad, ni pueden entenderse válidas las renuncias genéricas o implícitas, equivalentes a la que podría deducirse de la aprobación de las cuentas de un ejercicio o de la gestión social (artículo 238. 4 TR LSC). Y equivalente por genérica es la renuncia al ejercicio de la acción social —hecha por el administrador y consejero delegado de Fadesa Inmobiliaria S.A., sin previo ni posterior acuerdo de la junta— frente a los antiguos administradores con relación a toda su gestión anterior al perfeccionamiento de la oferta pública de adquisición.*

*5.— La validez de una renuncia presupone la titularidad y plena disponibilidad del derecho renunciado, además de que no sea contraria al interés o al orden público ni perjudique a terceros (Art. 6. 2 del C.C.). En este caso, el Sr. Cipriano, en tanto que administrador de Fadesa Inmobiliaria S.A. en la fecha del contrato, no tenía poder de disposición sobre la acción social de responsabilidad frente a los antiguos administradores; la renuncia, formulada además en términos genéricos, sería contraria al orden público societario y perjudicial para la sociedad, con lo que no puede entenderse válidamente hecha.*

*Las consecuencias que para el Sr. Cipriano se puedan derivar de su actuación, frente a la sociedad o frente a los antiguos administradores con los que convino la renuncia, no pueden ser tratadas en esta sentencia.*

*6.— Por último, el hecho de que la sociedad que ejercita la acción sea Martinsa-Fadesa S.A., resultante de la fusión por absorción de Fadesa por Martinsa, no debe perjudicar a la subsistencia de la acción que estamos tratando aun considerando que sea válida —y lo es, como más adelante se verá— la renuncia que en el propio contrato de 3 de agosto de 2007 hizo Martinsa. Si sostenemos que la renuncia a la acción social de Fadesa no es válida, y consideramos que la única acción de responsabilidad societaria a la que Martinsa pudo renunciar en esa ocasión es a la acción individual de responsabilidad (art. 241 TRLSC), no a la acción social puesto que ésta sólo corresponde a la sociedad frente a sus administradores, se convendrá también que la renuncia de Martinsa (hoy Martinsa-Fadesa S.A.) no puede afectar a la subsistencia de esta concreta acción."*

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) núm. 268/2017 de 4 mayo (JUR 2017\177017), fija con mayor concreción, los que, a su juicio, son los requisitos para la validez de la renuncia a la acción social de responsabilidad, con el siguiente tenor:

*"2. La renuncia de derechos contemplada en general en el art 6.2 CC (LEG 1889, 27) se define como "un negocio jurídico de carácter unilateral que se asienta en la declaración de voluntad —expresa o tácita— del titular del derecho por la cual abdica del mismo y consiente que salga de su patrimonio" (STS 26 de mayo de 2009), y según una jurisprudencia reiterada se exige que sea clara e indudable; puede ser expresa o tácita, pero no cabe imaginarla de hechos dudosos y que no sean inequívocos (por todas STS 20 de 2014).*

*En el caso concreto de la renuncia a la acción social de responsabilidad, debemos partir del artículo 238 LSC (RCL 2010, 1792 y 2400), que tras indicar que la acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, añade en su apartado 2*

*"En cualquier momento la junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opongan a ello socios que representen el cinco por*

*ciento del capital social" Esta previsión legal no se tiene en cuenta por la apelante, que parece negar esa posibilidad a la sociedad.*

*En la doctrina se suscita en qué términos es eficaz la renuncia, siendo escasos los pronunciamientos judiciales sobre el art 238 LSC (RCL 2010, 1792, 2400), apuntándose como parámetros de validez los siguientes:*

*En primer lugar, la renuncia es competencia exclusiva de la junta general, correlato de que la titular de la acción de responsabilidad social es la sociedad (sin perjuicio de la prevista en cascada en el mismo precepto y lo dispuesto en caso de concurso, art 48 quáter LC (RCL 2003, 1748))*

*Competencia que debe respetar el derecho de veto de la minoría, ya que no tendrá lugar si se opongan a ello socios que representen el 5% del capital social, que es la garantía que prevé el legislador para evitar situaciones de abuso e impunidad de los administradores, sin que sea aquí aplicable el art 236.2 LSC invocado por la apelante*

*En segundo lugar, no implica renuncia por no ser concluyente la que podría deducirse de la aprobación de las cuentas de un ejercicio o de la gestión social (artículo 238.4 LSC)*

*En tercer lugar, la renuncia sobre hechos futuros no es admisible. La sentencia de la Audiencia de A Coruña de 28 de diciembre de 2012 (si bien con ocasión de una acción individual, pero cuya ratio consideramos trasladable), con apoyo en el art 1.102 CC (LEG 1889, 27) y 6.3 CC razona "Se estaría renunciando anticipadamente a derechos indemnizatorios no nacidos en la esfera jurídica del renunciante, que provendría de la concurrencia de una conducta dolosa de la contraparte (dolo non preaestando), que el ordenamiento jurídico no permite, so pena de tolerar comportamientos ilícitos inadmisibles. Esta renuncia apriorística y genérica está vedada pues por el mentado art. 1102 del CC. "*

*En cambio, no hay inconveniente si los hechos desencadenantes de la responsabilidad se han producido y son conocidos en sus extremos esenciales, pues añade "No habría, sin embargo, problema alguno en admitir la renuncia posterior de la acción resarcitoria proveniente de conducta dolosa, bastaría, simplemente, incluso, que el acreedor dejara prescribir la acción; por otra parte, el art. 1813 de dicha Disposición General permite transigir sobre la acción civil dimanante de un delito. Una renuncia de tal clase se encuentra dentro del ámbito del poder de disposición del sujeto renunciante".*

*Conectado con ello, a lo que se renuncia es al ejercicio de la acción, no a la acción misma. Dicho de otra manera, no se renuncia a la acción social en general sino a ejercitar una acción social relativa a un sustrato fáctico determinado, siempre previo. El problema será, de una parte, determinar el alcance de esa renuncia si en la misma no se concretan o detallan esos hechos, y de otra parte, que haya una equivocada representación o conocimiento de los mismos, que pueda dar lugar a un supuesto de anulabilidad de la renuncia por la concurrencia de vicios en el consentimiento (error o dolo)*

*En cuarto lugar, la expresión "en cualquier momento" del art 238 LSC habilita la renuncia antes del inicio del procedimiento judicial en el que se reclame esa responsabilidad, sin que esté claro si es preciso la existencia de previo acuerdo de ejercicio de la acción.*

*Aunque la mayoría de la doctrina lo exige y el devenir lógico será que se renuncie tras un previo acuerdo de ejercitar la acción, lo cierto es que lo imprescindible es*

*que el derecho a cuyo ejercicio se renuncia haya nacido, y esto se produce cuando el hecho desencadenante de responsabilidad ha acontecido. Desde ese momento la sociedad puede ejercitarlo o renunciarlo, de igual modo que podría transar sin precisar ese previo acuerdo de ejercitar la responsabilidad, como apunta el art 238.3 LSC (que no los prevé necesariamente como consecutivos). La amplitud de la expresión legal apunta a que no parece que haya impedimento en la renuncia simultáneamente al acuerdo de promover la responsabilidad, o inclusive con anterioridad, si con ello se pretende dotar de seguridad a los implicados, pero eso sí, siempre que los hechos que pudieran generar responsabilidad hayan tenido lugar y sean conocidos en sus extremos esenciales".*

— Indemnidad por responsabilidad externa (terceros)

En realidad, la responsabilidad externa de un consejero viene dada generalmente por el ejercicio por parte de terceros de la acción individual de responsabilidad, aunque esta acción jurídica no es absorbente de otro tipo de situaciones que pudieran originarse en la práctica como es el caso de la responsabilidad civil derivada del delito (ej. apropiación indebida, delito doloso). Así, la responsabilidad civil ex delicto ni deriva del delito, ni tiene nada que ver con la pena. En realidad, los artículos 109 y siguientes del Código penal no son más que un régimen especial de la responsabilidad extracontractual general, prevista en los artículos 1902 y siguientes del Código civil, como demostrara, por ejemplo, Pantaleón Prieto[16].

Gandía Pérez[17], termina identificando la problemática de la indemnidad por responsabilidad externa con la indemnidad por responsabilidad interna, cuando razona lo siguiente: <En la mayor parte de los supuestos en los que el administrador incurre en responsabilidad externa en ejercicio de sus funciones (ex art. 241 LSC), la sociedad también responde frente al tercero perjudicado, al imputársele la actuación de su representante orgánico. Si el tercero se dirige contra la sociedad, la cuantía abonada en concepto de indemnización supondrá un perjuicio en el patrimonio social reconducible, en última instancia, a la conducta del administrador. De modo que la sociedad podría ejercitar, a su vez, la acción social frente a ese administrador cuando éste hubiera infringido sus deberes fiduciarios (ex arts. 236 a 238 LSC). En otras palabras: el administrador que causa un daño a un tercero incumpliendo sus obligaciones para con la sociedad, incurre al mismo tiempo en responsabilidad interna. Por este motivo, si el tercero se dirige contra el administrador y, acto seguido, la sociedad le reembolsa el importe satisfecho, ese reembolso equivaldría, en realidad, a una exoneración de la responsabilidad interna…>

## II. COMPETENCIA Y LÍMITES A LA INDEMNIDAD

Vista la anterior panorámica doctrinal y jurisprudencial, en nuestra opinión los dos grandes problemas unidos a la indemnidad de administradores son la determinación del órgano social competente para su establecimiento y los límites a dicha indemnidad.

Para la determinación del órgano social competente, entendemos que hemos de partir exactamente de la naturaleza jurídica de este compromiso de indemnidad que normalmente se estipula *ex ante*, es decir, con anterioridad al surgimiento

de los presupuestos o requisitos para la exigibilidad de la correspondiente responsabilidad del administrador en cuestión, momento en el que efectivamente juega el límite del artículo 1102 CC al que antes hemos hecho referencia[18], pero también resultando de aplicación para esta determinación competencial y sus límites lo previsto en el artículo 6.2 CC, con atención por tanto, a la naturaleza dispositiva o imperativa del ejercicio de la acción social de responsabilidad y si la misma puede producir perjuicio de terceros.

En términos generales, la cuestión entronca directamente pues con lo que se ha venido a denominar en la doctrina civilista como renuncia a derechos futuros, renuncia impropia o exclusión voluntaria de la ley aplicable.

Sobre este tema, destacamos por su claridad los razonamientos que hicieran en su momento Gullón Ballesteros[19] y Díez-Picazo.

Gullón Ballesteros razona que: <la mención de la renuncia de derechos junto con la exclusión de la ley aplicable significa que en realidad hay dos formas de renuncia. La renuncia de derechos que han sido ya adquiridos, y la renuncia entendida como voluntad de no llegar a adquirir aquellos, que se hubiera producido si la ley aplicable no se hubiera excluido. Pero técnicamente sólo hay renuncia en el primer caso, porque existe algo concreto sobre lo que se dispone. En el segundo caso, lo que hay en realidad es un acto de determinación del contenido de la relación jurídica de forma distinta al que le da la norma dispositiva, en la que se halla el derecho que se hubiera adquirido si no hubiese mediado la exclusión de la misma (Díez-Picazo, ADC 1956, pp. 1149-1181)>.

Con anterioridad, Díez-Picazo[20] ya nos había sentado las líneas divisorias de ambas clases de renuncias (renuncia de derechos vs. renuncia de ley, en la terminología ésta última del CC antes de la reforma del 1974), cuando nos enseñó lo siguiente: <Técnicamente renuncia es el acto de abandono de un derecho subjetivo cuya titularidad se posee. Ahora bien, en sentido impropio se considera renuncia aquel acto por virtud del cual no se abandona el derecho cuya titularidad se ostenta, sino que se rechaza o se impide la entrada en el patrimonio de un derecho que sin esta declaración de voluntad ingresaría normalmente. La diferencia entre una y otra especie de renuncia es clara. La primera presupone la titularidad plena y perfecta del derecho renunciado. La segunda, por el contrario, precisa que la titularidad del derecho se haya todavía atribuido al sujeto, pero que la atribución se producirá normalmente si el sujeto no manifiesta su voluntad en contrario. La renuncia típica es posterior al acto de nacimiento del derecho subjetivo. La renuncia impropia es anterior: lo que hace es impedir que nazca. La renuncia propia supone una manifestación de voluntad contraria a la continuación de la titularidad del derecho que se posee. La renuncia impropia es una manifestación de voluntad contraria a llegar a ostentar la titularidad de tal derecho.

De aquí se deduce que sólo la renuncia propia es verdadera renuncia, porque la única donde existe un objeto cierto que puede ser renunciado —un derecho subjetivo cuya titularidad se posee—. Cuando el derecho subjetivo se contempla no como una unidad cierta del patrimonio del renunciante, sino como mera posibilidad, no puede, en rigor, hablarse de renuncia. Lo que hay en tal caso es un acto de autonomía, un acto de determinación del contenido de la relación jurídica, acto de determinación cuya característica esencial consiste en la exclusión de un derecho que por formar parte del contenido típico de la relación —por estar previsto

en una norma dispositiva— existiría si las partes no lo excluyeran expresamente. Por esto la renuncia impropia no es tal renuncia, sino un acto de autonomía, una cláusula, una disposición de determinación del contenido, excluyente de un derecho establecido por una norma dispositiva>.

Del mismo modo, García Rubio[21], afirma que se puede renunciar a derechos subjetivos stricto sensu, a derechos potestativos, a derechos eventuales (sometidos a condición) o incluso a las meras expectativas de derechos aún no nacidos, citando ejemplos, como el artículo 970 CC (renuncia a la reserva vidual en vida del reservista) o el art. 1102 CC (renuncia preventiva a la acción de responsabilidad contractual si no era dolosa), aparte de los pactos o acuerdos preventivos de la ruptura matrimonial, donde está admitida en la práctica jurisprudencial la renuncia a derechos no nacidos, como la pensión compensatoria.

Gullón Ballesteros[22] también opina que en realidad la renuncia anticipada de derechos es una particularidad de la exclusión voluntaria de la ley aplicable, manifestando incluso que no existe posibilidad de perjuicio de terceros ante la misma.

Destacamos también a estos efectos, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2015 (RJ 2015\605), sobre los conceptos que venimos manejando, cuando razona que:

*"…La renuncia de derechos constituye un acto de disposición abdicativa respecto de un derecho subjetivo ya nacido que, como consecuencia de ello, sale del patrimonio del renunciante y a tal renuncia se refieren las sentencias que se citan en el motivo —sin posterior mención en su desarrollo— exigiendo que sea clara, contundente y expresa.*

*Cuando la renuncia se hace antes de que el derecho haya nacido, se trata más bien de un supuesto de exclusión de la ley aplicable que, en el ámbito contractual, resulta posible (artículo 1255 Código Civil) salvo que la ley establezca lo contrario para proteger la posición de alguno de los contratantes, como sucedía en el presente caso con el derecho de prórroga forzosa y no con el de retracto que resultó válidamente renunciado".*

Bien estemos denominando a la renuncia a la exigencia de responsabilidad de los administradores en acto unilateral o bilateral de renuncia efectuada con carácter previo al nacimiento de los presupuestos para el ejercicio de la acción social de responsabilidad, como renuncia impropia, renuncia anticipada o exclusión voluntaria de la ley aplicable, y, tratándose por tanto de una situación *ex ante* del nacimiento por tanto del derecho subjetivo, facultades y acción, podría entenderse inicialmente que sin expresión actual del derecho subjetivo no se puede por tanto exigir con carácter absoluto que sea el titular del genuino titular competencial del derecho subjetivo (Junta General, ex. arts. 160 g y 238.2 LSC, para renuncia *ex post*) quien lleve a cabo esta renuncia anticipada de exigencia de responsabilidad social, pudiendo por tanto residir tal facultad tanto en la propia Junta General e incluso en el propio órgano de administración de la sociedad, siempre y cuando tal renuncia impropia se hiciera con respeto a los límites que pudieren serle de aplicación y que veremos a continuación, no son fáciles en su apreciación y aplicación[23].

En cuanto al requisito del imposible perjuicio de terceros que sanciona el artículo 6.2 CC para la renuncia propia de derechos, coincidimos que el mismo no ha de ser exigible en la renuncia impropia de derechos ya que en realidad, el ter-

cero no va a poder demostrar la existencia de un perjuicio actual derivada de esa renuncia impropia, puesto que desconoce evidentemente si el derecho subjetivo renunciado anticipadamente ingresará el patrimonio del renunciante.

Por ello en la práctica, será el límite de la imposible exclusión de una norma imperativa el que realmente tengamos que tener presente en esta hipotética renuncia impropia.

Para dar respuesta a lo anterior, hemos de volver a recordar que en ningún caso podríamos estar hablando de exoneración de responsabilidades derivadas de la infracción del deber de lealtad del administrador en función del carácter nítidamente imperativo del mismo (ex. art. 230.1 de la LSC). En este ámbito y para una actuación preventiva de la Junta General renunciante *ex ante*, Gandía Pérez[24], tras hacerse eco de las nuevas posturas doctrinales tendentes a considerar la falta de imperatividad del régimen de exigencia de responsabilidad de administradores[25], —que se encuentran hoy con el respaldo de la imperatividad exclusiva del deber de lealtad (ex. art. 230.1 LSC)— se muestra favorable a la misma, razonando que: <Sea como fuere, lo que, a nuestro juicio, no cabe afirmar *de lege lata* es que una intervención preventiva de la junta, en ningún caso, puede tener como efecto la liberación de responsabilidad de los administradores. A diferencia de lo que sucede con la *Aktiengesetz* alemana, el *Code de commerce* francés y, tras la reforma de 2003, también con el *Codice civile* italiano, la Ley de Sociedades de Capital considera a la junta general el órgano «soberano» o «supremo» de la sociedad, al que se encuentra plenamente subordinado el órgano de administración en todas las facetas de la vida societaria, incluida la gestión. Esto se pone de manifiesto, por un lado, en la posibilidad que tienen los socios de nombrar y revocar *ad nutum* a los administradores (art. 223LSC) y, por otro, y lo que a estos efectos es más importante, en la facultad que la Ley reconoce a la junta general de inmiscuirse en los asuntos de gestión, impartiendo instrucciones que, bajo determinadas condiciones, resultan plenamente vinculantes para aquéllos (art. 161LSC)>.

Pero admitido, en sede general lo anterior, se abre otro interrogante en cuanto a la posibilidad de que dicha renuncia *ex ante* sea incluso efectuada por el órgano de administración, como posibilidad teórica anteriormente apuntada ligada al carácter impropio de la renuncia y la no necesidad de poder de disposición para la misma.

Obviamente si la actuación preventiva en que consistiera la renuncia se impusiera por los administradores renunciantes en relación con ellos mismos o personas vinculadas a ellos, la existencia del conflicto de interés en tal actuación impediría cualquier actuación preventiva en estos términos al venir vedada por la prohibición de evitar, incluso, situaciones de conflicto de interés que le son inherentes al imperativo deber de lealtad (arts. 238 y ss. LSC). Pero si falta esa identidad subjetiva entre el administrador renunciante impropio y el administrador destinatario de tal renuncia preventiva, no vemos en principio que pueda impedirse la virtualidad de tal pacto que exonera de responsabilidad a terceros administradores por infracción de sus deberes de diligencia, bien concretados en el momento de la renuncia *ex ante* o susceptibles de ser concretados en dicha secuencia temporal. Lo que no debería encontrar amparo bajo esta posibilidad, son aquellas situaciones que pudieran derivar en un acto en fraude de ley amparados bajo la cobertura de la exclusión voluntaria de la ley aplicable y que traten de elu-

dir indirectamente el propio deber imperativo del deber de lealtad (ex. art. 6.4 CC) como pudieran ser que las que se dieran por ejemplo en renuncias cruzadas entre administradores que intentaran burlar el deber de lealtad directamente aplicable, o sea, el administrador que no pudiendo renunciar a su responsabilidad efectúa la renuncia de su coadministrador a cambio de que éste haga lo propio con él, por ello, este tipo de renuncias han de ser analizadas con sumo cuidado en la práctica.

En la realidad, nos hemos encontrado en diversas ocasiones que la referida indemnidad por daños al patrimonio social es adoptada en el seno de acuerdos del correspondiente órgano de administración de la sociedad en casos en que como hemos visto tendría que ser competente la Junta General, por ej. una vez nacido el derecho subjetivo al tratarse de una renuncia propia y no de una renuncia impropia (en la que encontraríamos un reducido margen de actuación del órgano de administración como particular supuesto de la exclusión voluntaria de la ley aplicable, según hemos visto anteriormente), por lo que podemos razonar con ello lo siguiente:

(i) En el caso particular de una infracción competencial (art. 160 b. de la Ley de Sociedades de Capital), entendemos que la misma se ajusta a la ausencia de poder, resultando aplicable el régimen del artículo 1259 del Código Civil[26].

En la actualidad el artículo 9 Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017 sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades con idéntico tenor a su citado antecesor prevé lo siguiente:

*"Artículo 9*

*La sociedad quedará obligada frente a terceros por los actos realizados por sus órganos, incluso si estos actos no corresponden al objeto social de esta sociedad, a menos que dichos actos excedan los poderes que la ley atribuya o permita atribuir a estos órganos.*

*No obstante, los Estados miembros podrán prever que la sociedad no quedará obligada cuando estos actos excedan los límites del objeto social, si demuestra que el tercero sabía que el acto excedía este objeto o no podía ignorarlo, teniendo en cuenta las circunstancias, quedando excluido el que la sola publicación de los estatutos sea suficiente para constituir esta prueba."*

A nuestro juicio, la protección de los terceros de buena fe claro que preside la cuestión, pero no por la aplicación analógica del artículo 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital, sino porque precisamente esta protección de terceros de buena fe es susceptible de aplicación desde la propia doctrina aplicable al supuesto del artículo 1259 del Código Civil, aunque con límites propios de tal categoría.

Por lo tanto, es la Ley la que atribuye la competencia en esta materia del artículo 160 b) de la Ley de Sociedades de Capital a la Junta General de la sociedad, excluyéndola pues del ámbito del poder de representación del órgano de administración, configurándose pues cualquier actuación del órgano de administración en esta materia como una auténtica injerencia competencial y como una auténtica carencia o ausencia de poder, ajeno por tanto al margen de su actuación conforme o no al objeto social. De esta forma, con mayor o menor acierto (eso es objeto de otro debate) el legislador español no realiza ninguna desviación de lo previsto en la citada Directiva, la que le faculta como no podía ser de otra forma a realizar la distribución competencial de las materias propias de los órganos de las sociedades

de capital, estando la propia consecuencia de dicha distribución competencial pero en función de la tradicional regulación de esta materia, conectándose el supuesto a los casos de actuaciones ajenas al objeto social.

Es decir, en realidad dicho conflicto de intereses infringido había que ubicarlo dentro de la ausencia de poder y por tanto en la categoría del contrato inexistente, ex. artículo 1259 del Código Civil.

En apoyo de nuestra postura, acudíamos a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 16 de diciembre de 1997. — Coöperatieve Rabobank "Vecht en Plassengebied" BA contra Erik Aarnoud Minderhoud. — Petición de decisión prejudicial: Hoge Raad — Países Bajos. Asunto C-104/96 (*Recopilación de Jurisprudencia 1997 página I-07211), cuya* Parte Dispositiva es la que sigue:*"El régimen de oponibilidad frente a terceros de los actos realizados por los miembros de órganos sociales en situaciones de conflicto de intereses con la sociedad representada no está comprendido en el marco normativo de la Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, Primera Directiva tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, y es competencia del legislador nacional."*

(ii) La ratificación por la Junta General de la cláusula de indemnidad acordada por el correspondiente órgano de administración es un negocio jurídico unilateral y no formal, y que podrá ser tanto expresa como tácita. Así lo dispone expresamente el artículo 1727 Código Civil para un supuesto asimilable, el del mandatario que ha traspasado los límites del mandato, sin perjuicio de lo antes apuntado.

La doctrina jurisprudencial (cabe citar las de 21 de marzo de 2.003, 9 de junio de 2.004, 17 de febrero y 10 de junio de 2.005, 24 de mayo y 19 de octubre de 2.006), sin dejar resaltar la necesidad de una aplicación cautelosa (S. 30 de septiembre de 1.971), admite el posible efecto jurídico del silencio como declaración de voluntad en los casos en que sea aplicable la regla de que el que calla *"podía"* y *"debía"* hablar, entendiendo que hay ese deber cuando viene exigido, no ya por una norma positiva o contractual, sino, también, por las exigencias de la buena fe o los usos generales del tráfico, o, habiendo relaciones de negocios, el curso normal y natural de los mismos exigían responder de modo que al no hacerlo se provoca en el "destinatario" la lógica creencia de que se aceptaba. Es decir, se toman como pautas interpretativas los estándares jurídicos de la lealtad y la buena fe, el comportamiento justo y honrado, y se acomoda la respuesta al principio del *quod plerumque accidit* o *quod plerisque contingit*, en relación con las conductas observadas y observables en el tráfico negocial".

Esta doctrina jurisprudencial, por tanto, admite el posible efecto jurídico del silencio como declaración de voluntad en los casos en que sea aplicable la regla de que el que calla "podía" y "debía" hablar, y entiende que existe ese deber cuando viene exigido, no sólo por una norma positiva o contractual, sino también *"por las exigencias de la buena fe o los usos generales del tráfico, o, habiendo relaciones de negocios, el curso normal y natural de los mismos exigían responder de modo que al no hacerlo se provoca en el "destinatario" la lógica creencia de que se aceptaba"*.

Pero para que el destinatario pueda invocar su confianza en la existencia de tal declaración de voluntad con eficacia jurídica es presupuesto necesario, asimis-

mo, que el silencio resulte "elocuente". La jurisprudencia ha precisado también esta idea, de forma que *"el consentimiento tácito ha de resultar de actos inequívocos que demuestren de manera segura el pensamiento de conformidad del agente (sentencias de 11 de noviembre de 1958 y 3 de enero de 1964), sin que se pueda atribuir esa aceptación al mero conocimiento, por requerirse actos de positivo valor demostrativo de una voluntad determinada en tal sentido (sentencias de 30 de noviembre de 1957 y 30 de mayo de 1963)"*

Esta exigencia del carácter inequívoco del consentimiento tácito se refuerza cuando su consecuencia, en caso de estimarse como manifestación de una declaración de voluntad, es una renuncia de derechos. Como se declaró en la sentencia del Tribunal Supremo núm. 57/2016, de 12 de febrero, con cita de la anterior de 28 de enero de 1995: *"[…] la renuncia de derechos, como manifestación de voluntad que lleva a cabo el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación del mismo, ha de ser, además de personal, clara, terminante e inequívoca, sin condicionante alguna, con expresión indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma, y revelación expresa o tácita, pero mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos"* [27] [28].

Por tanto, la falta de pronunciamiento en contra por la correspondiente Junta General de desaprobación de la gestión del correspondiente órgano de administración, puede entenderse como una ratificación tácita de la cláusula de indemnidad en estos casos ya que dicha actuación compasiva puede entenderse en una provocación de situación de confianza en los administradores relativas a la aceptación de las cláusulas de indemnidad acordadas, máxime cuando los propios socios minoritarios tendrían legitimación activa para la interposición de la acción social de responsabilidad en los términos que lo permite la LSC, o sea, se acepta tácitamente un acto de renuncia de una acción de responsabilidad (acción social) para lo que se ostenta legitimidad, pudiéndose entender que callaron y deberían haber hablado.

En cuanto a la posibilidad de entender el acuerdo de aprobación de la gestión social como un acto ratificatorio de la actuación de administradores, con carácter general, citamos la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª) núm. 268/2015 de 21 octubre (JUR 2016\66944), que razona lo siguiente:

*En cualquier caso, esa mención no es óbice para la exigencia de la responsabilidad, pues de acuerdo con lo dispuesto en el art. 236.2 de la LSC (RCL 2010, 1792 y 2400), en ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general. Esa aprobación de la gestión puede implicar una especie de ratificación que, como señala el precepto, en ningún caso exonera de responsabilidad, ni siquiera procediendo de la junta general, por lo que tampoco cabe estimar este motivo del recurso.*

Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 482/2023 de 11 abril de 2023 (RJ 2023\2617), cuando dice que:

*7.— Aunque se sostuviera, a efectos meramente dialécticos, que el acuerdo de aprobación de la gestión social supone una "ratificación" por la junta general de un acto del administrador que la minoría (o la mayoría, en un momento posterior) considere causante de un daño a alguno o algunos socios o a la sociedad, el art. 236.2 de la Ley de Sociedades de Capital, al regular la responsabilidad de los administradores,*

*prevé que "[e]n ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general".*

En suma, en esta materia y en lo concerniente ante la competencia y los límites a las indemnidades de responsabilidad de los actos de los administradores nos encontramos ante una materia ausente de una clara doctrina al respecto necesario de la debida ponderación de los intereses en juego en el caso en concreto, resultando deseable la concreción de la misma en la práctica de nuestros tribunales.

## IV. BIBLIOGRAFÍA

Alfaro Águila-Real. https://almacendederecho.org/nombramiento-y-contrato-de-administrador-y-ii-la-coordinacion-entre-la-posicion-institucional-y-la-contractual

Alfaro Águila-Real. https://derechomercantilespana.blogspot.com/2022/11/las-indemnity-letters-libradas-por-la.html.

Bejarano Díaz. La asegurabilidad de las sanciones penales y administrativas a través del seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos. Diario La Ley, Nº 10436, Sección Tribuna, 30 de enero de 2024.

Cabanillas Sánchez. Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (Dirigidos por Manuel Albaladejo) Edersa, 2004, Tomo I, Vol 1º: Artículos 1 a 7 del Código Civil.

Díez-Picazo. La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos. Anuario de Derecho Civil, 1956.

Gandía Pérez. La renuncia a la acción social de responsabilidad. Civitas, 2017.

Gandía Pérez, Las *"garantías de indemnidad"* en favor de los administradores de sociedades de capital, Revista de Derecho Mercantil, 325 (2022).

García Rubio. Comentarios al Código Civil (Dir. A. Domínguez Luelmo), ed. Lex Nova, Valladolid, 2010.

García Villarrubia. https://www.uria.com/es/publicaciones/7942-la-regla-de-la-discrecionalidad-empresarial. Boletín 137, Uría-Menéndez.

Gullón Ballesteros. Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia. Vol. I. BOE, 1991.

Gullón Ballesteros. Comentario del Código Civil (oord... Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), vol. 1. Edit. Bosch., Barcelona, 2000.

Mazeaud, H., L. y J. Lecciones de Derecho Civil, traducción española, Buenos Aires. Editorial Jurídica, Europa-América, 1960, T. II, parte segunda.

Morales Moreno, El incumplimiento del contrato y lucro cesante. Ed. Thomson-Reuters, Civitas, 2010.

Morales Moreno. El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa. Anuario de Derecho Civil, III, 1982.

Pantaleón Prieto. Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia. Vol. II. BOE, 1991.

Paz-Ares. La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo. Indret, octubre 2003.

Redondo Trigo. Crónica sobre la doctrina contradictoria de las audiencias provin-

ciales en la aplicación del artículo 160 f LSC como preludio de una casación. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año nº 99, Nº 796, 2023.
Verda y Beamonte. Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el Derecho español. Revista Chilena de Derecho Privado, núm. 4, 2005, pp. 48-49, Universidad Diego Portales Santiago, Chile.

## IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 16 de diciembre de 1997
- Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1875
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1.971
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1990
- Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1992
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1995
- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2.003
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2003
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2.004
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2004
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2005
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2.005
- Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2006
- Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2.006
- Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2015
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2016
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 abril de 2023
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de junio de 2012
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 21 octubre de 2015
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 4 mayo de 2017
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de mayo de 2022
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 6 de septiembre de 2022
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 1, de La Coruña, de 22 de febrero de 2012

## NOTAS

[1] Vid. Gandía Pérez, Las *"garantías de indemnidad"* en favor de los administradores de sociedades de capital, Revista de Derecho Mercantil, 325 (2022).

[2] Para una mayor extensión sobre esta regla, vid. García Villarrubia. https://www.uria.com/es/publicaciones/7942-la-regla-de-la-discrecionalidad-empresarial. Boletín 137, Uría-Menéndez.

[3] Vid. Gandía Pérez, *Las garantías…* (op. cit. pags. 19 y 26), por similitud al caso de las pólizas de seguro *D&O*.

[4] Sobre el imposible aseguramiento del dolo, Vid. Bejarano Díaz. <La asegurabilidad de las sanciones penales y administrativas a través del seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos>. *Diario La Ley,* Nº 10436, Sección Tribuna, 30 de enero de 2024.

[5] Como dice Morales Moreno, El incumplimiento del contrato y lucro cesante. Ed. Thomson-Reuters, Civitas, 2010: <El supuesto de dolo previsto en el art. 1107 II podemos definirlo así. Es un acto de incumplimiento del contrato, causante de daños a bienes o intereses del acreedor que se sitúan más allá del interés protegido por el contrato (art. 1107: el fin de protección del contrato), y que por la intención del sujeto, que directamente pretende causar un daño al otro contratante, o por la propia antijuridicidad del acto (acto contrario a una norma o las exigencias de la buena fe) justifica una imputación de responsabilidad al deudor fundada en la ilicitud de su conducta y no exclusivamente en el hecho del incumplimiento>.

[6] Verda y Beamonte. <Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el Derecho español>. *Revista Chilena de Derecho Privado,* núm. 4, 2005, pp. 48-49, Universidad Diego Portales Santiago, Chile.

[7] Verda y Beamonte recoge la siguiente doctrina: <En la actualidad, la tesis de que no cabe exención de responsabilidad por culpa lata está ampliamente asentada en la doctrina. Cfr., en tal sentido, Álvarez Lata (n. 1), p. 159; Díaz Alabart (n. 1), p. 580; Díez Picazo y Gullón (n. 1), p. 202; García Amigo (n. 1), pp. 146-147; Jordano Fraga (n. 1), pp. 646-647, Montes Penadés (n. 1), p. 152; Serra Rodríguez (n. 1), p. 123, Torralba Soriano (n. 1), p. 514. Es aislada la opinión contraria de Carrasco Perera (n. 1), p. 472, quien considera que: "Cabrá exclusión convencional de la culpa lata siempre que el aumento de riesgo que sufre el acreedor por consecuencia de la mayor irresponsabilidad del deudor haya podido ser 'vendido' al deudor, bien mediante un mayor rigor en su contraprestación, bien mediante una rebaja de la prestación del acreedor"; y concluye: "No hay ninguna razón válida que impida al deudor 'comprar' una mayor exoneración de riegos. Naturalmente, es un problema de indagación de la causa negocial concreta".>

Verda y Beamonte también cita a los siguientes autores: <Castán Tobeñas (n. 1), p. 171, afirma que: "publicado el Código civil, como sus disposiciones no recogen ni el nombre ni el concepto antiguo de la culpa 'lata', ni contiene prohibición de renunciar la acción para exigir la responsabilidad proveniente de culpa en cualquiera de sus grados (silencio expresivo, al lado de la declaración que respecto al dolo se hace en el art. 1.102), por más que la palabra 'igualmente', puesta en el art. 1103, puede ser origen de dudas, opina Manresa que cabe la renuncia de esa acción siempre que la culpa, por extremada que sea, no deje de ser tal 'culpa' y se convierta en 'dolo'" (idéntica posición se mantiene en la edición decimoquinta de la obra, de 1988, puesta al día por G. García Cantero). Esta tesis ha sido abandonada en la actualidad por la práctica totalidad de la doctrina. Parece que hay que interpretar que Badosa Coll, (n. 1), p. 39, se muestra contrario a la admisibilidad de un pacto de exoneración por culpa lata, cuando, al preguntarse sobre: "si se puede eliminar totalmente la responsabilidad por culpa mediante la renuncia anticipada de la acción", responde lo siguiente: "la respuesta la da precisamente el art. 1102 fin, según el cual se puede eliminar la responsabilidad por culpa siempre que no se configure de tal modo que se entre en la impunibilidad del dolo"; y, más adelante, añade: "suprimir totalmente el deber de diligencia equivale a que el deudor carezca de toda carga en orden al cumplimiento y, por tanto, a la legitimación del dolo; en conclusión la impunidad de la culpa debe hacerse manteniendo un mínimo de deber de

diligencia". Más claramente, Delgado Echevarría (n. 1), p. 239, afirma que la prohibición de renuncia a la acción del artículo 1.102 del Código Civil: "comprende también, según amplio consenso doctrinal, la culpa grave. No es razón para negarlo el argumento 'a contrario' del artículo 1.103; en último término, el pacto que pretendiera exonerar de la culpa grave sería contrario al orden público (art. 1255)". Díaz Alabart (n. 1), p. 580, al tratar de la cuestión de la validez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad por culpa lata, se pronuncia en los siguientes términos: "Contra el orden público parece desde luego, un pacto que en el fondo deja el cumplimiento de una obligación a la voluntad de uno de los contratantes. Prohibición que también recoge específicamente el artículo 1256 del Código civil". Díez Picazo y Gullón (n. 1), p. 202, en evidente referencia a la culpa lata, observan que: "las cláusulas que supongan renuncia a exigir en todo caso la responsabilidad por culpa debe estimarse nulas por inmorales u opuestas al artículo 1256, pues el cumplimiento de la obligación quedaría a voluntad del obligado". García Amigo (n. 1), pp. 146-147, afirma que: "la responsabilidad derivada de culpa grave se sustrae a la libertad contractual de los particulares, y no porque lo diga expresamente, con fórmula imperativa —como en el caso de dolo—, un precepto específico del Código civil, sino porque tanto el dolo como la culpa grave, en cuanto causas de atribución de la responsabilidad, constituyen materia de orden público". Serra Rodríguez (n. 1), p. 123, al comentar el alcance del artículo 1.104 del Código Civil, expone que; "a pesar de esta norma que concede plena eficacia a los pactos modificativos de los modelos legales de diligencia, esta exclusión es rechazable respecto de esa diligencia mínima exigible al individuo medio ('minima diligentia'), y cuya inobservancia da lugar a lo que tradicionalmente se ha considerado culpa grave ('culpa lata')>.

[8] Morales Moreno. <El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa>. Anuario de Derecho Civil, III, 1982.

[9] Mazeaud, H., L. y J. Lecciones de Derecho Civil, traducción española, Buenos Aires. Editorial Jurídica, Europa-América, 1960, T. II, parte segunda, pág. 111.

[10] Gandía Pérez (vid. op. cit. *Las garantías…* pág. 39), razona al respecto: <Por tanto, la previsión de una cláusula que, de un modo u otro, altere la responsabilidad de los administradores, por infracción del deber de diligencia únicamente podrá llevarse a cabo en los estatutos originales, o bien mediante una modificación posterior aprobada con el consentimiento de todos los socios>.

[11] Art. 160 b) LSC. b) El nombramiento y separación de los administradores, de los liquidadores y, en su caso, de los auditores de cuentas, así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de ellos.

[12] Art. 238.2 LSC. En cualquier momento la junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieren a ello socios que representen el cinco por ciento del capital social.

[13] Alfaro Águila-Real. https://derechomercantilespana.blogspot.com/2022/11/las-indemnity-letters-libradas-por-la.html., opina en contra que:

<Este juicio sobre las indemnity letters parece excesivo. Quizá proviene de que, previamente, el autor ha renunciado a profundizar en la 'naturaleza jurídica' de estas cartas de indemnidad en el sentido que he expuesto más arriba.

Tengo la impresión, pero el asunto merece un examen más detenido, que incluir una cláusula en el contrato con el administrador por la que se deroga el art. 1729 CC en los casos de reclamaciones de terceros no puede equivaler a "variar ex ante y con carácter general el régimen de responsabilidad de los administradores" hasta el punto de que, para su válida introducción en el contrato de administración sea necesario, nada menos que ¡una modificación estatutaria aprobada por todos los socios!

Veamos con algo más de detalle en qué tipo de casos resultará de aplicación esta promesa de indemnidad. El supuesto de hecho es que el administrador causa un daño a un tercero —no a la sociedad— y éste le reclama su indemnización porque el daño es imputable personalmente al administrador. Si el tercero reclama también a la sociedad y la sociedad indemniza al tercero, para que la sociedad pueda repetir contra el administrador, tendría que

probar que la conducta dañosa del administrador no sólo supuso una infracción de un deber de cuidado (duty of care) que el ordenamiento impone personalmente a los administradores para proteger los bienes y derechos de los terceros, sino también la infracción del deber de diligencia o lealtad que el administrador 'debe' a la sociedad.

Gandía pone el ejemplo de un administrador que realiza unas manifestaciones públicas denigratorias para un competidor (mi ejemplo favorito es el de la antiquísima serie de televisión 'La ley de Los Ángeles' donde un productor de cerveza estadounidense hace correr la especie de que los mejicanos —que estaban entrando exitosamente en el mercado con su cerveza— se orinaban en la cerveza). Dice Gandía que si el administrador es condenado junto con la sociedad al pago de una indemnización al competidor y es la sociedad la que paga,

"podría repetir luego esos cien mil euros al administrador responsable mediante el ejercicio de la acción social, con lo que, al final, la indemnización recaería sobre el autor material del daño. Mas si es el administrador el que paga al tercero, el posterior reembolso de la sociedad equivaldría a una renuncia a esa acción de repetición y, por ende, a una exoneración de la responsabilidad social (sería, en definitiva, la sociedad la que acabaría asumiendo el daño derivado de una mala gestión del administrador).

En primer lugar, —y esto lo reconoce Gandía— no es evidente que, en un caso así, la sociedad pueda repetir contra el administrador. En la mayor parte de los casos, la conducta dañosa para el tercero realizada por el administrador no generará responsabilidad de éste frente a la sociedad porque estará amparada por la business jugdment rule. Piénsese en la omisión de medidas de seguridad especialmente exigentes o en que los daños los haya causado la conducta de algún subordinado. En el caso, el administrador tenía razones para pensar que las manifestaciones no eran denigratorias o simplemente creía de buena fe que su contenido era verdadero. El estándar de responsabilidad frente a los terceros (el duty of care) no es idéntico al patrón de responsabilidad interno (business judgment rule). Frente al tercero, el estándar o patrón de conducta y el estándar de responsabilidad coinciden (responsabilidad extracontractual). Frente a la sociedad, el estándar de conducta —actuación diligente y leal— y el estándar de responsabilidad —negligencia o dolo— no coinciden por la existencia de la business jugdment rule. Gandía:

Así las cosas, el compromiso asumido por la sociedad sólo será válido cuando, a pesar de haber incurrido en responsabilidad ante el tercero, el administrador hubiera actuado cumpliendo sus deberes de diligencia y lealtad, es decir, cuando la responsabilidad externa no vaya acompañada de una responsabilidad interna o societaria. Piénsese, por ejemplo, que el beneficio obtenido por la sociedad hubiera sido superior al coste de la indemnización al tercero, o que la conducta del administrador estuviese amparada por la regla de protección de la discrecionalidad empresarial (art. 226 LSC) .... Por seguir con el supuesto anterior: imaginemos que existen serias dudas de que las manifestaciones vertidas por el administrador cumplan realmente con los requisitos del artículo 9 de la Ley de Competencia Desleal para ser consideradas prohibidas y que el administrador hubiera actuado en todo momento de buena fe, en la creencia subjetiva de que obraba en el mejor interés de la sociedad, y que lo hubiese hecho, además, debidamente asesorado por su equipo jurídico. Si, aun así, el competidor denigrado consigue una sentencia favorable y la sociedad es condenada al pago de una indemnización, ésta no podría repetir después contra el administrador, dado que estaría cubierto por la business (rectius, legal) judgment rule (art. 226 LSC). Por eso mismo, tampoco habría inconveniente en que la sociedad asumiese el reembolso de la indemnización si quien la paga es el administrador. Después de todo, no estaría haciendo más que asumir el coste de una actuación realizada en su propio beneficio, ampliando el ámbito de aplicación de la regla del juicio empresarial a la responsabilidad externa.

Pero, ni siquiera en los casos en los que el daño al tercero lo ha causado una actuación negligente (perturbadora) del administrador, en el sentido de infractora del deber de cuidado frente a ese tercero y del deber de diligencia frente a la sociedad, podemos dejar de lado que la actuación del administrador se ha realizado en beneficio e interés de la sociedad. Y, no cabe duda de que el administrador podría reclamar de la sociedad como parte de su retribu-

ción, un seguro de responsabilidad civil o que se le abonen como parte de su remuneración las primas correspondientes a un seguro de responsabilidad civil que cubra este riesgo. Creo que estaremos de acuerdo en que la contratación de tal seguro o el pago por la sociedad al administrador de las primas correspondientes no requieren de una modificación de los estatutos y del consentimiento de todos los socios pero, materialmente, equivalen a la emisión por la sociedad de una indemnity letter. Es más, como concluye Gandía siguiendo a Roncero,

... el interés económico de la carta de indemnidad será, por lo general, bastante escaso. Ya que si el administrador y la sociedad responden solidariamente, lo normal es que el tercero únicamente se dirija contra el administrador cuando la sociedad sea insolvente, y en esa circunstancia el compromiso de indemnización devendría ilusorio. De ahí que, en la práctica, la utilidad de la carta quede reducida a los supuestos, si es que los hay, en los que el administrador no responda frente al tercero junto con la sociedad).

Si es así, el administrador que acepta una indemnity letter en lugar de la contratación de un seguro de responsabilidad civil con una compañía de seguros está haciendo un favor a la sociedad.>

[14] Alfaro Águila-Real. https://almacendederecho.org/nombramiento-y-contrato-de-administrador-y-ii-la-coordinacion-entre-la-posicion-institucional-y-la-contractual, razona que:

<Celebración del contrato de administración con un tercero

Pero, así como nadie puede sustituir a la junta en el nombramiento, nada impide que el contrato de administración lo celebre, por cuenta de la sociedad, un tercero con el administrador, con excepción del contrato de consejero-delegado que ha de ser celebrado por el consejo.

La doctrina entiende que, cuando se celebra por un tercero, el contrato ha de ser ratificado por el órgano social competente para el nombramiento, pero la necesidad de ratificación es discutible. En primer lugar, puede ser tácita, en sociedades de pocos socios y, desde luego, en sociedades unipersonales.>.

[15] Vid. en extensión sobre este tema. Gandía Pérez. *La renuncia a la acción social de responsabilidad. Civitas,* 2017.

[16] Pantaleón Prieto, en sus comentarios a las SSTS de 28 de enero, 10 de marzo, 27 de mayo, 25 de junio y 7 de julio de 1983 (en CCJC, 1983, n.º 1, pp. 103 a 116; n.º 2, pp. 447 a 458 y 617 a 629; n.º 3, pp. 789 a 799 y 825 a 836), de 13 de julio de 1984 (en CCJC, 1984, n.º 6, pp. 1953 a 1964), de 6 de mayo de 1985 (en CCJC, 1985, n.º 8, pp. 2609 a 2624) y de 1 de julio de 1986 (en CCJC, 1986, núm. 12, pp. 3883 a 3915), y también en Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia. Vol. II. BOE, 1991 p. 1973.

[17] Vid. Gandía Pérez, *Las garantías*…pág. 40.

[18] Vid. Verdá Beamonte…op. cit. págs. 40 y 41. <Evidentemente, como expresamente prevén el artículo 1.229 del *Código Civil* italiano, el artículo 100 del *Código Civil* suizo de las obligaciones o el parágrafo 276 del *Código Civil* alemán, la nulidad de las cláusulas de exoneración de responsabilidad se refiere exclusivamente a los pactos de renuncia previa, esto es, a los que tienen lugar con anterioridad al incumplimiento de la obligación, hecho que determina el nacimiento de la responsabilidad del deudor. Es indiferente que tales pactos se hayan estipulado en el momento de la celebración del contrato, esto es, incluyéndose en él como una de sus cláusulas o, por el contrario, hayan sido estipulados con posterioridad a la celebración del mismo, en un documento separado. En cambio, no suscita ninguna duda, la validez del pacto, por el que el acreedor renuncia al derecho a reclamar la responsabilidad por dolo del deudor, si tal pacto tiene lugar después de haber tenido lugar el incumplimiento.

Dado que el acreedor no está obligado a ejercitar la acción tendente a hacer efectiva la responsabilidad del deudor, y, si quiere, puede no ejercitarla, nada le impide pactar la renuncia al ejercicio de dicha acción, a cambio, por ejemplo, del compromiso de aquél de proceder al cumplimiento inmediato del contrato o de entregarle una cantidad de dinero, en concepto de indemnización, menor a la que previsiblemente se fijaría en una sentencia de condena, evitándose, así, la dilación inherente al proceso judicial.>

[19] Gullón Ballesteros. *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia.* Vol. I. BOE, 1991, pág. 34.

[20] Díez-Picazo. <La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos>, *Anuario de Derecho Civil,* 1956, pág. 1172 y 1173.

[21] García Rubio. *Comentarios al Código Civil* (Dir. A. Domínguez Luelmo), ed. Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 64.

[22] Gullón Ballesteros. *Comentario del Código Civil* (coord.. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), vol. 1. Edit. Bosch., Barcelona, 2000, pág. 388.

[23] Cabanillas Sánchez, expone los límites a la exclusión voluntaria de la ley aplicable, expresando lo siguiente: <Para que la exclusión voluntaria de la aplicable sea eficaz no debe ser contraria al interés o el orden público, ni causar perjuicio a terceros.

Nuestro legislador establece los mismos límites para la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia de los derechos reconocidos en la ley. Esta identidad de límites para las dos figuras ha sido criticada por la doctrina debido a la distinta naturaleza jurídica de ambas (37).

Díez-Picazo y Gullón (38) afirman que estos límites, que proceden del antiguo artículo 4 del Código civil, sólo tienen sentido para la renuncia de los derechos. Su extensión a la llamada exclusión voluntaria de la ley aplicable se produce con gran dificultad. En rigor, lo que impide la renuncia de la ley o exclusión voluntaria de la ley aplicable no es que tal renuncia o exclusión contraríe el orden público o perjudique el interés de terceros, sino que la ley aplicable sea una ley imperativa o que no se establezca mediante negocio jurídico la reglamentación sustitutoria. Y ello aun cuando no haya contradicción con el orden público (las normas relativas a la prórroga obligatoria en materia de arrendamientos urbanos son de Derecho imperativo, pero no puede decirse que la disciplina jurídica de los arrendamientos sea de orden público). Basta que la ley sea imperativa para que su aplicación no pueda excluirse voluntariamente, aunque no sea de orden público.

Según O'Callaghan (39), que la exclusión no contraríe el interés o el orden público no es límite, sino algo inherente al propio concepto, ya que si media interés u orden público la ley será imperativa y, por ello, no excluible.

Tratando de dar sentido a la disposición legal, Amorós (40) considera que detrás de las palabras contenidas en la misma parece descubrirse el criterio inspirador, según el cual la exclusión voluntaria de la ley significa la renuncia a la regulación contenida en una norma dispositiva y su sustitución por otra norma negocialmente establecida. E incluso más: la posible renuncia a la ley que reconoce unos derechos a los particulares, si éstos la excluyen. Se impide la aplicación de la norma beneficiosa mediante la renuncia a sus beneficios. Siguiendo por este camino, el supuesto de hecho así apuntado se acerca bastante al regulado en la segunda parte del apartado. Ambos se traducirían en una renuncia de derechos, general y previa en un caso, específica respecto a los ya adquiridos en otro. A partir de ahí se pueden llegar a identificar ambos actos como de renuncia, en ejercicio de autonomía, y así ambos condicionados por las mismas limitaciones (41).

Estas opiniones ponen de relieve que los límites que figuran en el artículo 6, 2.°, tienen pleno sentido en relación con la renuncia de derechos, por lo que consideramos que la solución más apropiada es analizarlos al referirnos a la renuncia a los derechos. Nuestro legislador está pensando, sin duda, en que la exclusión voluntaria de una ley aplicable implica la renuncia a determinados derechos (los que se tendrían si no se excluyera la aplicación de la ley, como afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 7 julio 1983) #, y por esto somete a los mismos límites la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia de derechos. Al excluir la ley aplicable, se renuncia a los derechos que la misma otorga al renunciante.>

Cabanillas Sánchez. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dirigidos por Manuel Albaladejo) Edersa, 2004, Tomo I, Vol 1º: Artículos 1 a 7 del Código Civil (art. 6.2).

[24] Gandía Pérez. Vid. *La renuncia…* <1.2. La posibilidad de una «renuncia» preventiva. Esbozo del problema>, así como los condicionantes al ejercicio de esta renuncia preventiva de los que habla este autor.

[25] Vid. Paz-Ares. <La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo>. *Indret,* octubre 2003.

[26] Pese a ser esta nuestra opinión, no es menos cierto que en otro caso en que resulta competente la Junta General, a saber, la adquisición o enajenación de activos esenciales, ex. art. 160 f LSC, la cuestión está siendo muy controvertida en la Jurisprudencia existente al respecto. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de mayo de 2022, Id Cendoj: 28079370282022100687 claramente se posiciona desde el entendimiento de que el artículo 160 f de la Ley de Sociedades de Capital es una norma jurídica de organización corporativa interna de la sociedad que en nada puede repercutir a terceros de buena fe, no pudiéndose por tanto predicar la ineficacia del negocio jurídico dispositivo realizado por el órgano de administración sin mediar autorización de la Junta General. Por el contrario, la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca 699/2022 Id Cendoj: 37274370012022100698 de 6 de septiembre de 2022, se decanta por la nulidad de la enajenación.

Vid. con más detalle sobre esta discusión, nuestro trabajo. Redondo Trigo. <Crónica sobre la doctrina contradictoria de las audiencias provinciales en la aplicación del artículo 160 f LSC como preludio de una casación>. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Año nº 99, Nº 796, 2023, págs. 1235-1250.

[27] Sin embargo, Gandía Pérez, *La renuncia a la acción social de responsabilidad. 1ª ed., abril 2017,* cuando analiza el régimen de la renuncia a la acción social de responsabilidad por órgano incompetente, exige el acuerdo social expreso de ratificación: <Llegados a este punto, estamos en condiciones de afirmar que toda renuncia o transacción acordadas por el órgano de administración sin el consentimiento de los socios supone una extralimitación en la representación orgánica, cuya sanción ha de ser la ineficacia relativa y no la nulidad radical. Los administradores no están facultados para llevar a cabo ningún acto abdicativo que tenga por objeto la acción social; y si lo hacen, su actuación será totalmente irrelevante para la sociedad, la minoría y el resto de legitimados extraordinarios (acreedores y administración concursal). Pero nada impide que los socios puedan ratificar lo actuado con efectos retroactivos (arts. 1259 II y 1727 IICC).

Como es lógico, esta ratificación exigirá, en todo caso, el acuerdo expreso de la junta general, que deberá adoptarse con los requisitos establecidos en el artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital. De esta forma, los socios que ostenten, al menos, el cinco (o el tres) por ciento del capital social estarán facultados para oponerse a su adopción57). Y, aparte de ello, sólo podrán ser ratificados los negocios de renuncia o transacción que tengan por objeto uno o varios actos de mala gestión perfectamente determinados y no meramente determinables (supra §9.II.1.1). Así pues, no serán susceptibles de ratificación los pactos, que suelen introducirse con ocasión de un «finiquito», en virtud de los cuales se exonera, con carácter genérico, al administrador de toda responsabilidad en la que éste hubiera podido incurrir frente a la sociedad en el ejercicio de su cargo. El acuerdo de la junta por el que se ratifique un pacto de esta naturaleza únicamente podría llegar a contemplarse como un «descargo», con los (limitados) efectos jurídicos que éste despliega (supra §8.II.2.1).>

[28] La posibilidad de renuncias anticipadas a expectativas de derecho ha sido también expresamente reconocida como regla general por el TS como en la STS de 13 de octubre de 2004 en un supuesto de renuncia anticipada a indemnizaciones en contrato de distribución, cuando razonó: *"El artículo 6 del Código Civil autoriza a renunciar a los propios derechos y en rigor en el caso que nos ocupa se trata de renuncia anticipada al tener lugar antes de que los derechos renunciados ingresasen en el patrimonio del renunciante, pero en todo caso la renuncia ha de referirse a derechos propios y no ajenos y no cabe que se practique con abuso de derecho (artículo 7-2 del Código Civil), lo que lleva a la consecuencia decisoria lógica de que la renuncia de Univex S.A., fue sólo respecto a la marca Montblanc y mantiene intactos los derechos indemnizatorios que puedan corresponder al demandante, por la relación contractual que le unía con Univex, S.A."*

En cuanto a la renuncia anticipada de la acción social de responsabilidad, Vid. Casilda Cortés (tesis doctoral), 2022. *La acción social de responsabilidad de los administradores de*

*las sociedades de capital: un estudio en clave procesal de los artículos 238 y 239 de la lsc*, pág. 254, razona lo siguiente: <Si subsumimos estas ideas en la norma que estamos estudiando, vemos que cuando el legislador incluyó el término ejercicio en el apartado segundo del Art. 238 LSC trasladó a la norma esta conceptualización del poder dispositivo. Por eso, una interpretación literal del Art. 238.2 LSC, desde la perspectiva de su naturaleza (la procesal), permite distinguir dos momentos en los que la minoría podría vetar el acuerdo de renuncia (y/o transacción): cuando la Junta pretendiera acordar la promesa de no pedir la tutela judicial del derecho (si se prefiere, si se propone renunciar al ejercicio de la acción en el futuro); y, cuando la Junta se propusiera renunciar (o transar) el ejercicio de la acción (ya entablada). En ambos casos, la Junta actuaría con la facultad conferida por la Ley y, también, en ambos casos, la minoría podrá oponerse frustrando el acuerdo>.

3. URBANISMO

# Segregación de terreno en suelo urbano consolidado para su cesión gratuita con destino a vía pública e inscripción de obra nueva en construcción

## *Segregation of land on consolidated urban land for free transfer to public road and registration of new construction work under construction*

Por

VICENTE LASO BAEZA

*Abogado*

RESUMEN: La resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 27 de junio de 2022 se ocupa de los presupuestos registrales para la inscripción de una escritura pública por la que se formaliza la segregación de una porción de terreno destinada a vía pública en suelo urbano consolidado para su cesión gratuita a un Ayuntamiento con la simultánea declaración de obra nueva en construcción de vivienda unifamiliar sobre la finca resto.

*ABSTRACT: The decision of the Directorate General for Legal Security and Public Faith of 27 June 2022 deals with the requirements for the registration of a public deed formalising the segregation of a portion of land destined for a public road on consolidated urban land for its free transfer to a City Council with the simultaneous declaration of new construction of a single-family dwelling on the remaining property.*

PALABRAS CLAVE: inscripción, cesión, vía pública, suelo urbano consolidado

*KEY WORDS: registration, transfer, public road, urban land consolidated*

*SUMARIO:* I. LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA DE 27 DE JUNIO DE 2022. 1. Los antecedentes de la resolución. 2. La doctrina del Centro Directivo invocada en la resolución. 3. La aplicación por la resolución de la doctrina precedente.—II. CONSIDERACIONES SOBRE LA OBTENCIÓN DEL SUELO AFECTO A REDES PÚBLICAS. 1.

Los modos de adquirir el dominio de los suelos afectos a redes públicas. 2. La cesión gratuita de la superficie de suelo destinada a vial como deber de los propietarios de suelo urbano consolidado.—III. EL ALCANCE DEL ACTO FORMAL POR EL QUE SE MATERIALICE LA CESIÓN Y LA CONFORMIDAD MUNICIPAL AL ACTO DE SEGREGACIÓN DE LA PARCELA. 1. El acto formal de materialización de la cesión. 2. La insuficiencia del señalamiento de alineaciones y de la normalización de fincas como acto de conformidad municipal de la segregación.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

## I. LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA DE 27 DE JUNIO DE 2022

### 1. Los antecedentes de la resolución

La resolución comentada (BOE de 26 de julio de 2022) se ocupa de la inscripción de una escritura en virtud de la cual se formalizaba la segregación de una porción de terreno de 41,85 m² correspondiente a una finca registral para su cesión gratuita a favor de un Ayuntamiento por estar destinada a vía pública y se declaraba una obra nueva en construcción de vivienda unifamiliar sobre la finca resto.

La escritura a su vez incorporaba un decreto de Alcaldía en virtud del cual se resolvió la concesión de la correspondiente licencia de obras con sometimiento a la condición de la cesión y urbanización para vial de la citada superficie al tiempo que daba cuenta de la formalización de la cesión al Ayuntamiento del pleno dominio de la citada porción segregada con el destino señalado.

Presentada la escritura para su inscripción por el registrador se deniega la práctica de los asientos solicitados por considerar que, al quedar condicionada la licencia a la cesión señalada, "*se precisa acreditar el cumplimiento de la condición o bien la comparecencia del Ayuntamiento a efectos de aceptar esa cesión y dar por cumplida la condición*".

Interpuesto recurso por el notario autorizante contra la nota de calificación se fundamenta en la consideración de que concedida la licencia de obras goza de presunción de validez e igualmente resulta eficaz de tal modo que si no se cumplieran sus condiciones, entre ellas las de cesión de la porción calificada como vial público por el planeamiento, habrían de aplicarse los mecanismos correctores que procedieran desde el ámbito administrativo y se impediría la protección desde el ámbito registral al ejercer el correspondiente control en el momento de la finalización de la obra por medio de la declaración urbanística responsable y el certificado técnico.

En este sentido se dice por el recurrente que *"la licencia existe desde el otorgamiento, con los requisitos establecidos; existe desde el otorgamiento y legitima para ejecutar la obra y hacer efectivo el aprovechamiento urbanístico; en ningún caso, puede dejar al albur de la aceptación del ente concedente de la licencia el disfrute pleno del derecho a edificar; en caso de incumplimiento los resortes jurídicos son otros, distintos a negar el otorgamiento de la escritura pública de obra nueva en construcción y la propia inscripción registral; pero no puede denegarse el acceso a la seguridad y beneficios que proporciona el Registro de la Propiedad, pues se causa un daño indirecto al no poder*

*acceder al crédito y financiación en muchos casos —y es el caso— necesarios para el disfrute del derecho constitucional como es el derecho a la vivienda*".

## 2. La doctrina del Centro Directivo invocada en la resolución

Conforme apunta el inicio de la fundamentación de la resolución de 27 de junio de 2022, lo que en ella se plantea es la inscripción de la referida escritura de segregación y cesión gratuita al Ayuntamiento de la porción segregada conforme a su destinó a vía pública sin la comparecencia municipal con el fin de declarar una obra nueva en construcción sobre la finca resto.

A partir de lo anterior la resolución recuerda el carácter reglado de las licencia urbanísticas y su posible sometimiento a *conditio iuris* fundadas en el marco urbanístico aplicable definido por el planeamiento y la legislación urbanística, integradas en el contenido del correspondiente acto de concesión y susceptibles de acceso al Registro conforme a lo dispuesto en los artículos 65.1 d) del TRLSRU y 74 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, sobre inscripción de actos de naturaleza urbanística conforme reflejan, entre otras, las resoluciones de 14 de mayo de 2005 y 14 de julio de 2009.

Sucesivamente se refleja en la resolución el marco urbanístico resultante del texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón de 8 de julio de 2014 en relación con la posible edificación de terrenos que estando integrados en el suelo urbano consolidado carecieran de la condición de solar, al hilo de lo cual se hace referencia a dos resoluciones.

De un lado, la resolución de 15 de julio de 2015 en cuanto se refiere a las cesiones gratuitas de terrenos a favor de los Ayuntamiento cuando tienen carácter obligatorio por exigencias del planeamiento y se articulan tanto en el marco de instrumentos reparcelatorios como en el contexto de la intervención administrativa de uso del suelo a través del correspondiente acto de autorización.

De otro, la resolución de 31 de mayo de 2017 que se ocupó de la suspensión de la inscripción de una segregación por cuanto la declaración de la innecesariedad de licencia de parcelación para la segregación estaba condicionada a la simultánea cesión a favor del Ayuntamiento sin haber acompañado el documento municipal de aceptación de la cesión, resolución que señaló lo siguiente:

"*Cuando el órgano actuante declara la innecesariedad de licencia de parcelación para la segregación de la finca registral y su simultánea cesión al municipio con destino a viales, lo que afirma es la compatibilidad de la actuación pretendida con la norma de planeamiento aplicable, en este caso, el destino de la parcela resultante a uso viario, supuesto legal de no sujeción a licencia. No se trata, en suma, de una condición con eficacia real suspensiva, por tanto impeditiva de la inscripción, sino una condición de destino derivada de la norma urbanística que deberá reflejarse en el correspondiente asiento registral, sin perjuicio de que, cuando se acredite la aceptación por el Ayuntamiento, se haga efectiva la cesión y por tanto, permita la inscripción de la titularidad pública de la nueva parcela con destino a vial.*

*El artículo 74 de las normas complementarias, en consonancia con el artículo 65.1.d) de la Ley de Suelo, prevé que: «Cuando con ocasión de la concesión de licencias o de autorización de otras resoluciones administrativas, se impongan condicio-*

*nes que han de cumplirse en la finca a la que afectan, con arreglo a las Leyes o a los Planes, tales condiciones podrán hacerse constar por el Registrador de la Propiedad mediante nota marginal». En este caso, la declaración de innecesariedad de la licencia se condiciona al destino de la parcelación al uso general viario de titularidad pública, lo que deberá reflejarse en las fincas afectadas, mediante nota marginal, de vigencia indefinida, en este caso, y cancelable mediante la certificación administrativa prevista en el artículo 74.3.a) del Real Decreto 1093/1997.*

*De esta manera se trata de manera diferenciada, pero coherentemente con la realidad extra registral, dos actos inscribibles, si bien relacionados, por un lado, la segregación habilitada por el Ayuntamiento por el destino a que sirve, manteniendo la titularidad registral del cedente e informando a terceros del destino impuesto por la ordenación urbanística, y por otro la efectiva cesión patrimonial de la parcela afectada que, por su destino a uso público viario, pasa a titularidad municipal, previa aceptación del cesionario*".

De lo anterior resulta, dice la resolución tras la cita de las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2011, 3 y 29 de octubre de 2014 y 17 de noviembre de 2015 sobre el carácter jurídico y no de mero hecho del concepto de vía pública, que sea insuficiente la sola calificación por el planeamiento de un suelo como vial para sostener que se produzca su automática conversión en dominio público según afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1996 por ser en todo caso preciso un previo acto formal por el que se materialice su cesión.

### 3. La aplicación por la resolución de la doctrina precedente

Conforme a la doctrina expuesta, la resolución rechaza tanto la inscripción de la cesión a favor del Ayuntamiento por su falta de comparecencia manifestando su aceptación como la segregación previa a tal cesión por no estar amparada en un acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa, licencia, declaración de innecesariedad, señalamiento de alineaciones o acto aprobatorio de la normalización, en los tres últimos casos de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 245, 31 y 133, respectivamente, de la citada Ley de Urbanismo de Aragón.

Por su parte, en cuanto a la declaración de obra nueva en construcción y su inscripción dice la resolución que no queda impedida ni por la falta de acreditación del cumplimiento de la condición consistente en la cesión de la porción destinada a vial ni por su aceptación por el Ayuntamiento dándola por cumplida, ello sin perjuicio de la constancia registral mediante nota marginal según lo dispuesto en el artículo 74 del Real Decreto 1093/1997 de 4 de julio, sobre inscripción de actos de naturaleza urbanística.

## II. CONSIDERACIONES SOBRE LA OBTENCIÓN DEL SUELO AFECTO A REDES PÚBLICAS

### 1. Los modos de adquirir el dominio de los suelos afectos a redes públicas

La resolución de 27 de junio de 2022 efectúa una breve referencia a la obtención de los suelos afectos a redes públicas cuando tiene lugar de modo gratui-

to diferenciando aquellos supuestos sujetos a un régimen jurídico civil por estar presididos por un acto voluntario del cedente, de aquellos otros en los que la obtención se presenta como consecuencia directa de la aprobación definitiva de un instrumento reparcelatorio o se relaciona con la concesión de licencias, supuesto que se encuentra en la base de la cuestión en ella analizada.

A estos efectos, prescindiendo de los modos genuinamente coactivos de obtención de los suelos afectos a redes públicas desde el planeamiento urbanístico como son la expropiación o la permuta forzosa así como del supuesto particular del que se ocupa la resolución, la obtención gratuita por la Administración, que es la otra cara de la moneda de la cesión gratuita por parte del propietario, en el caso de las denominadas actuaciones integradas ciertamente va siempre ligada a la tramitación del procedimientos reparcelatorios.

Así tiene lugar por cuanto es con motivo de la aprobación del proyecto de reparcelación cuando se entiende consumada la cesión a favor de la Administración urbanística como ya resultaba del artículo 30.1 del Reglamento de Reparcelaciones de 1966 al decir que "*La aprobación definitiva de la reparcelación producirá la cesión al Ayuntamiento de todos los terrenos destinados a dominio y uso público municipal (...)*" y después, en términos análogos, del artículo 179 del Reglamento de Gestión Urbanística de 1978 al decir que "*el acuerdo de aprobación del proyecto de compensación producirá la cesión de derecho a la Administración actuante, en pleno dominio y libre de cargas, de todos los terrenos que sean de cesión obligatoria y gratuita según el plan, para su incorporación al patrimonio municipal del suelo o su afectación a los usos previstos en el mismo*".

En otro orden, la ocupación directa como modo de obtención de las redes públicas juega una suerte de papel híbrido pues así como la iniciativa para su desenvolvimiento es competencia exclusiva de la Administración cuando pretende acceder anticipadamente al dominio del suelo afecto a una concreta red pública sin tener que contar con la voluntad favorable de la propiedad, como regla general ésta en lugar de recibir una compensación económica ve satisfecho su derecho inicialmente en unidades de aprovechamiento que después pasan a corresponderse por subrogación real con fincas de resultado en la correspondiente unidad de ejecución de destino con motivo de la tramitación de la reparcelación[1].

El régimen precedente opera en todo caso sin perjuicio de que, de prolongarse la ocupación de los terrenos durante un plazo superior a cuatro años sin que se hubiera producido la aprobación del instrumento reparcelatorio por el que se adjudiquen al propietario otros de valor equivalente, deba estarse a lo dispuesto en el artículo 48.e) del TRLSRU cuando dice que tal propietario "*podrá(n) efectuar la advertencia a la Administración competente de su propósito de iniciar el expediente de justiprecio, quedando facultado(s) para iniciar el mismo, mediante el envío a aquélla de la correspondiente hoja de aprecio (...)*".

## 2. La cesión gratuita de la superficie de suelo destinada a vial como deber de los propietarios de suelo urbano consolidado

La generalizada previsión en la normativa autonómica vigente del deber legal de cesión gratuita del suelo destinado a vía pública cuyo cumplimiento es condi-

ción necesaria para el acceso a la patrimonialización de los derechos urbanísticos cuenta cuando se actúa en suelo urbano consolidado, con relevantes antecedentes[2] que se remontan a la Ley de Ensanche de Poblaciones de 29 de junio de 1864, tomando carta de naturaleza aun de modo claramente impreciso con la previsión en la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 del denominado "*sistema de cesión de terrenos viales*" al establecer como deber de los propietarios la aportación de "*los terrenos viales, zonas verdes y costear las obras de urbanización (...) mediante contribuciones especiales*" y también con su recepción sucesiva en la normativa local en materia de uso del suelo y edificación[3].

Sin embargo cuando ha quedado definido este concreto deber con una mayor precisión ha sido por la legislación autonómica según resulta, entre otras[4], de la Ley de Urbanismo de Aragón de 8 de julio de 2014 referida en la resolución, de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, de la Ley de Urbanismo de Castilla y León de 8 de abril de 1999 y de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía.

Los cuatro textos, en efecto, al ocuparse de los deberes de los propietarios de suelo urbano consolidado refieren con algún leve matiz diferencial los consistentes en completar la urbanización y ceder gratuitamente al municipio los terrenos afectos a vial.

Mientras en el caso de la Ley aragonesa así lo contempla el apartado 4 del artículo 31 con el alcance que señala la resolución, en el de la Ley madrileña su previsión figura en el artículo 19.1 del que resulta que en un mismo suelo pueda concurrir simultáneamente su condición como urbano consolidado sin por ello tener que reunir la condición de solar, lo que así se admite al considerar como deber del propietario el de ejecutar y financiar las obras de urbanización que resten para que la parcela adquiera la condición de solar "*incluyendo, cuando proceda, la cesión a título gratuito de la superficie destinada a vial, y las infraestructuras de urbanización pendientes a todo lo largo del perímetro de la parcela*".

Sucesivamente, el apartado 2 del mismo artículo refuerza el deber del propietario al supeditar la fase edificatoria a la entrega efectiva al Ayuntamiento de la parte de la parcela destinada a vía pública al establecer que "*(...) la realización de cualquier acto de edificación requerirá con carácter previo, la puesta a disposición del Municipio de la superficie a que se refiere el número anterior y la prestación de garantía suficiente para la realización de las obras de urbanización pendientes*".

La previsión contenida en el anterior apartado 2 ha sido interpretada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia de 3 de febrero de 2012 (JUR\2012\203163) en el sentido de que se trata de una acción cuyo cumplimiento sólo atañe al propietario del suelo urbano consolidado en cuestión pues un tercero no puede imponer a la Administración que a su vez imponga a aquél la cesión y urbanización de la porción de su finca pendiente de obtención para su destino a vía pública, lo que así se afirma al considerar, de modo no poco discutible teniendo en cuenta el carácter obligatorio de la ejecución del planeamiento no sólo para los particulares sino también para la Administración, que se trata de una potestad discrecional.

En todo caso la anterior consideración sobre el carácter discrecional de la decisión de obtención del suelo afecto a red pública y la consiguiente supedita-

ción de la ejecución del planeamiento a lo que resulte de la libérrima decisión de su propietario ha de verse modulada por la más fundada también reflejada en la Sentencia según la cual la inejecución momentánea del vial aún no cedido no impedía la funcionalidad de la red viaria que servía a las viviendas ejecutadas en las parcelas que sí habían procedido a la correspondiente cesión y urbanización de los viales de la zona.

En el caso de la Ley de Urbanismo de Castilla y León de 8 de abril de 1999 la cuestión se resuelve de modo análogo pues se reconoce que, salvo en el supuesto de autorización de edificación y urbanización simultánea, en suelo urbano el destino de los terrenos al uso previsto por el planeamiento no es posible hasta que alcancen la condición de solar (artículo 18.2) y que en suelo urbano consolidado la entrega al Ayuntamiento de terrenos afectos a dotación pública se limita a los exteriores a las alineaciones señaladas en el planeamiento (artículo 20.a). Lo anterior se reitera por el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León de 29 de enero de 2004 al identificar en los siguientes términos el deber de cesión de los propietarios de suelo urbano consolidado: *"los propietarios deben ceder gratuitamente al Municipio los terrenos necesarios para regularizar las vías públicas existentes, entendidos como las superficies exteriores a las alineaciones señaladas por el planeamiento urbanístico*".

Al respecto de lo anterior resulta de interés la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos) de 11 de noviembre de 2022 (rec. 161/2022), la cual consideró como meramente voluntaria la cesión de una superficie de suelo que no tenía cobertura en el planeamiento por no haber establecido alineaciones, lo que a su vez determinó que no llevara consigo la exigibilidad de contribuir a la carga de su urbanización.

Finalmente, la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía, se pronuncia en un sentido análogo al partir del mismo presupuesto según el cual un terreno puede carecer de la condición de solar y sin embargo formar parte del suelo urbano, lo que confirma su artículo 18.2.a) al definir como uno de los deberes de los propietarios de tal clase de suelo el de "*ejecutar (...) la urbanización complementaria a la edificación necesaria para que los terrenos alcancen o recuperen la condición de solar*". La cuestión aquí tratada forma así parte de las denominadas actuaciones urbanísticas a que se refiere el artículo 24.2 siguiente, en concreto de aquellas cuyo objeto se corresponde con la obtención y ejecución de sistemas locales que se desenvuelven según lo dispuesto en los artículos 109.2 y 110.

## III. EL ALCANCE DEL ACTO FORMAL POR EL QUE SE MATERIALIZA LA CESIÓN Y LA CONFORMIDAD MUNICIPAL AL ACTO DE SEGREGACIÓN DE LA PARCELA

### 1. El acto formal de materialización de la cesión

La afirmación contenida en la resolución con base en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1996 según la cual la calificación urbanística de un suelo con destino a red pública no determina por sí sola su incorporación

al dominio público por ser necesario un acto formal en el que se materialice la cesión no impide concluir que tal acto formal necesariamente hubiera de corresponderse con la comparecencia municipal a fin de aceptarla pues cabría acudir de modo igualmente válido a otras fórmulas previstas en la normativa registral facilitadoras del acceso a la titularidad del suelo afecto a vial incluso con carácter previo, si es que tal fuera la voluntad de la Administración, a la solicitud de licencia de edificación.

En este sentido no parece indispensable que la obtención del suelo debiera venir necesariamente impulsada por la propiedad pues, como se ha señalado en otra ocasión[5], la Administración urbanística siempre dispone de la posibilidad de seguir el procedimiento al que se refiere el artículo 31 del Real Decreto 1093/1994, de 4 de julio, para lo cual tampoco debiera ser obstáculo la previa materialización del aprovechamiento pues ésta en ningún caso quedaría imposibilitada por el hecho de que anticipadamente se regularizara de ofició la situación de los terrenos en los términos previstos en dicho artículo 31.

Es cierto, en todo caso, que el apartado 2 del anterior artículo 30 refiere el procedimiento de regularización respecto de terrenos en los que la edificación permitida por el planeamiento estuviera totalmente consolidada, consideración que, no obstante, conforme a una interpretación finalista también admitiría la viabilidad de la regularización por situarse el centro de gravedad no tanto en el hecho de tal consolidación como en la circunstancia de la prioridad en el acceso a la titularidad registral de una porción de la parcela cuyo aprovechamiento no consumido siempre quedaría intacto a la espera de la solicitud de la correspondiente licencia por el propietario del resto directamente edificable.

## 2. La insuficiencia del señalamiento de alineaciones y de la normalización de fincas como acto de conformidad municipal de la segregación

En relación con la conformidad municipal al acto de segregación de la parte de la parcela destinada a vial cuya cesión y urbanización es exigible para poder acceder al ejercicio del derecho a edificar la parte restante, en primer término la resolución establece en orden a su inscripción la necesidad de que cuente con el correspondiente acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa al que, en su caso, estuviera aquélla sujeta de acuerdo con lo dispuesto en la legislación autonómica, lo que así contempla el artículo 25.2 del TRLSRU.

Sucesivamente y como correlato de los anteriores actos los mismos son relacionados por la resolución con la licencia, la declaración de su innecesariedad, el señalamiento de alineaciones regulado en el artículo 31.4.b de la Ley de Urbanismo de Aragón o el acto aprobatorio de la normalización del artículo 133 siguiente.

Pues bien, en relación con el señalamiento de las alineaciones y rasantes debe indicarse que, salvo en el caso de la delimitación del suelo urbano para municipios sin plan general (artículos 70 a 76) por no corresponderse propiamente con un instrumento de ordenación, en rigor se trata de una mera determinación propia del planeamiento urbanístico cuyo objetivo final, singularmente en relación con el primero de los conceptos, no es más que trazar la línea que separa la propiedad privada de la destinada al dominio público que habrá de ser tenida en cuenta en

los correspondientes actos aplicativos de ejecución de los que resulte la estructura de la propiedad acomodada a aquél.

A tal finalidad, en efecto, responde el concepto de alineación oficial según su definición por parte del artículo 9.f) del Decreto 78/2017, de 23 de mayo. del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba la Norma Técnica de Planeamiento según el cual aquella se corresponde con "*la alineación señalada por los instrumentos de planeamiento urbanístico que establece la separación de las parcelas edificables con respecto a la red viaria o al Sistema de Espacios Libres Públicos*".

Prueba de lo anterior es la propia recepción del concepto en el artículo 41.1 d) en relación con el tratamiento del suelo urbano consolidado por parte del plan general, el artículo 251.b) al decir que los planes de desarrollo han de contener el "*trazado y características de la red viaria, con (...) expresión pormenorizada de alineaciones y rasantes*", el artículo 67.2 c) al identificar como finalidades de los estudios de detalle las de prever, modificar o reajustar "*el señalamiento de alineaciones y rasantes*" o el artículo 14.1.b) al precisar como uno de los requisitos del suelo urbano para ser solar el consistente en que tengan "*señaladas alineaciones y rasantes, si el planeamiento urbanístico las define*".

A la vista de lo anterior no cabe pues entender que el señalamiento de alineaciones y rasantes pueda llegar a cumplir la función propia del acto que ampare la segregación salvo de modo mediato, requiriendo por consecuencia de una acto aplicativo de conformidad, aprobación o autorización administrativa cuyas funciones en ningún caso pueden ser cumplidas por el planeamiento urbanístico.

Por otro lado igual conclusión sobre su insuficiencia como acto de cobertura de la segregación debe sostenerse en relación con la normalización de fincas prevista en el artículo 133 de la Ley autonómica en cuyo apartado 1, con un texto prácticamente idéntico al previsto en el artículo 117.1 del Reglamento de Gestión Urbanística, se dice que "*procederá siempre que no sea necesaria la redistribución de los beneficios y cargas de la ordenación entre los propietarios afectados, pero sea preciso regularizar la configuración física de las fincas para adaptarla a las exigencias del planeamiento*".

A este respecto el propio concepto de normalización y el presupuesto que la legitima, esto es, la regularización de fincas para su adaptación al planeamiento sin que sea necesaria la equidistribución, impide su utilización cuando a través de él se pretende la regularización de las vías públicas como resulta de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de 28 de noviembre de 2006 (JUR\2007\13980) en la que, con cita de la del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1997, se dice lo siguiente:

"*(...) como se apunta en la sentencia del Tribunal Supremo mencionada por el juez de instancia, la de 24 de noviembre de 1997, es oportuno destacar que a tenor de lo dispuesto en el artículo 117 RGU el procedimiento de normalización de fincas, cuyo objeto básicamente es regularizar la configuración física de las fincas para adaptarla a las exigencias del planeamiento (en términos parecidos el artículo 71.1 LUCyL), no es de aplicación cuando sea necesario la redistribución de los beneficios y cargas de la ordenación entre los propietarios afectados, equidistribución que en el caso enjuiciado sí es precisa en la medida en que entre los fines de la actuación de que se trata (en los objetivos de la Memoria se hace referencia al de regularizar las vías públicas y a la organización del trazado viario, con reparto equitativo de los*

*beneficios y cargas) se encuentra el de aperturar dos nuevos viales, que no existían con anterioridad, lo que exige ineludiblemente distribuir sus costes (y lógicamente sus beneficios) entre los distintos propietarios, lo que como se ha indicado excede del objeto propio del proyecto de normalización objeto del presente recurso. En estas condiciones y si no cabía con la actuación impugnada equidistribuir cargas y beneficios, y por ende repartir los costes de urbanización, ninguna duda ofrece que tampoco pueden acogerse los otros dos motivos en que se basaba la apelación —el referido al criterio de reparto de esos costes y el de la correcta estimación de los mismos—, pues la simple consideración de dichos motivos exigía como presupuesto el éxito del segundo de los motivos de la apelación, el centrado en la tramitación misma del proyecto de urbanización*".

Con un alcance equivalente, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 26 de noviembre de 2009 (rec. 4243/2008), en este caso con cita de la del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2005 (RJ\2005\3729), dice lo siguiente:

*"A tenor de lo establecido en el artículo 117 RGU, el procedimiento de normalización de fincas se aplicará en aquellos casos en que no es necesaria la redistribución de beneficios y cargas de la ordenación entre los propietarios afectados pero, en cambio, se precise regularizar la configuración física de las fincas para adaptarlas a las exigencias del planeamiento; viene a consistir así en un procedimiento abreviado de reparcelación, según lo ha configurado nuestra jurisprudencia (STS de 12 de abril de 2005). Por consiguiente, atendiendo a las características y limitaciones materiales del procedimiento de normalización de fincas, su resultado no puede ir más allá, en este caso, que de la modificación de unos linderos, y sin que ello pueda suponer naturalmente una alteración sustancial del valor de las fincas normalizadas, que, sin embargo, lo que aquí ha ocurrido. En este sentido, se parte de una concreta configuración de la finca propiedad del solicitante del expediente, que basta con mirar los planos de delimitación (folios 117 y 118 y 236), para comprobar que su parcela n.º (...) se ve considerablemente modificada respecto a su conformación inicial. Lo que sería producto de las cesiones que se verían obligados a hacer los apelantes, desde su parcela n.º (...), para que el propietario de la parcela n.º (...) se beneficiara con la incorporación de más suelo ajeno*".

En suma, acudir al procedimiento de normalización de fincas como vía para la reconsideración de la estructura de la propiedad con una reasignación de titularidades motivada por la aparición de un nuevo propietario inexistente en el origen más allá de su anuncio por razón de la calificación de vía pública prevista en el planeamiento implica un desbordamiento de los límites de este instrumento por exceder de la mera regularización de la configuración física de las fincas y, por consecuencia, su insuficiencia para amparar la segregación de que se trata.

## IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 17 de noviembre de 2015
- STS de 3 y 29 de octubre de 2014
- STS de 14 de marzo de 2011
- STS de 12 de abril de 2005
- STS de 24 de noviembre de 1997

- STS de 24 de diciembre de 1996
- STSJ de Castilla y León (Burgos) de 11 de noviembre de 2022
- STSJ de Madrid de 3 de febrero de 2012
- STSJ de Galicia de 26 de noviembre de 2009
- STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 28 de noviembre de 2006
- RDGSJFP de 27 de junio de 2022
- RDGRN de 31 de mayo de 2017
- RDGRN de 15 de julio de 2015

## NOTAS

[1] Sobre la ocupación directa, LASO BAEZA, V., La ausencia de la ocupación directa en la legislación del Estado y sus consecuencias sobre su inscripción en el Registro de la Propiedad, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n.º 726, págs. 2389 a 2407 y La constitucionalidad de la regulación de la ocupación directa en la legislación autonómica conforme a la sentencia del Tribunal Constitucional 183/2013, de 23 de octubre, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n.º 744, págs. 2003 a 2014.

[2] Los primeros antecedentes en relación con la cesión del suelo destinado a vía pública vienen destacados en la Exposición de Motivos del Reglamento de Reparcelaciones de 7 de abril de 1966.

[3] Testimonio municipal de la regulación de la cesión de viales es la Ordenanza sobre uso del suelo y la edificación del Ayuntamiento de Madrid de 1982 cuyo artículo 47.2 dispuso que "*En ningún caso se permitirá la edificación de cualquier parcela (sin haberse formalizado la totalidad de las cesiones, libres de cargas y gravámenes, fijadas en el Plan Parcial correspondiente*". En la misma línea la más reciente Ordenanza de licencias y declaraciones responsables urbanísticas de 26 de abril de 2022 del mismo Ayuntamiento se precisa que es documentación necesaria para acreditar la finalización de la actuación urbanística la "*declaración de haber formalizado la cesión en caso de parcelas afectadas por suelo destinado a viales o espacios libres públicos, así como su efectiva urbanización*".

[4] Regulaciones de alcance equivalente figuran en el artículo 184.1 del Reglamento de Ordenación del Territorio y Urbanismo del Principado de Asturias de 21 de octubre de 2022; artículos 55 y 56 de la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias; artículo 40.4 de la Ley 5/2022, de 15 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Cantabria, la cual prescinde de las categorías consolidado y no consolidado en el caso del suelo urbano; artículo 68 de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha de 28 de febrero de 2023; artículos 30 y 42.2 de la Ley de Urbanismo de Cataluña de 3 de agosto de 2010; artículos 8.3 y 140 de la Ley 11/2018, de 21 de diciembre, de ordenación territorial y urbanística sostenible de Extremadura, la cual también prescinde de la categorización del suelo urbano; artículos 17.1 y 20.a) de la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia; artículo 25.2 de la Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de urbanismo de las Islas Baleares; artículo 44.2 de la Ley 5/2006, de 2 de mayo, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja; artículo 86 de la Ley 13/2015, de 30 de marzo, de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia; artículo 96 del Texto Refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo de 26 de julio de 2017; artículos 23 y 26 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo; y artículo 185.2 de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje de la Comunidad Valenciana.

[5] LASO BAEZA, V., Las cesiones obligatorias. Especial referencia a su inscripción unilateral a favor de la Administración, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n.º 767, págs. 1656 a 1673, y Expropiación por ministerio de la ley: antecedentes, marco jurídico, jurisprudencia y relación con la expropiación ordinaria y las cesiones de inscripción unilateral, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n.º 798, págs. 2495 a 2516.

# RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

PAZ ARES, Cándido. *Las falacias de la amnistía.* Editorial Comares. 276 páginas.

por

MANUEL CASERO MEJIAS
*Registrador de la Propiedad y Mercantil*

Es evidente que el problema de la amnistía a los condenados por los sucesos de Cataluña de 2017 es un tema que, desde el momento en que surgió, ha generado una enorme polémica en la ciudadanía. Han sido infinitos los comentarios aparecidos desde múltiples campos. Cualquier comunicador o personaje público se ha sentido en la necesidad de expresar su opinión, como no podía ser de otra forma, dada la enorme trascendencia social y política de esta cuestión. Por supuesto también los juristas han expresado múltiples opiniones, con diversos enfoques del tema.

Se publica ahora una obra del profesor Paz Ares. Podría en principio sorprender que este autor dedique un largo estudio (más de 250 páginas) a esta cuestión pues, como es de sobra conocido, es catedrático de Derecho Mercantil. Pero quienes conocemos al autor no dudamos que su extraordinaria y profunda formación jurídica en todos los campos y su dominio del derecho comparado le permiten abordar en profundidad el análisis de este tema. Estamos ante un estudio muy importante que, sin duda, contribuirá a clarificar el enorme debate nacional que ha generado este tema. Además es una obra de gran originalidad, como casi todas las suyas.

Ya en el prefacio el profesor Paz Ares adelanta la tesis que desarrollará a lo largo del libro. Escribe: "si bien la amnistía es una institución que tiene cabida dentro de la Constitución, esta que hoy reclama nuestra atención no encaja en la horma". Es decir, en contra de la opinión mayoritaria de los juristas que entienden que la amnistía no cabe en nuestra Constitución, el si la admite, pero no la que se ha aprobado en la actual ley. Su análisis de la constitucionalidad de esta figura adquiere importancia si tenemos en cuenta que la mayoría de los que la han admitido suelen basarse en criterios políticos y no estrictamente jurídicos. Es decir, admite el género, pero no la especie. Planteamiento original y de gran brillantez jurídica. Y a continuación desarrolla la obra en tres grandes capítulos que denomina falacias: de la prohibición, de la justificación y de la representación.

El primer capítulo (la Falacia de la Prohibición) lo dedica a desmontar la tésis de que la amnistía no cabe en nuestra Constitución. Para ello critica los tres argumentos fundamentales en que se apoyan quienes sostienen dicha prohibición, a saber, la prohibición de indultos generales (argumento a minori ad maius), el argumento basado en la cláusula del estado de derecho y lo que denomina argumento "originalista". Sin duda el primero de estos argumentos es el aceptado por la gran mayoría de los juristas que han estudiado esta cuestión. El profesor Paz

Ares rebate esta interpretación entendiendo que, aunque ambas figuras (indulto y amnistía) pueden encuadrarse dentro de las "prerrogativas de gracia", no son equiparables, concluyendo que no existe incompatibilidad alguna entre la prohibición de indultos generales y la permisión de la amnistía (no prohibida por la Constitución) entendida como facultad de ordenación o regulación en el ámbito penal. Apoya esta conclusión en múltiples y variados razonamientos. Rebate igualmente el segundo gran argumento esgrimido contra la admisibilidad de la amnistía como es su supuesta inconsistencia con la cláusula del estado de derecho (art. 1.1 CE) y los principios derivados: igualdad (art. 14 CE), seguridad jurídica (art. 9.3 CE) efectividad de la tutela judicial (art. 24 CE), separación de poderes (art. 117 CE), etc. El propio autor reconoce la posible vulneración de alguno de estos principios, pero, incluso en estos supuestos, encuentra argumentos sólidos para seguir defendiendo la admisibilidad de la figura, con importantes referencias al derecho comparado y a la propia doctrina del TC. Finalmente también rebate lo que denomina argumento originalista, estudiando los antecedentes de la CE en esta materia y las enmiendas que se formularon en su día, llegando a la conclusión de que no se recogió ninguna declaración expresa sobre la amnistía por considerarse superflua. Concluye afirmando (págs.. 37 y ss.) que "el argumento verdaderamente decisivo a favor de la admisibilidad de la amnistía radica en el silencio de la Constitución". Y añade que "el legislador no necesita una habilitación especial positiva para amnistiar……basta con que no la tenga negativa". Aun admitiendo que la tesis de la prohibición constitucional de la amnistía es perfectamente defendible, también lo es la contraria que el defiende. Y, por eso, siendo ambas interpretaciones mínimamente razonables, la deferencia debida al legislador, que es la que subyace a la presunción de constitucionalidad, reclama optar por la tesis permisiva. In dubio pro legislatore" (pág. 45). Por ello el legislador dispone de cierta discrecionalidad en este terreno, pero, obviamente, esta discrecionalidad no puede ser ilimitada y solo se justifica "como medida excepcional y al servicio de un objetivo especialmente valioso desde el punto de vista constitucional" (pág. 48). Y el profesor Paz Ares adelanta un argumento que desarrolla posteriormente y constituye uno de los fundamentos de su tésis: "tanto la amnistía como el objetivo al que sirve en cada caso deben satisfacer los requisitos del test de proporcionalidad, a saber: aquella debe ser, en el orden fáctico, un medio adecuado para realizar el fin perseguido y, además, debe representar el menos gravoso entre los disponibles, y este debe ser en el orden jurídico, un fin constitucionalmente valioso o digno de protección y, además, debe representar un beneficio superior al sacrificio impuesto a otros bienes constitucionales: debe ser cabalmente "el mal menor" (págs. 54 y 55).

El siguiente capítulo lo dedica a lo que denomina la Falacia de la Justificación y, a mi juicio, es la parte esencial de la obra. El objetivo de este capítulo es destruir la justificación que se ha pretendido dar a esta ley, por entender, los que la defienden, que está justificada materialmente en atención al elevado valor o dignidad de los objetivos perseguidos. El propio autor ya adelanta que la medida no satisface las condiciones impuestas por el principio de proporcionalidad. Analiza el desorbitado impacto que la amnistía supone para el principio de igualdad (art. 14 CE), cuya consigna es "ley para todos", así como para el derecho de tutela judicial efectiva y deber de punición. Los argumentos esgrimidos por el autor son demoledores y difíciles de rebatir, concluyendo que "sin necesidad de mayores

disquisiciones, la carga u onerosidad de la amnistía proyectada desde el punto de vista de los principios del estado de derecho es notable". Y sopesando los beneficios que puede producir llega a afirmar, con enorme claridad, que "el peso de la partida de los beneficios es tan liviano que inevitablemente ha tenido que ser inflado o exagerado por las fuerzas políticas que promueven la amnistía, por el Gobierno y finalmente por el propio legislador, para que el argumento resultase presentable en el debate público" (pág. 75). Y surge así lo que el autor denomina la hipótesis de la hipérbole: la asimetría entre los costes y los beneficios de la amnistía empujan a las fuerzas políticas que la defienden a la hipérbole, a abultar los beneficios esperados y, en última instancia, a pedir un acto de fe en esos pretendidos beneficios, entrañando un riesgo serio de "banalizar" la amnistía y favorecer una "justicia a la carta". El autor llega a afirmar que "los argumentos esgrimidos por sus promotores para justificar la amnistía son hiperbólicos y, en esa medida, resultan falaces, algunos incluso directamente mendaces" (pág. 78). Afirma con rotundidad que todo el mundo conoce que el único argumento verdadero para aprobar la amnistía ha sido formar gobierno y evitar una repetición de elecciones y, por eso, el argumento de la gobernabilidad como soporte de la ley "es un sofisma tan evidente que más que un error de raciocinio parece una ofensa a la inteligencia" (pág. 79). Aunque sea lícito buscar la formación de un gobierno por medio de pactos, nunca puede existir asimetría entre los derechos afectados por la amnistía y los intereses buscados con ella.

En cuanto al argumento de la desjudicialización, el profesor Paz Ares advierte que se desmonta sin mayor esfuerzo: simplemente si "el conflicto catalán se ha "judicializado" es porque ha funcionado el estado de derecho" (pág. 86). Apelar a la desjudicialización para justificar la amnistía es simplemente configurar esta figura como mecanismo de rectificación de las sentencias judiciales, invadiendo el legislativo el ámbito reservado al poder judicial vulnerando la separación de poderes. Y en este punto realiza un brillante análisis de la lamentable instrucción de la ley a la autoridad competente para que levante de inmediato cualquier medida ejecutoria a que pueda estar sujeto el beneficiario de la amnistía, infringiendo, a su juicio, el principio de independencia y separación de poderes. Critica duramente lo que denomina la personalización de la ley, con continuos cambios a lo largo de su tramitación para adaptarla a determinadas personas, llegando a afirmar con enorme crudeza que "el proceso de fabricación de la ley deja ver la obscena y desmesurada pasión de unos por conservar el poder y de otros por obtener inmunidad a la medida exacta de sus pellejos" (pág. 105).

Termina este capítulo analizando el argumento de la reconciliación, al que califica de menos tosco, pero sin que resulte mejor parado que los demás. A su juicio carece de cualquier base empírica, ya que a la parte infractora no se le exige contrapartida alguna, ni siquiera la "renuncia a la unilateralidad". Y afirma con rotundidad que "eso no es reconciliación sino claudicación o rendición" (pág. 107). Expone múltiples argumentos para justificar su postura: la normalización no consiste en ignorar o quitarle importancia a la agresión, ha de ser bilateral, obtener seguridad de que no volverá a repetirse ni a largo plazo, necesita una mínima reparación del daño causado, el candidato a perdón debe una disculpa, reconocer su responsabilidad y comprometerse a no reincidir, etc. Un perdón incondicional es degradante para el Estado y para la mayor parte la ciudadanía.

De él no cabe esperar más que ira y frustración. Merece la pena transcribir el siguiente párrafo del libro: "El Presidente Sánchez habló de reencuentro total entre Cataluña y el resto de España. ¿Pero que reencuentro es ese en que no cabe media España, la representada por el PP, ni siquiera un poco menos de media Cataluña?" (pág. 117). Incluso el autor pone de relieve que, para evitar sus efectos divisivos en la sociedad, la aprobación de la amnistía debería realizarse por una mayoría cualificada apropiada, como ha señalado en su dictamen la propia Comisión de Venecia. Mayoría raspada y reconciliación efectiva representan una contradicción. Y concluye que en realidad la amnistía se ha probado necesaria para la investidura, no para la reconciliación (pág. 126). Finalmente argumenta con enorme claridad y contundencia que "las razones alegadas en defensa de la amnistía (gobernación, desjudicialización y reconciliación) no tienen, ni juntas ni por separado, valor o dignidad suficiente desde el punto de vista constitucional para contrapesar el nada leve detrimento que implica la amnistía para el estado de derecho" (pág. 138).

El tercer capítulo aborda lo que el autor denomina Falacia de la Representación. Y enseguida deja clara la intención de estas páginas advirtiendo que se trata de desmantelar por completo la idea de que la amnistía quedaría legitimada por haber obtenido el apoyo o aprobación de la mayoría de los representantes políticos de la nación que, a su juicio, es "el último bastión tras el cual resisten numantinamente los defensores de la amnistía" (pág. 145). Y aclara que la falacia de la representación se basa en una presuposición errónea y es que la simple existencia de una mayoría parlamentaria garantiza la legitimidad democrática de la decisión. Tras advertir que la representación política es genuina representación (lo que implica la posibilidad del control jurisdiccional) centra su análisis en tres aspectos de la integridad del proceso: la autenticidad, la imparcialidad y la confiabilidad. Aclara que la actuación del representante político no deja de ser representativa, aunque sea discrecional, (por eso tiene que ser necesariamente representativa o fiduciaria) por lo que el representante no está sometido a normas de acción, pero si a normas de fin, que le obligan a perseguir el interés del representado, vedándole cualquier actuación en interés particular. De ahí que este capítulo pretenda demostrar (y bien que lo consigue) que "la motivación que mueve al legislador impide a la ley superar el test de razonabilidad o de interdicción de la arbitrariedad" (pag. 152). Es lo que el autor denomina hipótesis sinalagmática por suponer un inapropiado intercambio de prestaciones: nuevamente con singular dureza afirma: "tú me das la llave del gobierno y yo te quito de encima el peso de la ley. Lo demás es hojarasca para confundir la opinión pública o árnica para desinflamar el ánimo escocido de algunos militantes" (pág. 153).

La importancia del "motivo" es que permite abrir un nuevo ángulo para evaluar la compatibilidad de la amnistía con la cláusula del estado de derecho. El poder ha de ser siempre servicial y, por ello, ejercitarse siempre al servicio del interés de los gobernados y no de los gobernantes. Si bien los poderes ejecutivo y legislativo gozan de la necesaria inmunidad que requiere el desarrollo de la política, esta inmunidad no puede ser absoluta. El control ha de proyectarse sobre la integridad del procedimiento deliberativo. No sobre el contenido de la Ley de Amnistía, sino sobre el motivo que impulsa al legislador a asestar un golpe extremadamente duro al estado de derecho. Afirma el autor que la presunción de constitucionalidad de la ley solo se desvanece si se acredita que el proceso decisorio no ha respetado

tres condiciones básicas que, con lenguaje de nuestra legislación societaria, denomina haberse elaborado "de buena fe en el mejor interés de los gobernados", "sin interés personal en el asunto objeto de decisión" y "con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado" (pág. 170). Y a lo largo de este capítulo el profesor Paz Ares literalmente desmonta el cumplimiento de estos tres requisitos. Los argumentos que anulan cualquier defensa de la amnistía son demoledores. El autor se muestra especialmente contundente con la tramitación y aprobación de la ley. Utiliza expresiones de gran dureza, como por ejemplo: "atentado a la democracia", "ofensa al estado de derecho y al estado democrático", "heterogobierno", "la autoamnistía es una práctica universalmente proscrita y la nuestra es una amnistía axiomática", "quien cometió un crimen no puede decidir sobre su propia responsabilidad", "apelar a una mayoría formada en estas condiciones como expresión del consenso democrático es un sarcasmo", "la transparencia en los procesos decisorios y la implicación de los interesados brilla por su ausencia", "la tramitación de la ley no es recta, sino torcida, retorcida incluso", etc. Destaca las innumerables y escandalosas decisiones inéditas de que está plagado el procedimiento: por ejemplo, haberse tenido que presentar la Proposición de Ley antes de la investidura (pago por adelantado lo denomina) el famoso mediador internacional, la sustitución del supervisor de la legalidad parlamentaria (Letrado Mayor y Secretario General de las Cortes) o el famoso lawfare (ofensiva en regla contra el estado de derecho denomina a este último).

Aclara el autor que las decisiones en un estado de derecho han de basarse en la consistencia, es decir las decisiones de la autoridad deben ser razonables a la vista de las razones declaradas y, viceversa, las razones declaradas deben ser razonables a la vista de las decisiones adoptadas. Y eso tampoco ocurre en el supuesto ahora examinado, fundamentalmente por lo que denomina "el cruce de cables" de gracia e investidura (pág. 212). Por eso califica la Exposición de Motivos como una exposición de pretextos. Cuando se habla de investidura no se habla de amnistía, utilizando el ardid de eludir la cuestión verdadera sobre la que gira el debate. Si se elude esta cuestión capital la conclusión de que la coalición ha alcanzado un acuerdo mayoritario para gobernar se torna irrelevante. Y con evidente sentido del humor el profesor Paz Ares añade: "es como si yo gano un maratón habiendo hecho más de la mitad de la carrera en patinete eléctrico" (pág. 215). O "la amnistía es como el patinete eléctrico: rompe las reglas del juego y falsea el veredicto popular. La gente sabe perder. Lo que no sabe es tragar sapos" (pág.217).

Las últimas páginas de este capítulo las dedica a justificar como el TC queda legitimado para entrar a valorar el fondo del asunto y discernir si efectivamente los poderes públicos han violado sus deberes fiduciarios, valorando el motivo y si, por ello, ha existido una "desviación de poder", teniendo en cuenta que el problema de esa desviación de poder consiste en identificar el verdadero fin del acto, distinto del legalmente previsto. Finalmente analiza en profundidad el difícil problema de la valoración de la prueba.

Termina el libro con un capítulo que el autor denomina consideraciones finales. En primer lugar, aborda la conveniencia de que una Ley de Amnistía debería aprobarse por una mayoría amplia o cualificada (así lo recomienda la Comisión de Venecia), aunque advierte que, al no exigirse así por nuestra Constitución, no parece que la ausencia de esa mayoría amplia posibilite un recurso. Y como resu-

men de su tesis, el autor recuerda como la inconstitucionalidad de la ley tiene un doble fundamento: un fundamento material (afectación de los derechos de igualdad, tutela judicial efectiva y separación de poderes) y un fundamento procesal (vulneración del art. 9.3 CE por desviación de poder y arbitrariedad). Entiende que uno y otro fundamento por si solos corren el riesgo de no prosperar, pero con una frase lapidaria (y a mi juicio demasiado optimista) aclara que "los argumentos de falta de proporcionalidad y de falta de razonabilidad o arbitrariedad de la Ley de Amnistía ofrecen por separado algún flanco débil, pero juntos resultan invencibles" (pág. 244).

Las últimas páginas las dedica el profesor Paz Ares a analizar brevemente si, ante la fragrante inconstitucionalidad de la ley, se puede hacer algo para evitar o revertir el desenlace anunciado (a mi entender nuevo juicio demasiado optimista), es decir subsanar, convalidar o de cualquier otro modo corregir los defectos advertidos. Y con diversos argumentos entiende que sí: por ejemplo, mediante una auténtica renuncia expresa y sin cortapisas a la unilateralidad, o a través de un referéndum, obviamente a nivel nacional. Incluso admite la posible subsanación sellando "un pacto de lealtad constitucional" (pág. 247), asegurando que las instancias territoriales velarían también por el interés general del Estado, no solo por el de su territorio. El propio autor no puede dejar de observar que "más de uno sonreirá irónicamente con la cavilación de un pacto de lealtad" (me incluyo entre los que no dejarán de sonreír), pero la dificultad conceptual, entiende, no debe de evitar apuntar esta solución.

Estamos en presencia de un estudio de enorme importancia para la sociedad española. Me atrevo a dejar constancia que, personalmente, discrepo del posible encaje de la amnistía en nuestra Constitución, pero mis más de treinta años como registrador mercantil de Madrid, y mi permanente diálogo jurídico con Cándido Paz Ares (que ha derivado en una buena amistad) me han enseñado que discrepar jurídicamente de él y rebatir sus argumentos reviste una enorme dificultad, dada su extraordinaria formación jurídica. La gran relevancia de este libro es que, a mi juicio, deja clarísimo que esta Ley de Amnistía es flagrantemente inconstitucional, aunque se admita el encaje de la amnistía en la CE.

En los días en que escribo estas líneas se ha dictado por la Sala de lo Penal de nuestro TS el Auto de 24 de julio 2024 promoviendo cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de julio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña, en la medida en que, a juicio de dicha Sala, vulnera el derecho constitucional a la igualdad ante la ley, así como los principios de seguridad jurídica y proscripción de la arbitrariedad que la Constitución española proclama y, subsidiariamente, pueda vulnerar el principio de exclusividad jurisdiccional. El Auto es absolutamente demoledor. Basten un par de ejemplos: En su página 5 puede leerse:" los miembros de esta sala no albergamos duda alguna acerca de la inconstitucionalidad de la norma cuestionada. No presentamos una duda, en el sentido genuino del término, interesando que la misma pueda ser despejada. Tenemos la absoluta convicción de que la norma cuestionada vulnera al menos los preceptos constitucionales que se dirán". O en su página 25 aclara que solo se aborda la inconstitucionalidad de la especie y no del género con las siguientes palabras:" no profundizaremos aquí, ya lo hemos dicho, en que este derecho de gracia, ante la ausencia de prohibición

constitucional explícita, pueda o no ser ejercido por el legislador. Somos conscientes de que tal facultad ha sido cuestionada, con razones muy sólidas, por una buena parte de nuestra doctrina. Pero no es menos cierto que otros autores, con fundamentos también muy atendibles, han venido a sostener lo contrario. Pierde gran parte de su sentido cuestionar el género cuando tan evidente resulta la inconstitucionalidad de la especie. Como no hace falta cuestionar si un determinado depósito de agua es potable, cuando se tiene la certeza de que el vaso que nos ofrecen, y que se tomó de allí, está efectivamente envenenado". Hasta aquí la cita literal de palabras del Auto. Sobra cualquier comentario. Solo añadir que, entre otros autores, cita expresamente al profesor Paz Ares precisamente en la falacia de la justificación cuando afirma que la amnistía carece hoy por hoy de una justificación capaz de enervar la objeción de arbitrariedad y, como ya quedó escrito, los argumentos justificativos de esta ley son todos ellos falaces, cuando no mendaces. Atisbo que en algún otro razonamiento el Auto "se inspira" en la obra comentada.

Tras concluir la lectura de esta obra (y también del Auto del TS) queda, a mi juicio, disipada cualquier duda sobre la absoluta inconstitucionalidad de esta ley. Pero me temo que todos estos argumentos servirán para poco. Es probable que, cuando este comentario vea la luz, el TC ya habrá declarado esta ley plenamente ajustada a la CE (por supuesto con la consabida votación 7-4 en el seno del tribunal). Los recientes precedentes no dejan lugar a la duda. Y, cuando por razones que todos conocemos, quiebra el estado de derecho, la libertad y demás derechos fundamentales de los españoles quedan seriamente comprometidos al albur de cambiantes opiniones políticas. Ello no obsta para agradecer a Cándido Paz Ares esta espléndida obra que, con independencia del dictamen que en su día emita el TC, contribuirá a que muchos podamos juzgar con mayor fundamento la peligrosa deriva jurídica de nuestra nación.

MARTENS JIMÉNEZ, Isabel L. *Los arrendamientos de vivienda: Tipos, problemas y propuestas de modernización*[1]

por

LORETO CARMEN MATE SATUÉ
*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil*
*Universidad de Zaragoza*

La monografía objeto de la presente recensión es obra de la doctora Isabel L. MARTENS JIMÉNEZ y trae causa de su tesis doctoral. Nos encontramos ante un trabajo profundo y riguroso en el que la autora plantea una propuesta legislativa relativa a la regulación de todos los arrendamientos que pueden recaer sobre una vivienda, con el fin último, de articular un régimen normativo que permita convertir el arrendamiento en una verdadera alternativa para el acceso a la vivienda en España.

Esta cuestión se aborda con un enfoque global y ambicioso, siendo esencial para su propósito, un análisis sociológico en el que, a través de datos, estadísticas y encuestas, desgrana la motivación de los ciudadanos para elegir o rechazar el arrendamiento como una vía para el acceso a la vivienda, así como las barreras a las que se enfrentan los ciudadanos para acceder a una vivienda en propiedad. En la monografía se explican las razones que justifican que el porcentaje de viviendas arrendadas en España sea inferior a la media europea y bastante más reducido que en los países que tienen un sistema arrendaticio eficiente.

La monografía, con aportaciones doctrinales relevantes y novedosas, incorpora una propuesta que puede suponer un avance de la regulación de los arrendamientos que recaen sobre viviendas. En la obra que se presenta, la autora no se limita a plantear alternativas parciales sobre aspectos mejorables de la Ley de Arrendamientos Urbanos, sino que efectúa una propuesta jurídica, completa y alternativa al régimen actual, integrada en el Código Civil y aplicable a los distintos subtipos de arrendamiento que pueden tener por objeto una vivienda, según su finalidad. Este planteamiento resulta muy loable porque si bien el legislador en la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, reconoce la necesidad de que la planificación en materia de vivienda tenga un marco legislativo estable, lo cierto es que se trata de un ámbito en constante reforma, con frecuencia por la vía del Real Decreto Ley, que impide la necesaria reflexión y el análisis del impacto económico, social y jurídico que tienen las reformas parciales sobre el arrendamiento de vivienda.

La propuesta de *lege ferenda*, que efectúa la autora viene precedida de cinco capítulos que justifican la necesidad de realizar un replanteamiento de la regulación de este contrato y se encuentra amparada en una extensa relación de fuentes

bibliográficas, resoluciones judiciales y en la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

La obra comienza exponiendo las razones jurídicas por las que el arrendamiento no es una verdadera opción de acceso a la vivienda en España. Para ello, se realiza una visión panorámica de la regulación del arrendamiento de vivienda y se advierte de algunas circunstancias que carecen de respaldo normativo, entre ellas, destacan, la convivencia en régimen de arrendamiento por razones de amistad, ayuda mutua o colaboración económica o, el régimen de responsabilidad de los arrendamientos compartidos. Esta visión no se circunscribe exclusivamente al plano regulatorio sino que se completa con un análisis sociológico, que pone de manifiesto que si bien el legislador ha implementado en los últimos años, diferentes medidas y ayudas económicas o fiscales tendentes a fomentar el arrendamiento; en la práctica, los propietarios desconfían del actual sistema arrendaticio que se caracteriza, sobre todo, tras la aprobación de la Ley 12/2023, por medidas intervencionistas, que lejos de promover que se amplíe y se mantenga la oferta de vivienda en el mercado, fomenta que los propietarios opten por buscar otros réditos económicos a los inmuebles, mediante la venta, el arrendamiento como vivienda turística o como emplazamiento empresarial o profesional.

Una vez presentada la perspectiva arrendaticia en España, en el capítulo tercero la autora realiza una revisión crítica de los distintos tipos de arrendamientos que recaen sobre una vivienda existentes en nuestro ordenamiento jurídico y su adecuación a la realidad social. En concreto, analiza el arrendamiento de vivienda habitual, el arrendamiento de vivienda no habitual y el arrendamiento de vivienda turística. En la obra queda patente como únicamente el arrendamiento de vivienda habitual tiene una regulación completa, aunque no resulta atractiva para convertir el arrendamiento en una alternativa al modelo de vivienda en propiedad consolidado en nuestro país. Así, la autora expone la necesidad de que la futura regulación del arrendamiento que tenga por objeto una vivienda atienda a otras modalidades de arrendamiento que bien no son tenidas en consideración en la normativa como el arrendamiento compartido y el arrendamiento de habitaciones con derecho a usar zonas comunes, o que quedan al arbitrio del contenido de los estatutos, como ocurre con las cooperativas de vivienda en régimen de cesión de uso.

La doctora Martens Jiménez extrae de esta revisión dos importantes principios: el primero es que las normas que regulen los arrendamientos deben evitar que las partes contratantes y, en especial, los arrendadores puedan eludir la legislación proteccionista que el ordenamiento jurídico atribuye a determinadas figuras, acogiéndose a otros modelos contractuales que no se corresponden con la finalidad que persiguen. El segundo principio, que la autora aplica en su propuesta de modernización de los arrendamientos sobre vivienda, es la supresión de un régimen dual con aplicación supletoria o directa del Código Civil y de la Ley de Arrendamientos Urbanos y, su unificación en un cuerpo legal que permanezca más inalterable a los cambios y que transmita seguridad jurídica en el mercado arrendaticio.

En el capítulo cuarto se incorpora una visión de Derecho comparado, mediante la exposición de la regulación del arrendamiento de vivienda en Alemania. La elección de este régimen jurídico no es fortuita, sino que su estudio responde

a dos premisas, el sistema alemán tiene una regulación completa y reciente del arrendamiento y, además, su régimen convierte al arrendamiento en una verdadera alternativa al régimen de compra-venta de vivienda. A este respecto, el arrendamiento de vivienda se equipará, en cuanto a la protección que merece, al derecho de propiedad que regula el artículo 14 de la Constitución alemana.

El régimen arrendaticio alemán cuando tiene como objeto la vivienda, concebida como el centro de la vida del individuo, se articula sobre unos principios tuitivos dirigidos a dotar de estabilidad al contrato. Así, como regla general, el contrato tiene una duración indefinida, que no perpetua, en tanto que se establecen causas ordinarias y extraordinarias de extinción, si se cumplen unos requisitos de forma y de plazo, so pena de nulidad. Además, se establecen limitaciones a la actualización y revisión de la renta, al realizarse conforme al sistema de renta escalonada o al sistema de renta por índice, previendo también un límite a la determinación inicial de la renta cuando se trate de mercados tensos de vivienda. La última de las medidas es la exclusión del derecho de adquisición preferente del arrendatario.

El sistema de arrendamiento alemán se cierra estableciendo otros tipos de arrendamiento que tienen como objeto la vivienda, sin ánimo de exhaustividad, podemos destacar por su peculiaridad, el arrendamiento de vivienda amueblada y compartida con el arrendador o el arrendamiento de vivienda a los empleados del arrendador.

En el capítulo quinto, la autora realiza una magnífica y completa sistematización de las propuestas doctrinales dirigidas a mejorar el sistema arrendaticio español. En concreto, analiza pormenorizadamente la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, tanto en relación al arrendamiento de bienes como al arrendamiento de alojamiento y la propuesta del Marco Común de Referencia Europeo.

Esta revisión pone en evidencia que resulta necesario realizar una revisión general del arrendamiento, no siendo suficiente la reforma parcial de la Ley de Arrendamientos Urbanos, puesto que la futura regulación debe poner el foco en la vivienda como objeto del contrato, con independencia del destino que las partes den al inmueble. Las alternativas normativas que puedan desarrollarse, deben atender, por un lado, a las circunstancias de los destinatarios de la vivienda, porque en caso contrario la traslación de normas extranjeras no resultará adecuada y, por otro, será necesario atender de manera individualizada las particularidades que presentan cada tipo de arrendamiento, porque se ha advertido que la generalización a cualquier arrendamiento de las especificidades que presenta un subtipo, distorsiona el sistema.

En el capítulo sexto se incluye la propuesta de modernización del arrendamiento sobre vivienda que defiende la autora. Se trata sin duda del capítulo central de la obra porque en él se presenta la más novedosa y relevante aportación de la presente monografía. Esta afirmación se efectúa sin desmerecer los capítulos previos necesarios para que el enfoque de la propuesta realizada sea adecuado a la realidad económica y social de la vivienda en España.

La doctora Martens Jiménez sitúa la Propuesta que desarrolla sobre el arrendamiento que tiene por objeto la vivienda en el Código Civil. Esta decisión obedece a la necesidad de que se localice en un cuerpo normativo resistente a constantes

cambios legislativos y, también en la necesidad de terminar con la aplicación dual directa o supletoria del Código Civil y de la Ley de Arrendamientos Urbanos. La propuesta de modernización planteada se aparta de la tradicional distinción que efectúa la Ley especial, en torno al «arrendamiento para vivienda» y el «arrendamiento para uso distinto al de vivienda» y formula cuatro tipos de arrendamientos que tienen por objeto la vivienda, concebida como el centro de la vida del individuo y que, por tanto, debe ser tenido en cuenta en su tratamiento normativo. Estas cuatro categorías son: el arrendamiento de hogar, el arrendamiento de hogar de corta duración, el arrendamiento de vivienda secundaria y el arrendamiento de vivienda turística.

En el planteamiento defendido, se establecen unos aspectos comunes a las cuatro categorías de arrendamientos, con el objetivo de evitar reiteraciones innecesarias en el ejercicio de una técnica de contención legislativa. La autora plantea cuatro aspectos comunes que son la regulación del derecho de información precontractual y durante la ejecución del contrato, un régimen aplicable a los arrendamientos compartidos y por habitaciones y la creación de un Registro de arrendamientos con funciones de control, publicidad y estadística.

Simultáneamente, se propone para cada tipo de contrato un régimen normativo completo en el que se atienden las peculiaridades propias del subtipo. Cada propuesta incluye aspectos como la duración del contrato y posibles prórrogas, la forma de perfección, el desistimiento y la resolución del contrato, posibles subrogaciones *inter* vivos y *mortis* causa, las obligaciones económicas (sus actualizaciones y garantías), las normas sobre reparaciones y obras, la cesión y subarriendo, la enajenación o gravamen de la vivienda, los derechos de adquisición preferente y un régimen para perturbaciones de hecho y de Derecho, así como las causas de extinción de los contratos.

La lectura de esta propuesta nos obliga a reflexionar sobre las novedades que en el ámbito del arrendamiento ha incorporado la Ley 12/2023. Si bien existen algunos puntos de encuentro entre la propuesta de *lege ferenda* que promueve la autora y algunas medidas de la Ley, como la regulación del derecho de información, lo cierto es que esta Ley no introduce modificaciones sustanciales en el arrendamiento que vayan a tener un efecto de convertir el arrendamiento, realmente, en una vía alternativa para el acceso a la vivienda.

Por esa razón, me parece muy acertada, la decisión de la autora de plantear esta propuesta mediante la exposición de principios y líneas generales de regulación, en vez de como un texto articulado porque, sin duda, las reflexiones y propuestas contenidas en la obra brindan la oportunidad de reflexionar a la academia y a los prácticos del Derecho sobre su contenido. No me queda más que felicitar a su autora Isabel L. Martens Jiménez, así como a su directora, María Luisa Moreno Torres, por una obra que sin duda nos invita al debate sobre esta vía de acceso a la vivienda y que será referente en la materia tanto por su calidad técnica como por sus valientes aportaciones.

NOTAS

[1] MARTENS JIMÉNEZ, I.L.: *Los arrendamientos de vivienda: Tipos, problemas y propuestas de modernización,* Atelier, Barcelona, 2023.

# NORMAS DE PUBLICACIÓN
# REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

## 1. NORMAS FORMALES DE PRESENTACIÓN

Conforme a los criterios de calidad exigidos tanto por las normas del CINDOC (Centro de Información y Documentación Científica) como por las de otras importantes bases de datos del ISI (Institute for Scientific Information), y con el fin de conseguir su inclusión en el Journal Citation Reports (JCR), se establecen las siguientes normas de publicación de trabajos en la RCDI.

### 1.1. Autoría

Los trabajos que se presenten para publicar en RCDI no podrán incluir los datos de autoría dentro del texto de dicho trabajo, con el fin de que se pueda realizar el proceso de evaluación ciega, según el protocolo de la propia Revista. En la ficha de alta como usuario, que necesariamente debe cumplimentar cada colaborador, se recogerán los datos personales y académicos del autor, datos que serán los que aparecerán en el texto que finalmente se publique.

### 1.2. Encabezamiento

Al inicio de todos los trabajos deberán constar los siguientes datos:

- Título del trabajo, *en minúsculas*, que deberá reflejar fielmente el contenido de artículo, *en español y en inglés*.
- Resumen del artículo con un máximo de 250 palabras.
- Resumen del artículo en inglés *(abstract*).
- Palabras clave: de 5 a 10 palabras clave.
- Palabras clave en inglés (*key words*).

### 1.3. Extensión

- Los estudios tendrán una extensión entre 25 a 40 folios.
- Los dictámenes y notas, de 10 a 25 folios.
- Los estudios jurisprudenciales, de 10 a 20 folios.
- Las recensiones bibliográficas, de 2 a 4 folios.

### 1.4. Tipo de letra

- Tratamiento de texto: Word.
- Tipo de letra: Times New Roman, tamaño: 12 (salvo las Notas, cuyo tamaño será 10).
- Interlineado: Sencillo (*Sin negritas ni subrayados*).
- Alineación de los párrafos: justificado a derecha e izquierda.

### 1.5. Estructura del trabajo

Además del encabezado, todos deberán contener un Sumario al inicio, que seguirá las siguientes pautas:

- I. EN VERSALES
- II.1. En versalitas
- III.1.A. *En cursiva*
- IV.1.A.a) En redondo
- V.1.A.a) a') (si lo hubiera). En redondo

El mismo finalizará con unas breves CONCLUSIONES, las cuales deberán ir precedidas por un número romano.

I.- […]
II.- […]
III.- […]

Se añadirá al final del trabajo un ÍNDICE de las resoluciones citadas a lo largo del trabajo siempre en conexión con el tema. Dicha cita se hará con el esquema siguiente:

P. ej. STS de 22 de octubre de 2002. (*Sin puntos en las siglas*).

Por último, contará con un apartado de BIBLIOGRAFÍA, que recogerá las referencias bibliográficas ordenadas alfabéticamente, conforme a la forma expresada en el siguiente apartado.

## 2. NORMAS PARA LA ELABORACIÓN DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado y para las Notas al final del trabajo, se seguirán las siguientes normas formato

APA (American Psychological Association), contenidas en el Manual de Estilo: *Publication Manual of the American Psychological Association,* disponibles en *www.apastyle.org*.

- Libro:
  APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título de la obra en cursiva. Lugar de publicación: Editorial.

  Ej.: GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2000). *Lecciones de Derecho Hipotecario.* Madrid: Marcial Pons.

- Capítulo de Libro:
  APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título del capítulo. En: Inicial del nombre y apellido/s (ed./dir./coord.). Título de Libro (en cursiva). Cuidad: Editorial (pp. Inicial y final).

  Ej.: DÍAZ FRAILE, J.M. (2017). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015. En M. Yzquierdo Tolsada (dir.). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)* Vol. 7º (2015). Madrid: Dykinson, BOE, Colegio de Registradores de España (pp. 47-63).

- Artículo:
  APELLIDOS, Inicial del Nombre. Año (entre paréntesis). Título del artículo. Nombre de la Revista en cursiva, nº de la revista, páginas inicial y final.

  Ej.: GÓMEZ PÉREZ, A. (1969). Los alimentos debidos a la viuda encinta. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* núm. 2, 373-401.

- Documento electrónico:
  Además de lo indicado anteriormente según sea libro o artículo, debe indicarse [En línea], la dirección URL y la fecha de publicación o la de su más reciente actualización.

  Ej.: GÓMEZ POMAR, F. (2001). Carga de la prueba y responsabilidad objetiva. *InDret* [En línea], núm. 40, disponible en *http://www.indret.com/cas/artdet.php?Idioma=cas&IdArticulo=139*

Conviene recordar que la forma de citar en texto correspondiente a las normas APA varía respecto a la tradicional de forma que:

- Tratándose de referencias bibliográficas en texto, se introducen en el propio texto de la siguiente forma: (autor, año de publicación y página). La

cita completa se desarrolla conforme a las normas que se acaban de exponer en la bibliografía recogida al final del artículo, no al pie de página.

Ej.: La viuda encinta se hace merecedora de los alimentos (GÓMEZ PÉREZ, 1969, 373), por lo que sería conveniente…

- Tanto las citas con referencia bibliográfica como las Notas que sean aclaratorias o informativas, irán siempre al final del artículo, correlativamente enumeradas y no en la página en que corresponda insertar la cita.

## 3. OTRAS NORMAS DE ESTILO

### 3.1. Cita de normas jurídicas

La primera cita de una norma, en el texto, será completa. Por ejemplo:

Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV o Ley 15/2015).

Los términos «Constitución española», «Código civil», «Código de Comercio», «artículo», «párrafo», «número», «disposición», etc., se escribirán de forma completa en el texto, salvo que sea entre paréntesis o entre corchetes, en cuyo caso se puede emplear la abreviatura (CE, CC, CCo, art., pfo., núm., disp.).

### 3.2. Uso de la mayúscula

Es conveniente el empleo de minúsculas en las iniciales de cargos u oficios (registrador, notario, abogado…), órganos (tribunal, juzgado…), preceptos (artículo, decreto…), dejando el uso de la mayúscula inicial para los nombres de personas e instituciones (Audiencia Provincial, Juzgado de lo Mercantil, Registro de la Propiedad…) y para los títulos de las normas.

**El Consejo Editorial y de Redacción de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario rechazará los trabajos que no cumplan las normas de publicación que se indican**.

Se informa que en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, los datos personales facilitados a Revista Crítica serán tratados de forma confidencial y quedarán incorporados a los respectivos ficheros de los que es responsable el Colegio de Registradores, con las finalidades que se detallan en el Registro General de Protección de Datos, no siendo utilizados para finalidades incompatibles con estas. Los datos recabados podrán ser cedidos en los casos previstos para cada fichero en dicho Registro. La Revista Crítica pone en conocimiento su política de privacidad, disponible en su página web. Le informamos que la Revista Crítica asegura el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en los términos establecidos en la legislación vigente, pudiendo utilizar para ello cualquiera de los canales de comunicación del Co- legio de Registradores, con domicilio en la calle Diego de León nº 21, 28006 Madrid, utilizando el servicio de Soporte LOPD (902181442 / 912701699), a través de la dirección de correo electrónico soporte.lopd@corpme.es.